

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

CT - 1994 / 001 – Doc # 142b

DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur des enquêtes et recherches en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*,
L.R.C. 1985, c. C-34;

ET DANS L'AFFAIRE de certaines pratiques de
la société D & B Companies of Canada Ltd.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

The D & B Companies of Canada Ltd.

Défenderesse

- et -

Information Resources, Inc.
Conseil canadien de la distribution alimentaire

Intervenants



MOTIFS DE L'ORDONNANCE

Dates de l'audience :

Les 17-21, 24-28 et 31 octobre 1994;
les 1^{er}, 2 et 4 novembre 1994;
les 3, 10-13, 18-21 et 25-28 avril 1995

Président de l'audience :

L'honorable juge William P. McKeown

Autres membres :

M. Frank Roseman
M. Victor L. Clarke

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

Donald B. Houston
Bruce C. Caughill

Avocats pour la défenderesse :

The D & B Companies of Canada Ltd.

John F. Rook, Q.C.
Randal T. Hughes
Lawrence E. Ritchie
Karen B. Groulx

Avocats pour les intervenants :

Information Resources, Inc.

Calvin S. Goldman, Q.C.
Gavin MacKenzie
Geoffrey P. Cornish

Conseil canadien de la distribution alimentaire

Paul Martin

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	« CATÉGORIE OU ESPÈCE D'ENTREPRISES » : DROIT	5
III.	« CATÉGORIE OU ESPÈCE D'ENTREPRISES » / MARCHÉ DU PRODUIT	24
	A. Faits.....	24
	1) Services de suivi du marché.....	24
	2) Échantillons permanents de ménages (ou de consommateurs)	33
	3) Comptes majeurs.....	38
	B. Analyse et conclusions.....	41
IV.	LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE	68
V.	CONTRÔLE	69
VI.	PRATIQUE D'AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS	74
	A. Les faits.....	76
	B. Analyse et conclusions.....	79
	1) Contrats exclusifs avec les détaillants.....	80
	2) Incitatifs en matière d'exclusivité	87
	3) Contrats avec les fabricants	89
VII.	DIMINUER OU EMPÊCHER SENSIBLEMENT LA CONCURRENCE	93
VIII.	MESURES DE REDRESSEMENT	115
	A. Personnes visées par l'ordonnance	118
	B. Engagement d'IRI	119
	C. Contrats avec les détaillants.....	119
	D. Contrats avec les fabricants	125
	E. Données antérieures prélevées par balayage électronique.....	131
	1) Analyse et conclusions.....	131
	2) Projet d'ordonnance.....	135

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

The D & B Companies of Canada Ltd.

I. INTRODUCTION

Le demandeur est, en l'espèce, le directeur des enquêtes et recherches (« le directeur »), auquel incombe l'application de la *Loi sur la concurrence*¹ (la « Loi »). La demande vise la défenderesse The D & B Companies of Canada Ltd., sur le fondement de l'article 79 de la Loi, qui se rapporte à l'abus de position dominante. L'objet de la demande est d'obtenir du Tribunal une ordonnance interdisant certaines pratiques contractuelles de la défenderesse que le directeur juge anticoncurrentielles et qui, selon lui, diminuent ou empêchent sensiblement la concurrence en ce qui concerne la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada. Le directeur cherche également à obtenir d'autres mesures de redressement afin de rétablir la concurrence sur le marché.

¹ L.R.C. 1985, c. C-34.

Le directeur prétend que la défenderesse contrôle sensiblement ou complètement la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada, que la fourniture de tels services correspond à une catégorie ou espèce d'entreprises distincte, que la défenderesse s'est livrée et se livre toujours à une pratique d'agissements anticoncurrentiels au sens de l'article 78 de la Loi et que ces agissements ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence en ce qui concerne la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada. Les agissements de la défenderesse qui seraient anticoncurrentiels sont les suivants : la conclusion avec des détaillants de contrats prévoyant l'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique, l'offre d'incitatifs financiers importants pour l'obtention d'un tel accès exclusif et la conclusion avec des fabricants de produits de consommation emballés de contrats à long terme relatifs à la vente de ses services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique.

La défenderesse, The D & B Companies of Canada Ltd., est issue de la fusion, en décembre 1991, d'A.C. Nielsen Company of Canada Limited, de Dun & Bradstreet Canada Limited et de Media Measurement Services Inc. A.C. Nielsen exploitait son entreprise au Canada depuis 1944. Par l'entremise de sa division Nielsen Marketing Research, la défenderesse exploite actuellement l'entreprise qui était celle d'A.C. Nielsen avant 1991. Étant donné que la demande ne vise que cette division, afin de faciliter la consultation, la défenderesse est également appelée « Nielsen » dans les présents motifs. La défenderesse conteste chacun des motifs invoqués dans la demande du directeur. Plus particulièrement, elle prétend que l'intervenante Information

Resources, Inc. (« IRI ») a été la première société à tenter de conclure des contrats exclusifs avec les détaillants au Canada relativement aux données prélevées par balayage électronique. Elle fait également valoir que le directeur a défini le marché de façon trop étroite, celui-ci correspondant plutôt aux services d'aide à la prise de décisions ou aux services de suivi du marché en général.

Deux intervenants ont pris part à l'instance. Le premier, IRI, offre des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique et fait concurrence à Nielsen aux États-Unis, où les deux sociétés sont de grandes rivales. C'est la plainte déposée par IRI qui est à l'origine de l'enquête menée par le directeur sur les pratiques de Nielsen. Le deuxième, le Conseil canadien de la distribution alimentaire (« CCDA »), qui représente les détaillants en alimentation, donne son appui au maintien des contrats exclusifs avec les détaillants relativement aux données prélevées par balayage électronique.

La présente demande vise le domaine de l'étude de marché en liaison avec les produits de consommation emballés, c'est-à-dire les produits, alimentaires ou non, qui sont emballés par le fabricant en vue de leur achat par le consommateur. Détaillants et fabricants ont recours à l'étude de marché en vue de la prise de décisions, ainsi que de la planification du marketing et de la distribution de ces produits. Les services d'étude de marché offerts sont tout autant diversifiés que le sont les besoins de la clientèle à cet égard.

Au Canada, Nielsen offre la gamme la plus étendue de services; d'autres sociétés en offrent certains, mais pas tous. Les services d'étude de marché pertinents au regard de la présente

demande sont le suivi du marché, l'échantillon permanent de ménages (ou de consommateurs) et les comptes majeurs. Ils sont plus amplement décrits ci-après, à la rubrique « *Catégorie ou espèce d'entreprises* » / *Marché du produit*.

Les questions en litige en l'espèce emportent l'application des articles 78 et 79 de la Loi et, plus particulièrement, des trois alinéas du paragraphe 79(1), lesquels sont analysés en fonction de leurs différents éléments. Pour plus de commodité, les faits sont énoncés séparément dans chacun des cas. Voici le libellé du paragraphe 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 anticoncurrentiels;
- 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.

II. « CATÉGORIE OU ESPÈCE D'ENTREPRISES » : DROIT

La présente affaire soulève la question de l'interprétation juridique des termes « catégorie ou espèce d'entreprises » à l'alinéa 79(1)*a*) de la Loi. Je propose d'examiner tout d'abord l'aspect juridique, puis les faits liés à la catégorie ou à l'espèce d'entreprises ou au marché du produit. Il faut toutefois se rappeler que les faits et le droit sont inextricablement liés.

S'appuyant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *Le directeur des enquêtes et recherches c. The NutraSweet Company*², le directeur fait valoir qu'une « catégorie ou espèce d'entreprises » devrait être définie de la même façon que l'on définirait le marché pertinent d'un produit, c'est-à-dire d'un point de vue économique. Il soutient que le Tribunal doit déterminer s'il existe d'autres produits qui sont des proches substituts à l'égard des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique; s'il n'en existe aucun, ces services correspondent au marché du produit et, par conséquent, à une catégorie ou espèce d'entreprises au sens de l'article 79.

Nielsen prétend que les termes « catégorie ou espèce d'entreprises » ne peuvent être considérés comme équivalant à « marché du produit », car le mot « marché » n'est pas employé à l'alinéa 79(1)a), mais plutôt à l'alinéa 79(1)c). La défenderesse est d'avis qu'il convient de définir catégorie ou espèce d'entreprises comme étant la « réunion ou le regroupement de tous les éléments qui sont nécessaires à la conduite ou au rendement de son entreprise ». La défenderesse ne va pas jusqu'à soutenir que toutes les divisions devraient être comprises dans le cas d'une société dotée de nombreuses divisions susceptibles d'exercer leurs activités dans des domaines très variés, comme les services financiers et pharmaceutiques. Elle limite la catégorie ou l'espèce d'entreprises à celle d'une division donnée. Dans la présente affaire, Nielsen fait valoir que la division Nielsen Marketing Research, qui est en exploitation, fournit des services d'aide à la prise de décisions et qu'il s'agit de la catégorie ou espèce d'entreprises pertinente. La défenderesse

² (4 octobre 1990), CT-89/2, 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.

prétend par ailleurs que le directeur doit établir que Nielsen contrôle *chacun* des éléments de cette catégorie ou espèce d'entreprises afin de satisfaire aux exigences de l'alinéa 79(1)a).

Lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions législatives, il importe de tenir compte de l'intention du législateur. Quel est alors l'objet des articles 78 et 79 de la Loi? Nul ne conteste, notamment dans la présente affaire, que ces dispositions visent à réprimer les abus commis par des entreprises dominantes. Le guide explicatif établi par le gouvernement résume bien le rôle de cette disposition :

Le comportement anticoncurrentiel d'entreprises dominantes impose des limites artificielles à la concurrence et nuit ainsi à la répartition efficace des ressources sur le marché. Dans un contexte économique sain et dynamique, les biens et services sont fournis par les entreprises qui peuvent les produire le plus efficacement et s'adapter aux fluctuations perpétuelles de la demande sur le marché. La disposition proposée sur l'abus de position dominante agira de manière à ce que les entreprises dominantes concurrencent leurs rivales au niveau de l'efficacité et non en abusant de leur position de force sur le marché. La disposition est très importante pour la protection des consommateurs, des nouveaux venus sur le marché et, en particulier, des petites entreprises³.

Ces dispositions visent à remédier à certains des problèmes qui ont rendu largement inefficace l'ancienne infraction criminelle relative aux monopoles. Au nombre des difficultés, mentionnons le fait qu'il n'y avait rien d'intrinsèquement criminel dans l'établissement ou le maintien d'un monopole, le lourd fardeau de la preuve qui incombait au ministère public afin d'avoir gain de cause dans une poursuite criminelle, l'accent mis, dans la disposition, sur le « détriment du public », plutôt que sur le comportement anticoncurrentiel et l'absence de souplesse des mesures de redressement prévues.

³ Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence - Guide*, Approvisionnement et Services Canada, décembre 1985 à la p. 24.

Les trois alinéas du paragraphe 79(1) correspondent aux trois principaux éléments dont la preuve doit être faite pour établir qu'une entreprise dominante s'est livrée à un abus anticoncurrentiel. Le Tribunal doit, premièrement, évaluer la dominance, deuxièmement, déterminer s'il y a eu pratique d'agissements anticoncurrentiels et, troisièmement, déterminer l'effet de la pratique sur le plan de la concurrence dans un marché. Chacun de ces trois éléments doit être prouvé avant qu'une ordonnance ne puisse être rendue.

Pour compléter l'analyse fondée sur l'alinéa *c*), le Tribunal doit définir un « marché », notamment en ce qui concerne la dimension produit et la dimension géographique, et tenir compte de la puissance commerciale, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu diminution sensible de la concurrence. De même, dans l'examen de la prétendue pratique d'agissements anticoncurrentiels au sens de l'alinéa *b*), le Tribunal doit déterminer quel est le marché pertinent. La plupart des agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78 renvoient expressément à l'élimination d'un concurrent ou à l'entrave à une participation accrue dans un « marché ». Même lorsque le mot n'est pas mentionné, la notion peut devoir être appliquée afin de déterminer si les prétendus agissements anticoncurrentiels visent un concurrent (alinéas *d*) et *i*)) ou quelles « structures de prix » sont pertinentes (alinéa *f*)).

Vu ce contexte, il convient maintenant d'examiner l'interprétation que propose la défenderesse. L'avocat a cité différentes définitions des mots « *class* » (catégorie) et « *species* » (espèce) que renferment les dictionnaires. La définition tirée de l'ouvrage *The Shorter Oxford*

English Dictionary, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1973 aux pp. 345 et 2067, est assez représentative de toutes celles qui sont citées; en voici le texte :

[*Class*] [TRADUCTION] ... Un certain nombre de personnes ou de choses ayant en commun des caractéristiques, regroupés de façon générale ou par catégorie. Un genre, une sorte, une classe. (Désormais le sens courant.) ...
[*Species*] [TRADUCTION] ... Une classe de personnes ou de choses ayant en commun certains attributs ou caractéristiques, souvent une division d'une catégorie ou d'un genre.
... Une catégorie, une sorte, un genre distinct d'un groupe donné⁴.

Ces définitions portent à présumer que les éléments considérés comme faisant partie d'une catégorie ou d'une espèce donnée d'entreprises devraient avoir des caractéristiques communes. Elles ne précisent toutefois pas sur quelle base les caractéristiques communes devraient être appréciées, et Nielsen n'en propose aucune.

En l'espèce, la défenderesse fait valoir que la catégorie ou l'espèce d'entreprises devrait comprendre « tous les éléments qui sont nécessaires à la conduite ou au rendement de son entreprise ». Selon les faits devant nous, l'avocat renvoie essentiellement au formulaire 10-K produit par D & B auprès de la Securities and Exchange Commission des États-Unis, où la division Nielsen Marketing Research est assimilée à un participant du [TRADUCTION] « marché mondial des services d'étude de marché », qui [TRADUCTION] « fournit une vaste gamme de services afin d'aider les fabricants de produits de consommation à sélectionner, à planifier, à mettre à l'essai et à évaluer leurs marques et leurs programmes de marketing individuels »⁵. Mention a également été faite du formulaire 10-K et de l'énoncé de mission d'IRI, laquelle offre

⁴ 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1973 aux pp. 345 et 2067.

⁵ Pièce J-8, onglet 331 à la p. 346.

aussi une variété de produits et de services connexes⁶. Le témoignage de fabricants a également été invoqué pour montrer que, selon ces derniers, les termes « services d'information » ou « services d'aide à la prise de décisions » décrivent les différents produits qu'ils achètent, qu'il s'agisse de services de suivi du marché ou de mise à l'essai de nouveaux produits ou de logiciels, d'un point de vue global. Seuls les services de suivi du marché fondé sur les données de détaillant prélevées par balayage électronique sont compris dans la définition de catégorie ou espèce d'entreprises retenue par le directeur.

Ce qui rend les divers éléments des services d'information ou des services d'aide à la prise de décisions « nécessaires » à l'ensemble, sauf le seul fait que Nielsen a choisi d'offrir cette combinaison de produits et de services, ne ressort pas de l'argumentation de la défenderesse. Un membre de la formation a signalé à l'avocat que si tous les éléments des activités de Nielsen sont des composantes « nécessaires » de la catégorie ou espèce d'entreprises qu'il qualifie de « services d'aide à la prise de décisions », il s'ensuit que si l'un des éléments n'est pas offert aux concurrents (par exemple, les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique), Nielsen, par définition, est la seule société dans cette catégorie ou espèce d'entreprises et, par conséquent, la contrôle.

L'avocat réplique que, en effet, les concurrents de Nielsen n'ont pas à exercer leurs activités dans le même domaine qu'elle. Il soutient qu'il ne suffit pas que le directeur montre que Nielsen contrôle la catégorie ou l'espèce d'entreprises dans son ensemble, mais qu'il doit établir qu'elle en contrôle chacun des éléments. De plus, la présence d'un concurrent dans un élément

⁶ Pièce J-8, onglet 330; pièce J-7, onglet 272 à la p. 19.

ferait en sorte que Nielsen ne contrôle pas la catégorie d'entreprises correspondant aux services d'aide à la prise de décisions, même si Nielsen est la seule société exploitant cette catégorie d'entreprises sur le plan global. La logique de cet argument m'échappe. Il me semble contradictoire de regrouper tous les services fournis par Nielsen pour les qualifier de « catégorie ou espèce d'entreprises », apparemment parce que tous les services sont « nécessaires » à ces entreprises, puis d'exiger que le contrôle vise chacun des éléments individuels. Si tous les éléments sont nécessaires, sur la base de la définition même proposée par l'avocat, il existe une seule catégorie ou espèce dont le contrôle par Nielsen doit être établi. Les éléments individuels du groupe n'ont plus de pertinence pour ce qui est de l'analyse. Si le contrôle doit être prouvé à l'égard de chacun des éléments, suivant le libellé de l'alinéa *a*), chacun des éléments devrait être assimilé à une « catégorie ou espèce d'entreprises » en soi. Il appert que l'argumentation de la défenderesse consiste essentiellement à prétendre qu'elle devrait pouvoir définir la « catégorie ou espèce d'entreprises » dont il doit être établi qu'elle a le contrôle, pour que la demande soit accueillie, sans que ne soit appliqué quelque critère objectif.

Une autre question concernant la cohérence logique de la définition proposée est soulevée relativement à la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet* (qui a également été appliquée dans *Le directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*⁷, une autre affaire d'abus de position dominante), selon laquelle le mot « contrôlent », employé à l'alinéa 79(1)*a*), est synonyme de puissance commerciale⁸. Cette interprétation est apparemment acceptée par

⁷ (20 janvier 1992), CT-91/2, Motifs de l'ordonnance à la p. 76, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289 à la p. 325.

⁸ *Supra* note 2 aux pp. 53-54 (à la p. 28 dans la version anglaise publiée).

Nielsen, tout comme elle l'est dans la doctrine. Il est en effet difficile d'aborder la question de la puissance commerciale sans renvoyer à un marché.

De plus, non seulement la proposition de la défenderesse est difficile à justifier suivant ses propres paramètres, mais elle est également incompatible avec l'application logique du droit de la concurrence en général. Qu'il suffise de mentionner l'hypothèse formulée par l'avocat relativement à Imasco, laquelle exerce ses activités dans les domaines financier et pharmaceutique. La défenderesse admet seulement que le volet financier est distinct du volet pharmaceutique, parce que les activités pharmaceutiques ne sont pas « nécessaires » pour créer un produit dans le domaine financier. S'il s'ensuit que la division pharmaceutique dans son entier constitue une « catégorie ou espèce d'entreprises » individuelle, pareil résultat est extraordinaire. Divers types de médicaments ont des usages très différents et il n'y a pas nécessairement de lien logique entre eux du point de vue de la demande. Dans de nombreuses affaires, en Amérique du nord et en Europe, le droit de la concurrence ou les dispositions antitrust ont été appliqués à l'égard de médicaments individuels ou de catégories de médicaments ayant des caractéristiques semblables, et non à l'égard des entreprises « pharmaceutiques » comme telles.

Le directeur insiste sur le fait que, étant appelé à déterminer s'il y a eu abus de position dominante en vertu de l'article 79, le Tribunal n'a pas à recenser toutes les différentes activités qu'exerce Nielsen. Il avance que la question est plutôt de savoir si les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique constituent un marché du produit bien

défini. Il ajoute que la définition proposée par Nielsen met l'accent sur les *entreprises* exploitées par Nielsen plutôt que sur une *catégorie ou espèce d'entreprises*, suivant le libellé de l'article 79.

Je conviens que la détermination de la catégorie ou de l'espèce d'entreprises dans une affaire donnée ne peut se faire par la défenderesse. Je concède également au directeur que si, en l'espèce, la catégorie ou l'espèce d'entreprises correspond aux services d'aide à la prise de décisions, toute une gamme de produits qui sont destinés à divers usages et qui ont une fonction différente sont compris.

S'appuyant sur les décisions antérieures du Tribunal, le directeur soutient que les termes « catégorie ou espèce d'entreprises » et « marché du produit » sont synonymes et, par conséquent, que la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada peut constituer une catégorie ou espèce d'entreprises. L'analyse la plus fouillée de la question figure dans la décision du Tribunal relative au premier cas d'abus de position dominante dont il a été saisi, l'affaire *NutraSweet*. Pour définir le marché du produit dans cette affaire, le Tribunal y établit un critère fondé sur la substituabilité du produit :

La question qui se pose est la suivante : d'autres édulcorants sont-ils de bons produits de remplacement pour l'aspartame et, si oui, de quelles façons? Dans toute affaire relevant du droit de la concurrence, de nombreux facteurs peuvent s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer la substituabilité des produits⁹.

Le Tribunal dit également ce qui suit :

⁹ Ibid. à la p. 13 (à la p. 10 dans la version anglaise publiée).

Le Tribunal estime qu'il faut toujours garder présent à l'esprit l'objet général d'un article lorsqu'il s'agit d'analyser les éléments qui, aux termes du texte de loi, doivent être examinés en détail. En ce qui concerne la définition du marché du produit, le Tribunal a tenu compte des répercussions que ses conclusions auraient à cet égard¹⁰.

Puis, le Tribunal analyse plus en détail le sens des mots « catégorie ou espèce d'entreprises ». Il importe de signaler que, dans ce cas, les parties défendent des positions opposées à celles qu'adoptent les parties dans la présente affaire.

De l'avis du directeur, il faudrait interpréter la « catégorie ou espèce d'entreprises » dont il est fait mention à l'alinéa 79(1)a) dans le sens « commercial » plutôt qu'économique d'un marché des produits et alors, cette catégorie ou espèce est l'aspartame. Le Tribunal est plutôt de l'avis de la défenderesse selon laquelle « catégorie ou espèce d'entreprises » est synonyme du marché des produits pertinent. Cette interprétation va dans le même sens que l'opinion du Tribunal selon laquelle « contrôle » signifie puissance commerciale, puisque ce concept ne peut valablement être relié qu'à un marché des produits. La distinction n'est pas importante en l'espèce, car tel qu'on l'a fait remarquer plus haut, le Tribunal considère également que le produit pertinent au Canada est l'aspartame¹¹.

La question de savoir si, dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a effectivement tranché la question du sens des mots « catégorie ou espèce d'entreprises » employés à l'alinéa 79(1)a) a de savoir si, dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a effectivement tranché la question du sens des mots « catégorie ou espèce d'entreprises » employés à l'alinéa 79(1)a) a qui précède que la Conclusion du Tribunal à ce sujet est incidente.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 14 (à la p. 10 dans la version anglaise publiée).

¹¹ *Ibid.* à la p. 61 (aux pp. 31-32 dans la version anglaise publiée).

Puis, le Tribunal analyse l'arrêt *Eddy Match Co. v. R.*¹², que le directeur invoque à l'appui de sa position. Aux termes de la loi qui a précédé la *Loi sur la concurrence*, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, Eddy Match Co. a été accusée d'avoir établi une coalition, savoir une fusion, un trust ou un monopole, qui contrôlait les activités de fabrication et de distribution des allumettes de bois. Voici comment le Tribunal qualifie la conclusion tirée dans cette affaire relativement à l'expression « catégorie ou espèce d'entreprises » :

En déterminant que les allumettes de bois constituaient la « catégorie ou espèce d'entreprises » pertinente, le tribunal n'a pas jugé nécessaire de tenir compte des autres moyens de produire une flamme comme substituts possibles. Il a reconnu que « dispositifs d'allumage » était une catégorie générale qui pouvait comprendre de nombreux genres d'entreprises mais a statué que « catégorie ou espèce d'entreprises » se rapportait aux allumettes de bois puisqu'il s'agissait du seul commerce d'Eddy et que les allumettes étaient différentes des autres dispositifs d'allumage¹³.

Le Tribunal établit une distinction avec la décision *Eddy Match* en s'appuyant sur les faits de l'espèce et les cadres législatifs différents correspondant à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et à la *Loi sur la concurrence* :

Dans cette affaire, les accusations ont été portées en vertu d'une loi pénale, l'accusée ayant eu une conduite très énergique envers d'autres producteurs d'allumettes de bois. Eddy a certainement agi comme si les allumettes de bois étaient un produit suffisamment distinct pour qu'elle juge utile de concentrer ses efforts sur cette industrie. Dans la loi actuelle, toutefois, l'article 79 prévoit d'autres recours et l'organisme décideur est un tribunal spécialisé. Le Tribunal irait à l'encontre de l'esprit de

¹² (1953), 20 C.P.R. 107; 109 C.C.C. 1; 18 C.R. 357 (C.B.R. Qué., appel).

¹³ *NutraSweet*, *supra* note 2 aux pp. 62-63 (aux pp. 32-33 dans la version anglaise publiée).

cette loi s'il ne tenait pas compte d'autres facteurs pertinents (c'est-à-dire les substituts possibles) en se fondant sur une question de forme présumée¹⁴.

Le Tribunal conclut par ailleurs que le marché du produit devrait être circonscrit aux termes de l'alinéa 79(1)a) :

De plus le directeur reconnaît qu'il faut tenir compte du marché des produits dans l'étude du paragraphe 79(1) et plus particulièrement de l'alinéa 79(1)c) où il est question de diminuer sensiblement la concurrence dans un « marché », terme qui oblige à identifier le produit et l'étendue géographique. De l'avis du Tribunal, on s'en tient davantage à la logique de l'article si l'on identifie expressément le marché des produits relativement au « contrôle » plutôt que de traiter partiellement de la question en fonction de l'alinéa 79(1)a) et de reprendre l'étude en se fondant sur l'alinéa 79(1)c)¹⁵.

Dans la deuxième affaire d'abus de position dominante dont le Tribunal a été saisi, *Laidlaw*, aucune analyse n'est faite quant à la différence, s'il en est, entre les termes « catégorie ou espèce d'entreprises » et « marché du produit », étant donné que les parties s'entendent sur le marché pertinent du produit. En fait, l'intitulé « *Catégorie ou espèce d'entreprises* » / *Marché du produit* figure dans les motifs. Le Tribunal ajoute ce qui suit :

En l'espèce, les parties s'entendent sur la définition du marché du produit. Il s'agit d'une catégorie spécifique des services de collecte et d'élimination de déchets¹⁶.

Examinons maintenant une autre affaire susceptible d'élucider le sens de « catégorie ou espèce d'entreprises ». Dans *R. v. Canadian General Electric Co. Ltd.*, les accusés, trois fabricants de lampes électriques détenant 95 p. 100 du marché canadien, faisaient l'objet d'accusations fondées sur les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* relatives au complot et au

¹⁴ *Ibid.* à la p. 63 (à la p. 33 dans la version anglaise publiée).

¹⁵ *Ibid.* aux pp. 63-64 (à la p. 33 dans la version anglaise publiée).

¹⁶ *Supra* note 7 à la p. 8 (à la p. 295 dans la version anglaise publiée).

monopole¹⁷. Dans ses motifs concernant l'accusation de complot, le juge Pennell analyse tout d'abord la question du marché pertinent :

[TRADUCTION] Aux fins de toute décision fondée sur l'art. 32 de la Loi, il convient d'examiner deux caractéristiques concurrentielles, et ces caractéristiques ont trait 1) à la structure du marché et 2) au comportement des participants, et la façon dont le « marché pertinent » est défini est fondamentale dans les deux cas¹⁸.

Il conclut :

[TRADUCTION] À mon avis, il est clair que le marché pertinent aux fins de la distribution des grosses lampes correspond au territoire géographique du Canada. Le terme « grosses lampes » est employé par l'industrie pour désigner un segment précis du marché des lampes. Chacun des accusés considérait les grosses lampes comme un segment distinct de l'industrie en ce qui a trait à la fabrication et à la vente. Les produits en cause constituaient une part importante de toutes les lampes vendues au Canada pendant la période considérée. Vue de cet angle, la fabrication ou la vente de grosses lampes peut être assimilée à une catégorie ou espèce d'entreprises en soi.

Fondamentalement, les grosses lampes sont des produits homogènes. Il existe très peu de différences entre les produits offerts par les trois défenderesses. Les acheteurs se voient offrir des gammes comparables par chacun des accusés, et les produits ont les mêmes caractéristiques matérielles et sont conçus pour un même usage. Le degré de substituabilité ou d'élasticité croisée est, à toutes fins utiles, inexistant.

La distribution des grosses lampes peut donc être considérée comme un marché pertinent en vertu de l'al. 32(1)c) de la Loi. Il s'agit d'une catégorie particulière d'entreprises et d'une gamme de produits qui se distingue de l'ensemble des lampes produites. Le marché n'a pas été créé artificiellement au regard des présentes accusations, mais découle de la nature du produit, de l'absence d'élasticité croisée ou de substituabilité à l'égard des autres produits et du traitement accordé au produit grâce à un mode spécial de distribution et à une politique de vente particulière¹⁹.

¹⁷ (1976), 15 O.R. (2e) 360 (H.C.).

¹⁸ *Ibid.* à la p. 371.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 372.

Même si le juge Pennell renvoie à la disposition relative au complot, où les termes « catégorie ou espèce d'entreprises » sont absents, il se peut qu'il ait eu en tête les dispositions relatives au monopole pour rédiger ses motifs comme il l'a fait. On peut en déduire que le juge Pennell a appliqué le même marché pertinent tout au long de sa décision étant donné qu'il ne revient pas sur la question à la rubrique portant sur le monopole, mais qu'il y examine plutôt d'autres questions comme celles du monopole conjoint et du détriment²⁰. Le juge Pennell met l'accent sur la substituabilité pour définir le marché pertinent et il semble également utiliser « marché pertinent » et « catégorie ou espèce d'entreprises » indistinctement.

Après examen de la jurisprudence, je suis en accord avec la conclusion du Tribunal dans la décision *NutraSweet* selon laquelle, pour déterminer la « catégorie ou espèce d'entreprises », il faut tenir compte de la substituabilité. Il ne fait aucun doute par ailleurs que l'emploi de « catégorie ou espèce » vise à limiter la portée du mot « entreprises ». Toutefois, même si je conviens que la logique qui sous-tend la disposition est mieux respectée lorsque le marché du produit est déterminé précisément par rapport à la question du contrôle, vu la citation qui précède tirée de la décision *NutraSweet*, je ne saurais convenir qu'on peut faire fi de la différence de libellé entre les alinéas 79(1)a) et 79(1)c).

Pour aborder la question de la différence de libellé de ces alinéas et des motifs sous-jacents, je suis d'avis qu'un bref examen de l'évolution législative de la Loi est nécessaire. Bien

²⁰ *Ibid.* à la p. 406 et s.

qu'il ne soit pas concluant ni même, théoriquement, recevable aux fins d'interpréter un article de loi, l'examen de l'évolution législative d'une disposition en particulier peut s'avérer instructif.

Les éléments pertinents des alinéas *a)* et *c)* semblent libellés exactement de la même façon à la première lecture du projet de loi qui, par la suite, est devenu la nouvelle *Loi sur la concurrence*. Ils n'ont pas été modifiés en comité ou à la Chambre. Un témoin comparaisant devant le comité de la Chambre chargé de l'examen du projet de loi C-91 a fait état de la différence de libellé entre les alinéas *a)* et *c)* de façon assez détaillée. William Stanbury fait les observations suivantes relativement à l'article 51 (alors) du projet de loi :

Maintenant, nous arrivons à la définition de marché. L'alinéa 51(1)*a)* fait mention d'une « catégorie ou espèce d'entreprise », tandis que l'alinéa 51(1)*c)* fait mention d'un « marché ». Il y a lieu de se demander si ces deux expressions sont synonymes et si elles s'appliquent à la même réalité. Je crois qu'il y aurait lieu de tirer les choses au clair dans les deux cas et j'estime qu'il conviendrait d'y substituer, dans les deux cas, l'expression « le marché pertinent ».

Je m'en voudrais de ne pas signaler ce piège, ou cette échappatoire, que renferme le projet de loi, à cause des écarts de terminologie dans les deux alinéas d'un même article. Je crois que tous seraient d'accord pour apporter cet amendement d'ordre technique, d'autant plus qu'il faciliterait de beaucoup le travail des juristes²¹.

Malheureusement, le comité n'a pas retenu la proposition du professeur Stanbury, du moins en ce qui concerne l'emploi des termes « le marché pertinent [du produit] » à l'alinéa *a)* au lieu des mots « catégorie ou espèce d'entreprises ».

Le libellé de l'alinéa *a)* est manifestement tiré de la définition de « monopole » de l'article 2 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*²². Suivant cette définition,

²¹ Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91* (29 avril 1986) à la p. 3:8.

²² S.R.C. 1970, c. C-23.

« monopole » désigne une « situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelqu'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes... ». Le guide établi par le gouvernement à l'égard du projet de loi C-91 confirme ce fait dans sa description de la nouvelle disposition sur l'abus de position dominante :

Les éléments qui devront être prouvés sont les suivants : premièrement, « une ou plusieurs personnes » devront contrôler pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelqu'une de ses régions, une catégorie ou espèce d'entreprises. Cet élément est basé sur la définition de monopole contenue dans la loi actuelle. En conservant les mots « une ou plusieurs », la Loi pourra encore s'appliquer à un comportement auquel se livrent des personnes non affiliées. Cela signifie que l'article s'appliquera, en certaines circonstances, à des situations de « domination conjointe »²³.

C'est ce dernier commentaire, et non l'emploi de l'expression « catégorie ou espèce d'entreprises », qui a retenu l'attention du comité et y a été débattu.

Le guide décrit par ailleurs l'alinéa *c*) comme suit :

Troisièmement, il doit s'agir d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence sur le marché. Ce critère de réduction de la concurrence est employé dans la loi actuelle et dans la disposition proposée sur les fusionnements²⁴.

La doctrine a procédé à une certaine analyse du paragraphe 79(1) et de la différence de libellé entre les alinéas 79(1)*a*) et 79(1)*c*). Certains observateurs accordent une importance au fait que les mots employés aux alinéas en cause sont différents; d'autres adhèrent à une analyse

²³ Réforme de la législation sur la concurrence - Guide, supra note 3 à la p. 25.

²⁴ Ibid. à la p. 26.

qui met l'accent sur le marché pertinent et la puissance commerciale et qui s'apparente à celle retenue par le Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*. Cependant, nul n'explique de façon convaincante la différence de libellé.

Bien que cela n'ait pas été débattu en l'espèce, j'estime que l'analyse de la disposition par R.J. Roberts fournit des indices utiles quant à savoir pourquoi l'alinéa a) renvoie au contrôle d'une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions. Dans un article publié en 1991, le professeur Roberts critique l'article 79 parce que, selon lui, il ne vise que les sociétés qui sont dominantes ou qui jouissent d'une puissance commerciale au Canada et ne peut être invoqué à l'égard d'une société qui, bien qu'elle soit dominante sur le marché mondial à l'égard d'un produit, a une part restreinte du marché au Canada²⁵. Il dit s'inquiéter, par exemple, du fait que la loi canadienne ne peut empêcher une société américaine qui est dominante sur le marché mondial, mais qui détient une petite part du marché canadien, de se livrer à des agissements anticoncurrentiels à l'endroit d'une société canadienne en Europe. Il estime que cette situation peut avoir des effets préjudiciables au Canada, étant donné que la société canadienne sera handicapée et pourra même faire faillite. Le professeur Roberts préconise donc l'accroissement de la portée des dispositions canadiennes relatives à l'abus de position dominante en vue de l'exercice d'une compétence extraterritoriale dans les cas où le [TRADUCTION] « commerce du Canada à l'étranger » est touché d'une façon défavorable²⁶. Il

²⁵ R.J. Roberts, « Abuse of Dominant Position : From Bork to Bain and Back Again But This Time With Extraterritoriality » dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques, 1991, 337 aux pp. 344-48.

²⁶ *Ibid.* à la p. 347.

reconnaît que les dispositions actuelles mettent l'accent sur la [TRADUCTION] « défense d'efficacité économique et, partant, sur l'intérêt des consommateurs au Canada »²⁷.

En déterminant que les dispositions relatives à l'abus de position dominante, telles que rédigées, semblent ne conférer au Tribunal une compétence que dans les cas où une société est dominante sur un marché qui correspond à une partie ou à l'ensemble du Canada, ou qui, à tout le moins, l'inclut, le professeur Roberts pourrait donner une explication plausible de la différence de libellé. Un marché géographique défini en fonction de facteurs économiques peut dépasser largement les frontières canadiennes. Vu le libellé de l'article 79, tel que rédigé, le Parlement visait les sociétés dominantes au Canada et les effets de l'abus de leur position dominante sur le consommateur canadien. Si le Parlement avait simplement mentionné, à l'alinéa *a*), le contrôle d'un marché, « marché » se rapportant tant à la dimension produit qu'à la dimension géographique, la disposition aurait pu s'appliquer à des cas où il n'y avait aucun lien direct avec le consommateur canadien. La disposition aurait pu être appliquée de façon vigoureuse à l'étranger pour protéger les *sociétés* canadiennes exerçant leurs activités sur d'autres marchés où le *consommateur* canadien ne se procure pas le produit²⁸. Le professeur Roberts recommande évidemment de modifier la disposition afin d'atteindre ce résultat. Or, en l'espèce, je dois me prononcer sur le libellé actuel, et non sur le bien-fondé de la réforme préconisée.

²⁷ *Ibid.* à la p. 345.

²⁸ Par exemple, lorsqu'il existe un marché nord-américain et un marché européen pour un produit, une société européenne pourrait abuser de sa position dominante en Europe au détriment d'une société canadienne qui y exerce également ses activités. Si l'alinéa *a*) renvoyait au contrôle d'un « marché », le directeur pourrait saisir le Tribunal d'une demande afin de remédier à la situation en Europe.

J'arrive à la conclusion que le libellé « catégorie ou espèce d'entreprises » est utilisé à l'alinéa 79(1)a) de la Loi de préférence au mot « marché », parce que le terme « marché » a une connotation géographique et qu'il existe déjà un élément géographique à cet alinéa, savoir les mots « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », ce qui a été expressément prévu afin de limiter l'application du mot « contrôlent » au Canada. Je souscris à l'interprétation de l'alinéa 79(1)a) par le Tribunal dans les décisions *NutraSweet* et *Laidlaw*, que le directeur invoque en l'espèce. L'alinéa a) scinde expressément le marché en deux éléments, soit « catégorie ou espèce d'entreprises », qui renvoie au marché pertinent du produit, et « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », qui renvoie au marché géographique pertinent. Le Parlement a clairement indiqué que, même si la disposition peut à l'occasion s'appliquer à l'égard de puissantes sociétés internationales, celles-ci devaient, dans ce cas, avoir une puissance commerciale dans tout le Canada ou dans une partie de celui-ci. Je conclus que « catégorie ou espèce d'entreprises » est synonyme du marché pertinent du produit, et que « contrôlent » est synonyme de puissance commerciale.

III. « CATÉGORIE OU ESPÈCE D'ENTREPRISES » / MARCHÉ DU PRODUIT

A. Faits

1) Services de suivi du marché

Le suivi du marché comprend la collecte de données sur le mouvement des produits, pendant une certaine période, afin d'évaluer l'étendue du marché total et la tendance de la croissance à l'égard de chacune des catégories de produits étudiées et afin de déterminer le rendement relatif ou la part de marché d'une marque ou d'un article en particulier au sein de la catégorie de produits. Chaque saveur, quantité ou format, pour une même marque, est assimilé à un article. Dans le cadre des services de suivi du marché, des données peuvent également être recueillies sur les facteurs « causals » qui expliquent les modifications observées dans le mouvement des produits. Il peut s'agir du prix, d'une promotion, d'une publicité centrée sur les caractéristiques du produit, de l'étalage en magasin, etc. Le suivi du marché permet au fabricant et au détaillant de mieux planifier le marketing et le merchandising de leurs produits en fonction des tendances observées.

Étant donné que les modes de distribution varient considérablement d'une catégorie de produits à une autre, les services de suivi peuvent être conçus de façon à convenir à certains types de fabricants et mettre l'accent sur des réseaux de distribution différents. Par exemple, le service de suivi afférent à un produit d'alimentation visera les réseaux grâce auxquels les produits d'alimentation sont généralement vendus, tandis que le service de suivi lié aux produits d'hygiène et de santé visera un ensemble différent de points de vente au détail.

Plusieurs méthodes peuvent être employées et l'ont été pour collecter les données nécessaires aux services de suivi du marché. Initialement, on a eu recours à la vérification en magasin. L'indice Nielsen de l'alimentation (« INA »), l'indice Nielsen des produits

pharmaceutiques (« INPP ») et l'indice Nielsen des magasins à grande surface (« INMGS ») constituaient des services traditionnels fondés sur un tel procédé. Chacun de ces indices s'appuyait sur un échantillon de magasins dont les données faisaient l'objet d'une extrapolation afin de représenter la population en cause. Comme leurs noms l'indiquent, l'échantillon INA était établi à partir de magasins d'alimentation, l'échantillon INPP à partir de pharmacies et l'échantillon INMGS à partir des trois grandes surfaces dominantes, soit K mart, Woolco et Zellers.

Lors de leurs visites effectuées tous les 60 jours, les vérificateurs détachés sur le terrain par Nielsen recueillaient les données dans chacun des magasins compris dans l'échantillon. Ils dressaient un inventaire d'ouverture au début de la période et un inventaire de fermeture 60 jours plus tard. Ils obtenaient des renseignements sur les achats du magasin au cours de cette période et, en jumelant ces chiffres à ceux de l'inventaire, ils calculaient le nombre de ventes réalisées dans le magasin au cours de la période. Lors de leurs visites dans les magasins, les vérificateurs recueillaient également des « données causales », notamment le prix étiqueté des différents produits le jour de la visite, les étalages à l'intérieur du magasin, les ruptures de stock et le matériel promotionnel de l'établissement.

Les rapports INA, INPP et INMGS étaient produits et offerts aux clients tous les deux mois (six fois par année). Ils fournissaient des renseignements sur le volume du marché et la part de marché et renfermaient différents facteurs causals. Les données visaient l'ensemble du pays ainsi que ses différentes régions.

Nielsen était la seule société au Canada à offrir des services de suivi de la vente au détail fondé sur la vérification en magasin, exception faite d'une société canadienne qui a été en activité du début au milieu des années quatre-vingts. Cette société offrait des services de suivi fondé sur la vérification en magasin essentiellement aux fabricants de confiseries et de produits du tabac.

Une deuxième méthode de collecte de données, plus récente, se fonde sur les expéditions à partir des entrepôts (également appelée) « retraits des entrepôts ». En 1981, Nielsen a lancé le service Nielsen d'expédition à partir des entrepôts (« SNEE »). Les données relatives aux expéditions à partir des entrepôts d'une organisation participante à ses magasins sont consignées électroniquement à l'entrepôt et communiquées à Nielsen. Pour obtenir des renseignements pertinents sur le prix grâce à cette méthode, qui met l'accent sur les expéditions aux magasins de détail plutôt que sur les ventes, Nielsen a recours à un prix de détail suggéré par le fabricant du produit. Aucune autre donnée causale n'est comprise. Les données du SNEE sont rapportées pour des périodes de quatre semaines pour chacun des articles, tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle régionale.

En 1989, Nielsen a amélioré le SNEE et créé le SNEE Plus spécialement à l'intention des services du marketing et du personnel de vente de sa clientèle. Le SNEE Plus comprend certaines données causales de base, de même que des tableaux, des diagrammes et des graphiques.

Une société américaine appelée SAMI aurait tenté de pénétrer le marché canadien à la fin des années soixante-dix ou au début des années quatre-vingts, afin d'offrir des services fondés

sur les expéditions à partir des entrepôts. Les témoignages entendus ne concordent pas quant à savoir si cette société a effectivement produit des rapports pour le marché canadien. Il ne fait cependant aucun doute que, même si SAMI a vraiment exploité son entreprise au Canada, elle n'y a pas exercé ses activités longtemps. Hormis cette brève incursion, Nielsen est le seul fournisseur au Canada de services fondés sur les expéditions à partir des entrepôts depuis 1981.

Une troisième méthode de suivi du marché s'appuie sur les données prélevées par balayage électronique. Il s'agit de données qui sont consignées lorsqu'un produit est soumis au balayage électronique à la caisse du détaillant au lieu d'être inscrit manuellement au moyen d'une caisse enregistreuse. Les produits de consommation emballés ont un code à barres, soit le code universel des produits (« CUP ») apposé par le fabricant. Le CUP renferme des renseignements d'identification du produit qui peuvent être prélevés par balayage électronique. Des données complémentaires du détaillant, comme le nom du magasin, le prix et la date de l'achat, sont également prélevées lors du balayage électronique. Les détaillants installent des balayeurs et prélèvent des données à des fins de gestion interne. Le coût qu'ils doivent supporter pour communiquer les données à Nielsen correspond à peine à un peu plus que les frais de copie.

En 1988, Nielsen a lancé un service restreint de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique à partir d'un échantillon d'épiceries ontariennes (Ontario ScanTrack). Elle n'a pas obtenu le succès escompté sur le plan des ventes et a mis fin au service en 1992. En 1989, Nielsen a commencé à vendre un service intégré de suivi du marché de l'alimentation, soit l'indice Nielsen du marché de l'alimentation (« INMA ») fondé à la fois sur

la vérification en magasin et sur les données prélevées par balayage électronique. À certaines exceptions près en ce qui a trait aux catégories pour lesquelles il ne produisait pas de données utilisables, l'indice INMA a « systématiquement » remplacé l'indice INA; les fabricants n'ont pas eu la possibilité de continuer de recourir à l'indice INA fondé sur la vérification en magasin.

L'indice INMA englobait non seulement les épiceries traditionnelles ayant recours aux données prélevées par balayage électronique ou issues de la vérification en magasin, mais également les données prélevées par balayage électronique à partir d'un échantillon de « supermarchés » ou de très grandes surfaces dont faisait fi l'indice INA en raison des difficultés et des coûts associés à la vérification dans de tels établissements. Les données issues de la vérification en magasin offrant le plus petit dénominateur commun, l'indice INMA était également publié tous les deux mois. Malgré la dualité des données sous-jacentes, les rapports INMA s'apparentaient aux anciens rapports INA.

En juillet 1992, Nielsen a lancé le service MarketTrack - Produits d'alimentation afin de remplacer l'indice INMA comme principal service de suivi des produits d'alimentation. Ce service se fonde essentiellement sur les données prélevées par balayage électronique, bien que sa teneur à cet égard varie en fonction du réseau de distribution qui fait l'objet du suivi.

Le service MarketTrack - Produits d'alimentation étudie des catégories de produits d'alimentation et de produits connexes dans trois réseaux de distribution. Les « bannières de supermarché d'alimentation » constituent le premier de ceux-ci. Il englobe les chaînes (quatre magasins ou plus en copropriété) ainsi que les très grands magasins indépendants dont le chiffre

d'affaires annuel est d'au moins 150 millions de dollars. Ce groupe comprend les principaux détaillants en alimentation du pays. Les bannières de supermarché d'alimentation constituent l'élément le plus important du service MarketTrack - Produits d'alimentation et, en 1994, il a compté pour environ 85 p. 100 du monde de l'alimentation suivi grâce à ce service. La très grande majorité des établissements compris dans cette catégorie fournissent des données prélevées par balayage électronique²⁹.

Pour obtenir des données de la part des magasins non dotés de balayeurs électroniques, mais compris dans ce réseau de distribution, Nielsen a recours à la collecte « manuelle » de données. Cette méthode comporte le jumelage de renseignements sur les achats obtenus par Nielsen auprès de magasins individuels et de données sur les expéditions à partir des entrepôts que Nielsen recueille déjà à l'intention de l'organisation. Cette méthode a parfois été qualifiée de « vérification » pendant l'audition de la preuve, mais elle ne doit pas être confondue avec la vérification traditionnelle où un inventaire est dressé tous les 60 jours. Grâce à cette méthode manuelle, de l'information sur le prix est obtenue d'une variété de sources au sein de l'organisation de Nielsen, étant donné que les achats ne constituent pas un bon indicateur du prix de détail. Le prix retenu correspond souvent au prix moyen.

Le deuxième réseau de distribution visé par le service MarketTrack - Produits d'alimentation correspond aux « autres épiceries ». Ce groupe se compose de marchés

²⁹ Il a été confirmé que les magasins Valdi et Loeb ne sont pas dotés de balayeurs électroniques. Valdi n'exerce plus ses activités que de façon restreinte, étant donné qu'il a fait faillite. Le nom de deux autres détaillants (Knob Hill Farms et Fortino's) qui ne peuvent pas prélever de données par balayage électronique a également été mentionné. Rien n'indique s'il s'agit de détaillants particulièrement importants.

d'alimentation indépendants de toutes tailles et de dépanneurs alimentaires. Le troisième réseau de distribution est le « non-alimentaire ». Ce groupe est composé d'établissements autres que des épiceries ou des marchés d'alimentation, mais qui offrent des produits d'« alimentation », comme les pharmacies, les grandes surfaces et les magasins à rayons. Généralement, les données recueillies à l'égard de ces catégories ne sont pas prélevées par balayage électronique, mais se fondent plutôt sur les expéditions à partir des entrepôts ou sur l'information relative aux achats. Les deuxième et troisième catégories comptent ensemble pour environ 15 p. 100 du monde de l'alimentation visé par le service MarketTrack - Produits d'alimentation.

Les rapports établis dans le cadre du service MarketTrack - Produits d'alimentation fournissent des données pour une période de quatre semaines. Le service est offert à l'échelle nationale ainsi que pour les régions de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan, de l'Ontario, du Québec et des Maritimes. L'Ontario est divisée pour sa part entre la région métropolitaine de Toronto et le reste de la province. La ville de Montréal est également considérée séparément par rapport au reste du Québec.

À la fin de 1993, Nielsen a remplacé le INPP, l'indice accessoire Nielsen de l'alimentation (« IANA »)³⁰ et l'indice INMGS, tous entièrement fondés sur la vérification en magasin, par les services MarketTrack - Produits d'hygiène et de beauté et MarketTrack - Produits de santé. Les services MarketTrack - Produits de confiserie, MarketTrack - Produits du tabac et MarketTrack - Produits de grignotage ont également été lancés en 1993 en

³⁰ L'indice IANA visait les produits pharmaceutiques offerts dans les marchés d'alimentation.

remplacement de l'indice Nielsen des produits de confiserie et du tabac qui était également fondé sur la vérification en magasin. Chacun des services MarketTrack s'appuie sur une combinaison différente de données prélevées par balayage électronique, issues de la vérification en magasin et fondées sur les expéditions à partir des entrepôts, selon que les données prélevées par balayage électronique peuvent être obtenues ou non à l'égard du réseau de distribution faisant l'objet du suivi. C'est le service MarketTrack - Produits d'alimentation qui compte la plus grande part de données prélevées par balayage électronique, soit environ 80 p. 100³¹.

Les rapports fondés sur les données issues d'un échantillon permanent de ménages, établis par une autre société au Canada, sont également utilisés de façon très restreinte par certaines entreprises à des fins de suivi du marché. Ils sont décrits plus en détail à la rubrique suivante.

2) Échantillons permanents de ménages (ou de consommateurs)

L'échantillon permanent de ménages, également appelé échantillon permanent de consommateurs, se compose de ménages de toutes les régions du pays qui inscrivent systématiquement des données sur leurs achats. L'échantillon est constitué de façon à représenter les différentes régions ou le pays dans son ensemble, ou les deux, afin que les données consignées sur les achats puissent s'appliquer, après extrapolation, à un plus grand nombre de

³¹ Pièce confidentielle CJ-10, onglet 443.

consommateurs. Nielsen et ISL International Surveys Ltd. (« ISL ») offrent toutes deux des services fondés sur cette méthode depuis un certain temps au Canada.

Initialement, Nielsen offrait un service de journal électronique Nielsen (« SJEN »), qui s'appuyait sur un échantillon de 6 000 ménages, soit 2 000 à Montréal, 2 000 à Toronto et 2 000 à Calgary. Dans chaque ville, l'échantillon était établi de façon à correspondre au profil démographique de l'endroit, mais n'était pas vraiment représentatif étant donné que les participants tendaient à se concentrer dans certains quartiers. Les résultats obtenus ne pouvaient pas être extrapolés en fonction d'un marché plus étendu. Les données étaient recueillies pour le SJEN à partir de supermarchés d'alimentation particuliers à l'aide d'une carte d'identification. À la caisse, le membre du ménage en cause présentait la carte au préposé, lequel balayait le numéro d'identification avant de balayer les codes apposés aux produits achetés. Les renseignements sur les achats effectués par le consommateur étaient ensuite transmis à Nielsen par le magasin.

À la fin de juillet 1994, Nielsen a lancé un nouveau service, HomeScan, fondé sur un échantillon permanent de consommateurs. Le premier rapport y afférent a été publié à la mi-octobre 1994. HomeScan a remplacé SJEN. Ce service revêt un intérêt tout particulier en ce qu'il correspond à la méthode la plus à jour en matière de collecte de données issues d'un échantillon permanent de consommateurs.

Les données fournies par HomeScan sont prélevées à partir d'un échantillon de 7 250 ménages à travers le Canada. De ce nombre, seulement 6 000 sont compris dans l'échantillon « statique » englobant les ménages qui participent à l'étude depuis un certain temps.

Des renseignements démographiques sur les ménages sont conservés dans la base de données HomeScan. Afin de prélever des données sur ses achats, le membre de l'échantillon HomeScan a recours à un balayeur portatif domestique. Lorsqu'il revient à la maison avec ses achats, le participant inscrit tout d'abord le nom du magasin. Différents noms et emplacements de magasins sont déjà programmés de façon à lui faciliter la tâche. Puis, le participant indique qui, au sein du ménage, a fait les achats à cette occasion et si plus d'une personne s'est rendue au magasin. Le code à barres apposé à l'article doit ensuite être balayé. Le dispositif de balayage demande ensuite à la personne de préciser le prix de l'article au besoin. Cette démarche est inutile lorsque l'article est acheté chez un détaillant qui fournit déjà des données prélevées par balayage électronique directement à Nielsen dans le cadre du service MarketTrack. Dans ce cas, l'information relative au prix sera extraite des dossiers MarketTrack pertinents. Le balayeur demande ensuite quelle quantité de l'article en cause a été achetée. Enfin, il invite le participant à préciser s'il a acheté l'article à des conditions « avantageuses », notamment grâce à un bon du fabricant ou du magasin ou dans le cadre d'un solde du détaillant ou autre. Une fois tous les achats inscrits, le participant indique le montant dépensé à cette occasion. Le temps consacré chaque semaine par un ménage au balayage des achats est, en moyenne, d'environ 30 minutes. Une fois par semaine, les membres de l'échantillon communiquent à Nielsen les données prélevées au moyen de leur balayeur, ce qui se fait au téléphone et prend généralement entre 30 secondes et une minute.

Bien que les participants communiquent les renseignements toutes les semaines, Nielsen « compile » les données afférentes à une période de quatre semaines afin de produire un rapport

mensuel. Le rapport est publié environ 21 jours après l'expiration de la période de quatre semaines.

Le service HomeScan offre une variété de modules analytiques³². Le dossier de base renferme des modules d'information sur les taux de pénétration afférents aux catégories et aux marques, les taux et les niveaux d'achats, la fréquence d'achat, le profil démographique des acheteurs et la fidélité ou l'inconstance. Ces modules permettent au client d'analyser le comportement du consommateur en matière d'achat afin d'expliquer la modification de sa part de marché ou du volume du marché. Il existe par ailleurs des modules analytiques qui expliquent le comportement du consommateur (par exemple, les acheteurs de faible/moyen/grand volume, le suivi de nouveaux produits, les segmentations démographiques, l'examen de l'importance d'un réseau de distribution et l'analyse de l'interrelation des achats).

HomeScan peut fournir des données de suivi de base sous forme de données relatives au volume et à la part du marché pour des intervalles de quatre semaines rétrospectivement jusqu'en juillet 1994. Il peut également donner de l'information sur l'importance relative des différents réseaux de distribution (épicerie, pharmacie, grande surface, entrepôt) par catégorie de produits ou par marque. On peut aussi y avoir recours pour déterminer si la part du volume du détaillant à l'égard d'une catégorie de produits est supérieure ou inférieure à sa part du volume global. Des données peuvent en outre être obtenues pour différentes répartitions régionales, comme dans le

³² Selon la documentation du mois de mars 1994 : pièce confidentielle CJ-10, onglet 439.

cas des autres services de Nielsen, de même que pour diverses subdivisions de Montréal, de Toronto et de Vancouver.

L'échantillon permanent de consommateurs canadiens (« EPCC ») d'ISL est constitué, sur une base nette, des données transmises par 4 500 ménages. Les participants à l'échantillon EPCC doivent toutefois inscrire manuellement leurs achats dans un journal déjà divisé en plusieurs catégories de produits, soit celles auxquelles ISL s'intéresse en vue de vendre ses services aux fabricants. La plupart de ces catégories correspondent à des produits de consommation emballés. Le ménage inscrit ses achats dans la catégorie appropriée et donne des précisions sur chaque achat, notamment la marque, le prix et l'endroit où il s'est procuré le produit. Il remet son journal tous les mois à ISL, et les données qu'il renferme sont ensuite versées dans la banque de données, laquelle renferme également les caractéristiques (ou le profil démographique), périodiquement mises à jour, de chacun des ménages. ISL se sert de sa base de données pour fournir des rapports à ses différents clients.

Le premier genre de rapport offert est le rapport EPCC. Ce rapport met l'accent sur le comportement du consommateur. Il renferme des données sur le profil démographique, le changement de marques, les achats répétés, la fidélité à une marque, le taux de pénétration d'une marque, etc. Le rapport type donne également de l'information sur la part de marché au palier national³³, comme la part du marché afférente à chacune des marques et aux différents formats offerts au sein d'une même marque, le volume vendu par marque et par format, ainsi que la part

³³ Des données régionales ne peuvent être obtenues.

de marché exprimée en dollars³⁴. Y figurent par ailleurs des renseignements sur les prix moyens par fabricant, par marque et par format. Toutes les données sont présentées sur une base mensuelle, pour le mois courant et pour les 12 mois précédents.

Le second genre de rapport établi par ISL à partir de sa base de données EPCC s'appelle TradeTrack. Le président et chef de la direction d'ISL, Terrence Rawlings, décrit comme suit ce rapport :

[TRADUCTION] Ce qui distingue fondamentalement TradeTrack des données issues de l'échantillon permanent de consommateurs est que, dans le premier cas, nous fournissons des renseignements sur les détaillants, et non sur les marques, et que cette information comporte deux paliers. Le rapport peut être établi toutes marchandises confondues, faire état du rendement des détaillants, de leur taille, de la tendance de leurs parts; il peut viser les détaillants toutes marchandises confondues ou faire la même chose à l'égard d'une catégorie en particulier, mais il ne tient pas compte des marques... Le rapport TradeTrack se rapportant au rendement du détaillant est le genre de rapport que le service des ventes [d'un fabricant] et les détaillants examinent généralement³⁵.

TradeTrack établit également des rapports sur la « pénétration des points de vente » par détaillant. Le rapport précise le pourcentage de ménages qui ont effectué un ou plusieurs achats dans une ou plusieurs des 69 catégories de produits dans une chaîne ou à un point de vente. TradeTrack offre aussi des données sur une base mensuelle ou trimestrielle, de même que la comparaison d'une année par rapport à une autre.

³⁴ Pièce confidentielle CA-41.

³⁵ Transcription, vol. 7 aux pp. 944-45 (25 octobre 1994).

3) Comptes majeurs

Les données de compte majeur sont des données de suivi afférentes à un détaillant en particulier. Ainsi, le fabricant qui souhaite connaître le rendement de ses produits dans, par exemple, les marchés d'alimentation Provigo au Québec, peut acheter des données de suivi se rapportant à ce détaillant précis. S'agissant de données sur le mouvement des produits, les données de compte majeur se fondent sur le balayage électronique, l'échantillon permanent de consommateurs, les expéditions à partir des entrepôts ou la vérification en magasin, selon la méthode de collecte utilisée par le service de suivi en cause.

Voici la description pertinente qui figure dans une récente demande de services de Nielsen :

[TRADUCTION] Chacun des rapports établis par Nielsen à l'égard d'un compte majeur compare le mouvement des produits dans tous les magasins à l'intérieur d'un ou de plusieurs territoires expressément visés par Nielsen avec le mouvement des produits chez le détaillant correspondant au compte majeur. Les données relatives au marché global (par opposition aux données s'appliquant au compte majeur déterminé) sont intégrées au rapport afférent au compte majeur à la condition que le client achète les données relatives au marché global en s'abonnant à un service de base de Nielsen (p. ex., MarketTrack)³⁶.

Ainsi, dans un rapport de Nielsen, l'information relative à Provigo est présentée de pair avec les renseignements afférents au mouvement des produits observé dans l'ensemble des supermarchés

³⁶ Pièce confidentielle CR-94, onglet 3 à l'annexe IV.

d'alimentation au Québec, toutes bannières confondues, à des fins de comparaison. Un fabricant peut également obtenir des données relatives au marché global s'il achète aussi le service MarketTrack, dont la portée est plus étendue.

Jusqu'en 1990, les données issues de l'échantillon permanent de consommateurs d'ISL constituaient la seule source de renseignements sur un détaillant en particulier au Canada vu que les détaillants ne communiquaient pas leurs données propres. Comme Nielsen ne disposait pas alors d'un échantillon représentatif à l'échelle nationale, elle n'était pas en mesure de fournir de l'information sur un compte majeur. Dès 1991, les détaillants ont consenti à la communication de leurs données à Nielsen, et cette dernière offre désormais un service de compte majeur fondé sur les données obtenues directement auprès des détaillants. ISL fournit toujours des renseignements sur des détaillants en particulier fondés uniquement sur les données issues de son échantillon permanent de consommateurs.

La bonne volonté varie d'un détaillant à l'autre lorsqu'il s'agit de permettre à Nielsen de vendre aux fabricants les données de leur compte majeur. Certains sont disposés à le faire et peuvent même insister pour que les données soient communiquées au fabricant de façon que ce dernier et le détaillant en cause se fondent sur des données communes lors de leurs négociations. D'autres sont plus réticents. Le détaillant peut s'inquiéter du non-respect de la nature confidentielle de l'information, de la perte de son pouvoir de négociation vis-à-vis du fabricant ou, lorsqu'il met en marché des marques de distributeur, du risque que de tels renseignements soient transmis à un concurrent. Pendant l'audition des différents témoins, Loblaws, qui met en

marché un certain nombre de marques de distributeur, a souvent été mentionné en tant que détaillant qui impose des limites à la communication par Nielsen de ses données de compte majeur.

B. Analyse et conclusions

Comme c'est souvent le cas, les parties ne s'entendent pas sur l'ampleur du marché pertinent du produit. Selon le demandeur, le marché en cause est celui des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Pour sa part, la défenderesse est d'avis que le marché pertinent du produit correspond à l'ensemble des services de suivi du marché, ce qui comprend les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, ainsi que les données fondées sur la vérification en magasin, les retraits des entrepôts et l'échantillon permanent de consommateurs.

Avant de procéder à l'analyse détaillée, il convient de statuer préalablement sur l'un des points soulevés par la défenderesse. Nielsen prétend que le marché du produit ne peut pas être celui des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique du fait qu'elle n'offre pas, à l'heure actuelle, de services de suivi fondé uniquement sur les données prélevées par balayage électronique au Canada. Dans son sens ordinaire, le mot « fondé » ou « fondement » n'a pas une connotation d'exclusivité³⁷. Un service de suivi du marché «

³⁷ *The Concise Oxford Dictionary*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982 à la p. 72, définit notamment comme suit le mot « *base* » (fondement) : [TRADUCTION] « ... ce sur quoi une chose s'appuie ou ce dont elle dépend; assise, fondation (sens littéral ou figuré); principe, point de départ; élément principal ou important d'un ensemble; ... ».

fondé sur les données prélevées par balayage électronique » ne doit pas nécessairement s'appuyer uniquement sur de telles données, celles-ci devant seulement constituer l'élément principal ou le plus important. Nielsen elle-même décrit le service MarketTrack³⁸, à l'intention de l'industrie, dans le lexique afférent à ses produits, comme [TRADUCTION] « un service de suivi fondé sur les données prélevées par balayage électronique qui fournit des renseignements détaillés sur les ventes, y compris des données causales »³⁹.

Il faut également signaler que, selon la demande, Nielsen contrôlerait la *fourniture* des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le directeur soutient en effet que Nielsen contrôle l'information essentielle à la fourniture de tels services. Si le directeur présentait une preuve satisfaisante que d'autres fournisseurs n'ont pu offrir les services en cause en raison du contrôle de l'information essentielle par Nielsen, ce qui aurait entraîné une diminution sensible de la concurrence, Nielsen ne pourrait se soustraire aux effets de l'application de la disposition simplement en faisant valoir qu'elle n'offre pas elle-même de services de suivi du marché fondé entièrement sur les données prélevées par balayage électronique. Pour déterminer si le marché du produit est celui des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, la question de savoir si, au moment où il a engagé la présente procédure, le directeur croyait que Nielsen fournissait au Canada des services de suivi fondé uniquement sur les données prélevées par balayage électronique n'est pas pertinente.

³⁸ Sauf indication à l'effet contraire, « MarketTrack » désigne le principal service de suivi des produits d'alimentation, soit MarketTrack - Produit d'alimentation, et non les services MarketTrack plus spécialisés.

³⁹ Pièce A-70 à la p. 9.

Le critère généralement applicable pour déterminer si des produits qui se distinguent l'un de l'autre à un ou plusieurs égards sont de proches substituts et, par conséquent, appartiennent au même marché du produit consiste à établir si une légère modification du prix relatif amènerait l'acheteur à passer d'un produit à l'autre. Un élément de preuve directe du passage d'un produit à l'autre à la suite d'une légère modification du prix relatif établirait la substituabilité. Lorsque, comme en l'espèce, aucune modification du prix et de la quantité n'est mise en preuve, il faut répondre à la question de façon moins directe en examinant le témoignage des acheteurs et des fournisseurs concernant les caractéristiques, l'utilisation prévue et le prix des différents types de services de suivi du marché. Comme il est signalé dans la décision *NutraSweet*⁴⁰, les caractéristiques en fonction desquelles il est établi que des produits sont de proches substituts varient d'une affaire à l'autre. En l'occurrence, les éléments de preuve portent essentiellement sur le caractère actuel, détaillé, précis et fiable des données, ainsi que sur le coût de leur collecte, et la mesure dans laquelle les données relatives au mouvement des produits peuvent être jumelées à des données causales. Ces caractéristiques du produit sont examinées en fonction de chacune des autres sources possibles de données.

Examinons premièrement la question de savoir si les services de suivi du marché fondé sur la vérification en magasin et les expéditions à partir des entrepôts sont de proches substituts des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique et s'ils doivent donc être compris dans le marché du produit. Les membres de l'industrie qui ont témoigné devant le Tribunal - il s'agissait tant d'acheteurs que de fournisseurs de services -

⁴⁰ *Supra* note 2 à la page 13 (à la p. 10 dans la version anglaise publiée).

étaient tous d'avis que, lorsqu'elles pouvaient être obtenues, les données prélevées par balayage électronique surpassaient de toute évidence les données issues de la vérification en magasin et des expéditions à partir des entrepôts et constituaient la meilleure source de données aux fins du suivi. Parmi ces témoins se trouvaient des représentants de différents fabricants de produits de consommation emballés de toutes sortes⁴¹, ainsi que des représentants d'IRI et de Nielsen. Tous les témoins du directeur, sauf un qui n'a pas été interrogé à ce sujet, ont fait des observations en ce sens et mis l'accent sur le caractère actuel et détaillé des données prélevées par balayage électronique, leur lien avec les achats plutôt qu'avec les expéditions et le fait qu'elles sont en étroite corrélation avec les données causales. Lorsqu'il s'est agi d'analyser le passage de Nielsen aux données prélevées par balayage électronique pour une partie du suivi fondé sur l'indice IANA, l'un des témoins de la défenderesse, exerçant ses activités dans le domaine de la confiserie, a dit préférer certaines des caractéristiques de la vérification⁴², et l'autre n'a pas été interrogé à ce sujet.

Il ressort de ces témoignages que les données prélevées par balayage électronique surpassent les données issues de la vérification en magasin ou de l'observation des retraits des entrepôts, et ce, pour plusieurs raisons. Les données prélevées par balayage électronique sont très

⁴¹ Dont Campbell Soup (soupes, sauces spaghetti, surgelés, jus de légumes), E.D. Smith (garnitures à tarte, confitures, tartinades, sauces, ketchup), Procter & Gamble (vaste gamme de produits, qu'il s'agisse de savons et de détergents à vaisselle, de produits contre les maux d'estomac ou de glaçage), Aliments Coca-Cola (jus et boissons à base de jus), Gerber (aliments, produits de soins et vêtements pour bébés), Nestlé (tablettes de chocolat, boîtes de chocolats, café et colorant à café, aliments pour animaux familiers, lait maternisé, lait évaporé, mélange à thé glacé, entrées surgelées, pâtes et fèves en conserve), Hershey (tablettes de chocolat, boîtes de chocolats, friandises, arachides, grains de chocolat) et Lever (détersifs à lessive, assouplisseurs, détergents et détersifs à vaisselle, savon, produits d'entretien ménager).

⁴² M. Sark, anciennement de chez Hershey, a dit s'inquiéter du fait que les données prélevées par balayage électronique indiquaient seulement quelle quantité de son produit avait été vendue, de sorte qu'il ne savait plus quelle quantité avait été distribuée, mais non vendue, et que le balayage ne fournissait aucune donnée sur l'évaluation des stocks.

précises. Elles sont obtenues rapidement. Elles consignent directement les achats effectués par les consommateurs, et non le substitut que sont les expéditions aux magasins. Le prix de détail réel à chaque opération est inscrit. Le mouvement des produits, du magasin au consommateur, pour de nombreuses périodes (une semaine ou même moins) est suivi. Ces données renseignent également sur chacun des produits, voire sur chaque article (par exemple, en fonction du format et de la saveur).

Le témoignage des acheteurs de services fait ressortir qu'un élément crucial de la question de savoir si des services de suivi du marché fondé sur d'autres données sont des substituts des services de suivi du marché fondé sur les données de détaillant prélevées par balayage électronique est le jumelage de données causales avec les données relatives aux achats des consommateurs. En règle générale, les activités de promotion des détaillants durent tout au plus une semaine. Comme les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique peuvent fournir des renseignements hebdomadaires sur les achats réels, une meilleure corrélation peut être établie avec l'efficacité des initiatives hebdomadaires des fabricants et des détaillants en matière de marketing. Il peut s'agir, par exemple, d'une diminution de prix, d'une remise de coupons, d'un étalage au bout de l'allée ou de publicité. Ces variables causales peuvent être mises en corrélation avec les données sur les ventes prélevées par balayage électronique, sur une base hebdomadaire, afin d'en déterminer l'efficacité relative. Bien que le prix puisse être inscrit à la caisse par le balayeur, la plupart des autres données causales sont issues d'observations en magasin. Les différents contrats déposés en preuve révèlent que les données causales sont intégrées à la base de données et rapportées dans le cadre du service

MarketTrack de Nielsen. À l'annexe II d'un contrat récent avec un fabricant qui renferme la description du service MarketTrack - Produits d'alimentation, à la rubrique relative aux types de données, différentes variables causales sont énumérées, dont le prix habituel, le prix de solde, la distribution à prix réduit, les ventes à prix réduit, les annonces co-op selon leur importance, les étalages selon leur importance, la publicité dans les médias et la distribution liée aux annonces co-op⁴³. Une note infrapaginale indique que les six premiers types de données énumérés, qui sont tous des variables causales clés, ne sont rapportés qu'à l'égard du réseau de distribution que constituent les supermarchés d'alimentation, le seul réseau qui fournit essentiellement des données prélevées par balayage électronique. Ainsi, non seulement les acheteurs jugent supérieur le suivi fondé sur les données de détaillant prélevées par balayage électronique, mais ils estiment que les services y afférents sont supérieurs parce qu'ils intègrent beaucoup mieux les données causales que les services fondés sur d'autres sources de données.

L'économiste Margaret Guerin-Calvert, qui a témoigné à titre d'expert pour la défenderesse, est la seule à contester la supériorité des données prélevées par balayage électronique afin de déterminer si les mesures promotionnelles du détaillant ont été fructueuses. Elle fonde son avis sur des renseignements erronés concernant les types de données causales compris dans les produits issus des échantillons permanents de consommateurs. M^{me} Guerin-Calvert fait valoir que le service TradeTrack d'ISL englobe toute une gamme de variables causales, comme la fixation des prix, les rabais et les étalages en magasin, et que l'information relative à ces facteurs provient non seulement des journaux tenus par les consommateurs compris

⁴³ Pièce confidentielle CA-26.

dans l'échantillon, mais également d'autres sources. Toutefois, comme l'a déjà précisé M. Rawlings d'ISL dans son témoignage, ce service ne fournit aucune donnée sur les activités promotionnelles du détaillant, car il n'étudie même pas les marques individuelles, mais plutôt les catégories de produits ou le volume global par détaillant. Les rapports EPCC renferment des renseignements restreints en matière promotionnelle, que l'achat soit effectué à des conditions « avantageuses » ou sur remise d'un « coupon ».

Comme l'a dit M. Rawlings en interrogatoire principal :

[TRADUCTION] Q. Grâce au service TradeTrack que nous venons tout juste d'examiner, êtes-vous en mesure de fournir des renseignements sur les activités, promotionnelles ou autres, exercées au niveau de la vente au détail?

R. Non, nous ne le sommes pas⁴⁴.

Il l'a confirmé en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION] R. Nous ne pouvons pas repérer une promotion donnée chez un détaillant. Le consommateur peut nous dire qu'il a acheté quelque chose à des conditions avantageuses, mais nous ne pouvons connaître le détail du marché.

...

R. Ce que le consommateur peut nous dire, c'est s'il estime avoir acheté un produit à des conditions avantageuses, que ce soit grâce à un coupon, dans le cadre d'une offre spéciale, etc.; il s'agit du point de vue subjectif du consommateur quant à savoir s'il a fait une bonne affaire en raison d'une quelconque offre spéciale et quels sont les motifs sous-jacents.

...

Q. Et cette information est-elle comprise dans le rapport TradeTrack, ou bien est-ce dans les données issues de l'échantillon EPCC, ou alors dans un autre service d'ISL?

⁴⁴ Transcription, vol. 7 à la p. 950 (25 octobre 1994).

R. Certainement dans les rapports sur l'Échantillon permanent de consommateurs canadiens. Je ne suis pas certain que les détaillants utiliseraient cette information ou non, j'en doute.

Q. Ainsi, le rapport TradeTrack est-il destiné essentiellement aux détaillants?

R. Il est destiné aux détaillants et aux services des ventes des fabricants⁴⁵.

Les rapports EPCC renferment certains renseignements sur les prix, mais sous forme de prix moyens seulement. Même si ISL offre un service qui donne des détails sur les prix exigés par les détaillants à l'égard de produits d'alimentation, sur la base des dossiers pertinents des détaillants, cette information ne peut être intégrée aux données EPCC. Comme le dit

M. Rawlings, pour savoir si la campagne promotionnelle du détaillant a été fructueuse, il faut avoir recours au service MarketTrack, et non à l'échantillon permanent de consommateurs qui fournit d'autres types de renseignements⁴⁶.

Fait des plus importants, Derek Nelson, vice-président et directeur de la mise au point des produits de Nielsen Canada, et Albert Kretch, haut dirigeant à la retraite de Nielsen ayant acquis de l'expérience au Canada, aux États-Unis et ailleurs dans le monde, conviennent que les données prélevées par balayage électronique sont généralement préférables à celles obtenues grâce aux deux autres sources. Voici ce que dit M. Nelson :

[TRADUCTION] L'un des avantages du balayage électronique pour le client est qu'il s'agit d'une base de données hebdomadaire, c'est-à-dire que le prélèvement commence le dimanche pour prendre fin le samedi, par opposition à la méthode fondée sur la vérification en magasin, où la période considérée peut commencer et prendre fin à des moments différents tout au long de la période de deux mois.

⁴⁵ Transcription, vol. 8 aux pp. 955-57 (26 octobre 1994).

⁴⁶ Transcription, vol. 7 à la p. 931 (25 octobre 1994).

Il s'agit donc de périodes de référence discrètes, il s'agit d'une base de données hebdomadaire. On peut analyser des tranches qui comptent beaucoup moins que 60 jours.

De nos jours, cette méthode tend certainement à être plus efficace et plus précise que la vérification en magasin, car elle comporte un risque moins élevé d'erreur humaine lorsqu'il s'agit, par exemple, d'examiner les achats et de prélever les données, etc.

Même si les périodes de référence sont assez discrètes en ce qui concerne les expéditions à partir des entrepôts, on préfère généralement les données sur les ventes aux données globales sur les expéditions⁴⁷.

M. Kretch confirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Toutes choses égales par ailleurs, l'étendue de l'échantillon, la participation des détaillants, la fiabilité des données obtenues du détaillant, les clients privilégient les données prélevées par balayage électronique par rapport aux données issues de la vérification en magasin, parce que le balayage électronique est plus propice, compte tenu du coût et de l'efficacité, au prélèvement de données relatives aux campagnes de promotion au détail qui, au Canada, durent habituellement une semaine⁴⁸.

Telle est manifestement la position de Nielsen depuis déjà un certain temps. Un document interne donnant le détail d'une présentation destinée à [TRADUCTION] « faire le point sur le prélèvement de données par balayage électronique » confirme que, dès 1987, la société était sans aucun doute parfaitement consciente des avantages de cette méthode. Le document renvoie à une étude de 1986 qui conclut que le balayage électronique est le [TRADUCTION] « moyen le plus fiable de prélever des données », ce qui a été confirmé par toutes les études internationales de Nielsen⁴⁹.

⁴⁷ Transcription, vol. 16 aux pp. 1685-86 (10 avril 1995).

⁴⁸ Transcription, vol. 17 aux pp. 1882-83 (11 avril 1995).

⁴⁹ Pièce J-5, onglet 213 à la p. 404.

Conformément à cette opinion largement répandue, l'objectif de Nielsen était, comme l'indiquent des documents internes et le reflète l'évolution de ses offres de produits, de remplacer les données issues de la vérification en magasin et de l'observation des retraits des entrepôts par les données prélevées par balayage électronique à mesure que celles-ci étaient accessibles. Au cours de l'interrogatoire préalable, le représentant de Nielsen a dit qu'il ne pouvait se rappeler une occasion où Nielsen s'était fondée sur des données issues de la vérification en magasin ou de l'observation des retraits des entrepôts alors que des données prélevées par balayage électronique étaient accessibles et utilisables⁵⁰.

Le passage de la vérification en magasin et de l'observation des retraits des entrepôts au balayage électronique, comme méthode de collecte de données, a également eu lieu aux États-Unis. Il ressort du témoignage non contredit du président et chef de la direction d'IRI, Gian Fulgoni, que les données fondées sur la vérification en magasin et sur l'observation des retraits des entrepôts y ont presque été entièrement remplacées par les données prélevées par balayage électronique. En 1986, lorsqu'IRI a lancé aux États-Unis le premier service de suivi du marché fondé sur le balayage électronique, Nielsen offrait un service de suivi fondé sur la vérification en magasin, et SAMI un service fondé sur l'observation des retraits des entrepôts. SAMI a cessé ses activités dès 1990. Aujourd'hui, seuls les services fondés sur le balayage électronique sont offerts à l'égard du réseau des supermarchés. En ce qui concerne le réseau des pharmacies, tant IRI que Nielsen ont adopté la méthode du balayage électronique. IRI offre toujours un service basé sur l'observation des retraits des entrepôts, en ce qui concerne les produits d'hygiène et de santé,

⁵⁰ Transcription de l'interrogatoire préalable de S. Churchill (16 août 1994) aux pp. 98-99.

mais son entreprise est progressivement « cannibalisée » par les deux services fondés sur le balayage électronique et son importance diminue à raison d'environ 10 p. 100 par année.

Aucun élément de preuve concernant les prix relatifs des services de suivi du marché fondé sur la vérification en magasin, d'une part, et des services de suivi du marché fondé sur le balayage électronique, d'autre part, n'a été produit. Il ressort toutefois du témoignage de Linda Todd que la société qu'elle représente, Nestlé, a recours au service SNEE de Nielsen pour l'un de ses produits et que ce service coûte beaucoup moins cher que MarketTrack. M^{me} Todd achète ce service, même s'il n'est pas ce qu'il y a de mieux, parce qu'il est moins cher et que le produit en cause est soumis à d'importantes contraintes au chapitre de la rentabilité.

La position de la défenderesse n'est pas claire en ce qui concerne la prise en considération des services fondés sur la vérification en magasin et sur l'observation des retraits des entrepôts dans la définition du marché. Dans l'exposé écrit de son argumentation finale, la défenderesse soutient généralement que [TRADUCTION] « tant les méthodes fondées sur les données prélevées par balayage électronique que celles qui ne le sont pas sont utilisées à des fins de suivi et peuvent être considérées comme des substituts ». La substituabilité des données issues de la vérification en magasin et de l'observation des retraits des entrepôts à l'égard des données prélevées par balayage électronique n'a cependant pas été invoquée en plaidoirie. Il a plutôt été plaidé que ces méthodes auraient pu être employées par un concurrent potentiel afin de créer un service de suivi du marché dans les réseaux de distribution où le balayage électronique n'était et n'est toujours pas répandu. En adoptant cette position, la défenderesse semble *tenir pour acquis*, en ce qui concerne

le marché pertinent du produit, que les services de suivi du marché fondé sur la vérification en magasin, l'observation des retraits des entrepôts et le balayage électronique *font partie* du même marché, puis appliquer cette conclusion aux autres éléments de la disposition qui sont en litige. Cependant, en l'absence de toute preuve convaincante que les services fondés sur la vérification en magasin et sur l'observation des expéditions à partir des entrepôts sont considérés comme des substituts à l'égard des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, le fait que les anciennes méthodes aient pu et puissent ouvrir la porte ou non à une concurrence éventuelle n'est pas pertinent pour définir le marché.

L'autre source de données utilisée en matière de suivi est l'échantillon permanent de consommateurs. Selon le Tribunal, la qualité inférieure et la différence de ces données par rapport aux données prélevées par balayage électronique, en ce qui a trait à un service de suivi du marché, suffisent à établir que les produits fondés sur les données issues d'un échantillon permanent n'appartiennent pas au même marché que les produits fondés sur les données prélevées par balayage électronique. L'un des éléments sur lesquels le Tribunal s'appuie pour conclure que les données prélevées par balayage électronique sont supérieures à toutes les autres (y compris celles qui découlent de la vérification en magasin et de l'observation des retraits des entrepôts) correspond aux sommes importantes que Nielsen verse aux détaillants depuis 1986 pour leur obtention. Nous constatons que les versements se poursuivent et que leurs montants ont augmenté même si Nielsen a récemment lancé son propre service d'échantillon permanent de consommateurs, à la fine pointe de la technologie, HomeScan. Le fait que Nielsen soit disposée à verser des sommes importantes pour obtenir l'accès exclusif aux données prélevées par balayage

électronique, alors qu'elle offre également un produit fondé sur des données qu'elle prétend être un proche substitut, semble illogique et soulève un doute important quant à la substituabilité des deux sources de données. Le reste de la preuve confirme en effet qu'il ne s'agit pas de proches substituts.

Bien que le rapport EPCC d'ISL et le service HomeScan de Nielsen puissent fournir certains renseignements sur le suivi, sous forme de données relatives à la part et au volume du marché, il ressort de la preuve afférente à l'importance de l'échantillon que, aux fins du suivi, les données prélevées par balayage électronique sont supérieures. Par exemple, l'échantillon permanent de consommateurs utilisé dans le cadre du service HomeScan compte environ 6 000 ménages. L'échantillon d'un peu plus de 450 épiceries utilisée par Nielsen pour créer le service MarketTrack permet de suivre les achats d'environ deux millions de ménages. À certaines fins, comme les sondages d'opinion, un échantillon de 6 000 personnes peut permettre d'obtenir d'excellents résultats. Cependant, en ce qui concerne le suivi des produits de consommation, de nombreuses marques peuvent être suivies et, à l'égard de chacune des gammes de produits, les fabricants s'intéressent à certaines caractéristiques comme la saveur et le format.

Les limites inhérentes à l'étendue d'un échantillon permanent de consommateurs se répercutent premièrement sur le nombre de produits que le fournisseur du service décide d'étudier. ISL ne tente pas de recenser tous les achats de produits d'alimentation effectués par les ménages compris dans son échantillon permanent. M. Rawlings a indiqué que le journal renferme environ 100 catégories de produits, ce qui représente peut-être 25 p. 100 de tous les

achats de produits d'alimentation effectués par les consommateurs. Pour chacune de ces catégories, les participants sont censés inscrire chaque achat, et les produits appartenant à d'autres catégories ne sont pas du tout pris en considération. M. Rawlings a dit ne pas savoir combien de catégories de produits englobait le service MarketTrack, mais il a dit penser qu'elles devaient être « plusieurs fois plus nombreuses » que celles comprises dans l'échantillon EPCC.

Deuxièmement, l'étendue de l'échantillon fait en sorte que toutes les variables d'intérêt ne peuvent être suivies en corrélation à partir des données issues de l'échantillon permanent de consommateurs. Même si ISL peut fournir des données de suivi sur une base nationale, puis en fonction d'un format donné d'une marque en particulier, elle ne peut, par exemple, étudier un segment aussi précis du marché, par région et par détaillant également. En examinant avec l'avocat de la défenderesse l'un des tableaux du rapport EPCC déposé en preuve⁵¹, qui renferme de l'information sur la part de marché, par marque, par format et par mois, M. Rawlings a déclaré fermement qu'ISL ne pouvait fournir les données par marque, par format, par mois *et* par détaillant. Il a dit qu'il ne [TRADUCTION] « fournirait jamais de tels renseignements », parce qu'ils [TRADUCTION] « ne tiendraient pas debout »⁵². Le service TradeTrack d'ISL présente le volume des ventes réalisées par l'entremise d'un détaillant en particulier, par grande catégorie de produits seulement, et même pas par marque. Les données prélevées par balayage électronique ne comportent pas de telles restrictions.

⁵¹ Pièce confidentielle CA-41, tableau intitulé *Per Cent of Kilograms*.

⁵² Transcription, vol. 8 à la p. 1001 (26 octobre 1994).

Dans la même veine, M. Rawlings a fait état des limites du degré de précision des données relatives à un détaillant en particulier ou à un compte majeur, issues de l'échantillon EPCC :

[TRADUCTION] Q. Sur le plan du degré de précision et d'exactitude, quelle comparaison peut être établie entre cette source d'information et les renseignements issus du balayage électronique effectué par le détaillant?

R. On ne peut fournir de données hebdomadaires à partir de l'échantillon, mais seulement des données mensuelles. De plus, nous ne pourrions certainement pas, à l'égard d'un compte, fournir des données plus détaillées que celles relatives à des marques globalement, de sorte que si l'on s'intéresse à une saveur en particulier, en fonction du format, on n'obtient pas l'information voulue.

Q. Pourquoi n'est-ce pas possible?

R. Parce que notre échantillon n'est pas suffisamment important. Outre la méthode de collecte des données, l'information obtenue auprès des consommateurs sur des éléments aussi précis serait beaucoup moins exacte que celle provenant du balayage électronique par le détaillant⁵³.

La précision des données prélevées par balayage électronique afférentes à un détaillant en particulier (ainsi que les éléments de comparaison) permet même de suivre un article donné. Les données issues de l'échantillon permanent de consommateurs comportent une autre restriction importante. En effet, les rapports sont établis pour une période globale de quatre semaines, qu'il s'agisse des services d'ISL ou de HomeScan, comparativement à une semaine pour les données prélevées par balayage électronique. Comme mentionné précédemment, le caractère actuel des données est important pour l'intégration de variables causales dans un service de suivi.

Ainsi, sur le plan fonctionnel, les données issues de l'échantillon permanent de consommateurs semblent inférieures. Néanmoins, les personnes qui achètent des services de

⁵³ Transcription, vol. 8 aux pp. 1032-33 (26 octobre 1994).

suivi du marché considèrent-elles un service de suivi fondé sur de telles données comme une solution de rechange ou un substitut par rapport à un service de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique? Nielsen offre à la fois un service de suivi fondé sur les données prélevées par balayage électronique (MarketTrack) et un service fondé sur les données issues d'un échantillon permanent de consommateurs (HomeScan) qui peut fournir des renseignements afférents au suivi. Si un fabricant de produits de consommation emballés achète le service HomeScan et considère les renseignements afférents au suivi comme un substitut par rapport à ceux issus du service MarketTrack, il est improbable qu'il continue d'acheter les deux services. Selon le témoignage de l'employé de Nielsen responsable de HomeScan, Douglas Romain, la majorité des 25 clients du service HomeScan se procurent également le service MarketTrack *pour les mêmes catégories de produits*. Il n'a pu citer qu'un seul cas où un fabricant était passé de MarketTrack à HomeScan; il importe de signaler que ce client distribue une grande partie de ses produits par l'entremise des réseaux de pharmacies et que le balayage électronique n'est pas encore largement répandu dans ces établissements.

M. Rawlings estime que la clientèle qui achète les données MarketTrack auprès de Nielsen ainsi que les données EPCC d'ISL représente entre 60 et 70 p. 100 de l'assiette des revenus d'ISL. Le fait que des clients achètent les deux services convainc le Tribunal qu'ils ne considèrent pas le volet suivi du marché de HomeScan ni les données EPCC comme un substitut du service de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, comme MarketTrack, et, de fait, qu'ils achètent le service fondé sur les données issues d'un échantillon permanent de consommateurs à une toute autre fin.

S'exprimant précisément sur les données de compte majeur, qu'il achète tant de Nielsen (fondées sur le balayage électronique) que d'ISL (issues d'un échantillon permanent de consommateurs), Charles Oliver, de Lever, explique ce qui suit :

[TRADUCTION] Une grande partie du travail de notre personnel affecté aux comptes majeurs consiste à analyser des données provenant - je devrais dire à la fois de Nielsen et d'ISL, car en ce qui concerne les données d'ISL, on peut analyser celles qui se rapportent aux comptes majeurs sur une base différente, on obtient différents types de renseignements. Par le passé, les détaillants ne se sont intéressés qu'à leurs propres données prélevées par balayage électronique, car ils les connaissaient bien. Je crois qu'ils se sont familiarisés avec les données provenant d'échantillons permanents, lesquelles font ressortir un aspect différent de leurs activités, et que leur intérêt à l'égard d'une gamme plus étendue de renseignements s'est ainsi accru.

Ainsi, le personnel affecté aux comptes majeurs utilise les deux ensembles de données⁵⁴.

Dans leur témoignage devant le Tribunal, des fabricants ont dit acheter les services d'ISL, soit le rapport EPCC et, désormais, le service HomeScan, essentiellement pour obtenir des renseignements sur le comportement du consommateur. En tant que fournisseurs de produits de consommation emballés, ils s'intéressent à des faits comme le profil démographique de leur clientèle, la fréquence et le volume d'achat, la fidélité ou l'absence de fidélité à une marque et le rachat ou le non-rachat d'un nouveau produit par le consommateur.

En ce qui concerne le service TradeTrack d'ISL, la preuve révèle qu'il sert à analyser le rendement du détaillant dans les 69 catégories de produits visées. Comme le dit M. Rawlings, il est destiné aux détaillants eux-mêmes ainsi qu'aux services des ventes des fabricants. Il

⁵⁴ Transcription, vol. 20 aux pp. 2259-60 (18 avril 1995).

n'intéresse pas autant les services de marketing des fabricants, car le service TradeTrack ne vise pas les marques. La description du service dans le rapport TradeTrack est révélatrice :

[TRADUCTION] Ce rapport permet à un commerçant de voir le profil du point de vente au détail à l'égard de l'une ou l'autre des 69 catégories de produits visées et comment ces profils à l'égard de ces catégories de produits visées diffèrent par rapport à l'ensemble des produits.

Par exemple : La chaîne « R » en Ontario est-elle sous-exploitée à l'égard du produit « Y »? L'importance des points de vente autres qu'en alimentation s'accroît-elle pour le produit « F » au même rythme que pour l'ensemble des produits?⁵⁵

Parmi les fabricants entendus, Jeffrey Hill, des Aliments Coca-Cola, a formulé les observations les plus étoffées sur les raisons pour lesquelles il avait recours au service TradeTrack :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, nous utilisons le service d'ISL pour étudier les parts de marché des clients [détaillants], et non la taille du marché.
...

Nous avons recours au service TradeTrack parce qu'il permet de visualiser un très grand nombre de points de vente, y compris les grandes surfaces et les clubs de vente au détail, ainsi que d'autres éléments.

Il répond à un autre besoin par rapport à MarketTrack.

...

Je cesserais d'acheter le service d'ISL si le service MarketTrack me fournissait les mêmes données sur les parts de marché des clients [détaillants]⁵⁶.

La preuve concernant les produits d'ISL et HomeScan est compatible avec le fait que les données provenant d'un échantillon permanent de consommateurs et les produits apparentés à MarketTrack sont des compléments, et non des substituts. Il ressort essentiellement du témoignage des fabricants que, lorsque leurs ressources financières leur permettent, ils préfèrent avoir recours aux deux.

⁵⁵ Pièce J-8, onglet 321 à la p. 8.

⁵⁶ Transcription, vol. 5 aux pp. 647, 666-67 (21 octobre 1994).

La position de la défenderesse selon laquelle les produits de suivi issus d'un échantillon permanent de consommateurs et ceux fondés sur les données de détaillant prélevées par balayage électronique appartiennent au même marché du produit s'appuie sur l'assertion voulant que certains acheteurs fassent appel à ISL pour obtenir des services de suivi de même que des données sur le comportement des consommateurs. Elle s'appuie également sur plusieurs documents internes de Nielsen où ISL est considérée comme un concurrent et sur l'avis de ses témoins experts. Avant d'examiner ces éléments de preuve, il importe de signaler que pour conclure que deux produits distincts sont de proches substituts, nous devons établir qu'une légère modification du prix relatif inciterait l'acheteur à passer d'un produit à l'autre, créant ainsi une concurrence entre les fournisseurs de ces produits. S'il n'est pas possible d'obtenir des données prélevées par balayage électronique à l'égard d'un type particulier de produits emballés ou à l'égard d'un réseau de distribution en particulier, le fabricant devra de toute évidence avoir recours à une autre source de renseignements afin de faire le suivi de son produit. De même, le fabricant qui ne peut se payer un service fondé sur les données prélevées par balayage électronique aura recours à un autre service. Ni l'une ni l'autre de ces situations extrêmes ne prouvent que les produits sont de proches substituts. D'ailleurs, le fait que le service non fondé sur les données prélevées par balayage électronique soit sensiblement moins cher indique jusqu'à un certain point que les deux produits n'appartiennent pas au même marché. Selon le témoignage de Paul Bloom, de Campbell Soup, les données provenant d'un échantillon permanent, à des fins de suivi du marché, pourraient coûter 33 p. 100 moins cher que les données prélevées par balayage électronique.

En plaidoirie, la défenderesse a fait valoir que deux fabricants et un détaillant achetaient les produits d'ISL *de préférence* aux produits de Nielsen, mais cela ne ressort pas de la preuve⁵⁷. M. Hill, des Aliments Coca-Cola, achète à la fois MarketTrack et SJEN/HomeScan, qui sont offerts par Nielsen, et TradeTrack d'ISL. M. Oliver, de Lever, a seulement affirmé qu'il pensait que le service d'ISL « pouvait » être utilisé à des fins de suivi du marché. Lever achète actuellement les services d'ISL et de Nielsen. Glenn McCurdy, de la chaîne d'alimentation Overwaitea, achète le service TradeTrack d'ISL, mais il reçoit également des rapports de Nielsen aux termes du contrat exclusif dans lequel la chaîne s'est engagée à fournir ses données prélevées par balayage électronique uniquement à Nielsen.

C'est du témoignage de M^{me} Todd, de Nestlé, qu'est issue la preuve relative aux circonstances dans lesquelles les acheteurs ont recours au service d'ISL à des fins de suivi, ainsi qu'à leur motivation à cet égard. Nestlé a recours au service d'ISL, et non à MarketTrack, pour deux catégories de boissons, afin d'obtenir de l'information sur le rendement commercial ou sur la part de marché, de même que des données sur le comportement du consommateur. M^{me} Todd a confirmé, toutefois, en ce qui concerne les données provenant d'un échantillon permanent, que l'accent était mis sur le comportement du consommateur, tandis que Nestlé utilisait MarketTrack pour obtenir des données sur le rendement commercial et la gestion de la catégorie de produits. Ce témoignage met surtout en évidence la différence entre MarketTrack et le produit offert par ISL, plutôt que sur leur similitude. M^{me} Todd a indiqué que Nestlé était soumise à d'importantes restrictions budgétaires et avait annulé un certain nombre de catégories de produits pour

⁵⁷ Transcription, vol. 5 aux pp. 617-18 (21 octobre 1994); transcription, vol. 20 à la p. 2225 (18 avril 1995); pièce confidentielle CJ-1, onglet 25 à la section VII.

lesquelles elle achetait le service MarketTrack. Fait important, Nestlé ne s'est pas tournée vers ISL à l'égard de l'une ou l'autre de ces catégories de produits.

Certains éléments de la preuve produite établissent que, au cours de récentes négociations, M. Oliver, de Lever, a menacé Nielsen de ne plus faire affaire avec elle et de n'avoir recours qu'à ISL. Lever était déjà liée par contrat à ISL, et le contrat n'expirait qu'un certain nombre de mois plus tard. Comme mentionné précédemment, M. Oliver estime que le service d'ISL « peut » être utilisé pour le suivi afin de déterminer les parts de marché ainsi que la croissance et la diminution, et il soutient que la menace proférée à l'endroit de Nielsen était sérieuse. Il reconnaît cependant que même si Lever aurait pu « se contenter » d'ISL, la situation n'aurait pas été idéale. Il admet que les données prélevées par balayage électronique sont préférables en ce qui a trait au mouvement des produits, alors que les données provenant d'un échantillon permanent conviennent mieux aux analyses. À notre avis, M. Oliver considère les services de suivi du marché fondé sur les données d'un échantillon permanent, d'une part, et sur les données prélevées par balayage électronique, d'autre part, comme étant complémentaires, les deux étant nécessaires à l'établissement de services complets au chapitre du marketing et des ventes. Son but en négociant l'achat récent des services en cause par Lever était de faire affaire avec un fournisseur en mesure de fournir les deux genres de données. M. Oliver a engagé des discussions avec ISL comme fournisseur unique parce que la rumeur courait qu'elle fusionnerait avec IRI afin d'adjoindre un service de suivi du marché aux produits qu'elle offrait déjà.

Comme preuve de l'interchangeabilité des produits de Nielsen et de ceux d'ISL, la défenderesse s'appuie sur différents documents internes de Nielsen qui qualifient ISL de concurrent et qui signalent des cas où des clients de Nielsen se sont tournés vers ISL, et vice versa. Ces documents fournissent peu d'indices quant à savoir si les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique et les services basés sur les données provenant d'un échantillon permanent de consommateurs peuvent se substituer les uns aux autres, étant donné qu'un seul d'entre eux est postérieur au lancement de MarketTrack en 1992. Les autres documents datent de 1987 à 1990 et portent sur les produits de suivi fondé sur la vérification en magasin et sur l'observation des retraits des entrepôts, offerts par Nielsen, et sur le SJEN, le produit fondé sur un échantillon permanent de consommateurs que cette dernière a initialement offert relativement à un nombre restreint de villes. Le Tribunal n'est pas appelé à déterminer si un service de suivi fondé sur une autre méthode que le balayage électronique est un substitut d'un service fondé sur un échantillon permanent de consommateurs, et il n'est pas non plus nécessaire de statuer sur l'appartenance à un même marché de l'échantillon permanent de consommateurs d'ISL et du SJEN.

Le seul document postérieur au lancement de MarketTrack date de mars 1993⁵⁸. Il renferme différents graphiques faisant état des pertes et des gains de clientèle d'ISL, ainsi que des pertes de clientèle de Nielsen, de même qu'une liste des clients du service TradeTrack d'ISL. De prime abord, le document montre qu'un client de Nielsen s'est apparemment tourné vers ISL, tandis que plusieurs clients d'ISL sont passés chez Nielsen et que, de l'avis de Nielsen, ISL a

⁵⁸ Pièce confidentielle CJ-6, onglet 260.

connu, dans l'ensemble, une mauvaise année en 1992. Cela fournit cependant très peu de renseignements utiles, étant donné qu'on ignore quels services ces clients achetaient, quels produits ou réseaux de distribution les intéressaient ou les motifs pour lesquels ils sont passés d'un service à un autre ou pour lesquels ils ont cessé d'avoir recours à un service. On peut seulement constater que Nielsen surveille l'évolution d'ISL et que, en 1992, ISL a perdu plus de clients qu'elle n'en a recrutés, malgré d'importants rabais consentis sur le prix des services. En l'absence de plus de détails, le Tribunal ne peut conclure que ces éléments font la preuve de l'interchangeabilité des services de suivi du marché pour les acheteurs. La preuve est également compatible, par exemple, avec celle selon laquelle MarketTrack est un produit supérieur à tout service de suivi fondé sur un échantillon permanent de consommateurs, ce qui a fait perdre des clients à ISL (changement à sens unique) lorsqu'il a été lancé, ou avec le scénario voulant que HomeScan ait recruté des clients du service EPCC d'ISL.

M^{me} Guerin-Calvert a invoqué ce document à l'appui de sa conclusion voulant que les clients d'ISL et de Nielsen *passaient d'une société à l'autre* ou achetaient des renseignements à l'égard de différentes catégories de produits simultanément auprès des deux sociétés. Comme mentionné précédemment, ce seul document ne saurait certainement pas étayer une telle conclusion. Dans ses affidavits et dans son témoignage, M^{me} Guerin-Calvert n'a pas expressément mentionné un autre élément de preuve documentaire. Dans sa plaidoirie, l'avocat n'a pas non plus cité d'autres documents ou témoignages susceptibles d'étayer cette conclusion.

Plusieurs autres témoins experts ont témoigné au sujet du marché pertinent du produit. Un économiste appelé à la barre par le directeur, Ralph Winter, est d'avis que la définition du marché qui figure dans la demande, soit les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, est adéquat, vu l'absence de proches substituts. Son avis s'appuie sur l'analyse des caractéristiques des données provenant de la vérification en magasin, de l'observation des retraits des entrepôts et des échantillons permanents, que confirment les autres éléments de preuve dont nous avons été saisis.

Un autre économiste qui a témoigné pour le compte de la défenderesse, Franklin Mathewson, conclut que cette définition du marché est excessivement étroite. Cependant, il n'offre aucune analyse concernant la substituabilité d'autres produits à l'appui de sa conclusion.

L'intervenante IRI a également appelé à la barre trois économistes à titre de témoins experts, dont deux ont déposé un affidavit conjoint. Tous trois sont d'avis qu'il n'existe pas de proches substituts à l'égard des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Dans leur affidavit conjoint, Andrew Rosenfield et John Gould mentionnent un autre élément qui est souvent soulevé dans les cas de présumés abus de position dominante, savoir que, sur la base de prix de monopole, l'existence apparente de substituts risque d'être trompeuse, car il convient plutôt de déterminer si les produits appartiennent ou non à un même marché en fonction de prix concurrentiels. La logique qui sous-tend ce qu'on appelle la « *cellophane fallacy* »⁵⁹ est la proposition bien connue dans le domaine économique selon

⁵⁹ Appellation issue de la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *United States v. E.I. duPont de Nemours & Co.* (1956), 351 U.S. à la p. 377.

laquelle, pour maximiser les profits, une société dotée de la puissance commerciale fixe ses prix à un niveau où la demande de ces produits est élastique, c'est-à-dire, lorsque des prix plus élevés feraient chuter ses revenus en raison de la préférence accordée par les consommateurs à d'autres produits. MM. Gould et Rosenfield concluent que si les prix devaient être abaissés à des niveaux concurrentiels au Canada, d'autres méthodes de suivi qui semblent constituer des substituts disparaîtraient. Aux États-Unis, où il existe deux fournisseurs hautement concurrentiels de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, les services basés sur la vérification en magasin et les retraits des entrepôts ont été délaissés beaucoup plus qu'au Canada, et les données issues d'un échantillon permanent de consommateurs ne sont plus utilisées à des fins de suivi, mais seulement pour analyser le comportement du consommateur. Selon le Tribunal, la preuve produite dans la présente affaire n'établit pas que les autres sources de données soient même des substituts « apparents » des données prélevées par balayage électronique dans le cadre de la fourniture de services de suivi du marché. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage à la « *cellophane fallacy* ».

La preuve permet de conclure sans l'ombre d'un doute que les services de suivi du marché fondé sur la vérification en magasin, sur les expéditions à partir des entrepôts et sur les échantillons permanents de consommateurs n'appartiennent pas au même marché que les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Partant, le Tribunal arrive à la conclusion que le marché pertinent du produit, en l'espèce, correspond aux services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, comme le prétend le directeur.

IV. LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

Le directeur soutient que le marché géographique pertinent est le Canada, c'est-à-dire que ce sont les données canadiennes et non les données provenant des États-Unis ou d'autres pays qui sont pertinentes en ce qui concerne la fourniture de services de suivi du marché au Canada. Cette prétention n'est pas contestée par la défenderesse.

L'aspect géographique ajoute également une dimension aux caractéristiques du produit que sont les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, que l'on peut se procurer pour le pays en entier ou pour différentes régions, agglomérations ou « segmentations ». L'existence d'un tel choix, ainsi que la possibilité d'acheter des données de suivi visant un détaillant en particulier, sont au coeur du désaccord entre les parties quant à l'effet des prétendus agissements anticoncurrentiels sur les conditions d'accès au marché et il en est à nouveau question à la rubrique *Diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence*.

V. CONTRÔLE

Dans la décision *NutraSweet*, le Tribunal assimile la notion de « contrôle », au sens de l'alinéa 79(1)a), à la puissance commerciale⁶⁰. Il décrit comme suit le processus qui permet de déterminer la puissance commerciale :

⁶⁰ *Supra* note 2 à la p. 54 (à la p. 28 dans la version anglaise publiée).

[La puissance commerciale est interprétée] généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période. Cette approche théorique est valable, mais elle n'est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part du marché et les obstacles posés à l'accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas⁶¹.

Ainsi, lorsque la preuve ne permet pas d'appliquer directement la définition, comme en l'espèce, des variables, structurelles et autres, qui peuvent fournir de l'information pertinente sont utilisées comme facteurs.

Selon le directeur, Nielsen contrôle les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, parce qu'elle est le seul fournisseur de ces services au Canada et qu'elle a conclu avec des détaillants des contrats exclusifs qui empêchent d'autres fournisseurs potentiels d'avoir accès aux données clés. La défenderesse nie que les contrats en cause constituent un obstacle à l'accès au marché des services en question. Elle soutient que le « contrôle » des données prélevées par balayage électronique demeure entre les mains des détaillants qui les produisent, bon nombre d'entre eux étant de grandes sociétés dotées d'importantes parts de marché régional. Nielsen ajoute par ailleurs que ses clients, les fabricants de produits de consommation emballés, sont des acheteurs importants et avertis qui peuvent contrebalancer sa prétendue puissance commerciale.

Comme le dit le Tribunal dans la décision *Laidlaw*, on peut déterminer de prime abord si une société jouit vraisemblablement de la puissance commerciale en examinant sa part de

⁶¹ *Ibid.*

marché. Si cette dernière est considérable, la société est vraisemblablement dotée d'une puissance commerciale bien que, évidemment, d'autres éléments doivent être pris en considération⁶². Dans l'affaire *Laidlaw*, ces autres éléments englobaient le nombre de concurrents sur le marché et leur part de marché, toute capacité excédentaire et la mesure dans laquelle une nouvelle entreprise pouvait aisément s'imposer à titre de concurrent. Dans la présente affaire, nul ne conteste que Nielsen est le seul fournisseur sur le marché pertinent et, par conséquent, qu'elle détient une part de marché de 100 p. 100. Le Tribunal est disposé à conclure que, à prime abord, Nielsen est dotée de la puissance commerciale, ou exerce un contrôle, sur le marché pertinent, vu l'absence de preuve qu'il n'y a pas d'obstacles à l'entrée sur le marché. Les conditions précises de l'entrée ne peuvent, en l'espèce, être établies de façon définitive sans qu'il soit tenu compte de l'effet des agissements anticoncurrentiels auxquels se serait livrée Nielsen. On peut toutefois remarquer à ce stade que la défenderesse nie que ses pratiques constituent un obstacle à l'entrée sur le marché, mais qu'elle ne tente même pas de convaincre le Tribunal qu'il est facile d'avoir accès à celui-ci.

Le pouvoir de négociation des détaillants face à Nielsen, en tant qu'acheteur de leurs données, n'a rien à voir ou si peu, le cas échéant, avec l'avantage dont jouit Nielsen du fait qu'elle est le seul fournisseur de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le Tribunal partage l'avis de M. Winter selon lequel la position des détaillants sur le marché n'est pertinente qu'en ce qui concerne la capacité de ces derniers d'exiger une part des bénéfices de monopole que Nielsen peut toucher en raison de sa position dominante sur le marché considéré. La position des détaillants ne porte aucunement atteinte à la

⁶² *Supra* note 7 à la p. 77 (à la p. 325 dans la version anglaise publiée).

capacité de Nielsen d'exercer la puissance commerciale dont elle jouit sur le marché à l'égard de ses services.

Comme le reconnaît M. Mathewson, qui a témoigné pour le compte de la défenderesse, aucune des trois conditions qui pourraient permettre aux fabricants de restreindre la puissance commerciale de Nielsen en tant que fournisseur unique n'est présente en l'espèce. Il n'y a ni vendeurs multiples (la première condition) ni d'acheteur unique (la deuxième condition). Le dossier ne renferme absolument aucun indice selon lequel les fabricants seraient intéressés à une intégration en amont ou en mesure d'y procéder, et de mettre sur pied leurs propres services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique (la troisième condition).

En outre, la preuve produite au dossier révèle que, en fait, les fabricants qui font partie de la clientèle de Nielsen s'inquiètent de leur position vis-à-vis de Nielsen en tant que fournisseur unique. Le vice-président directeur, Relations avec les commerçants des Fabricants canadiens des produits alimentaires (« FCPA »), Nicholas Jennery, a témoigné pour le compte du directeur avec l'assentiment des membres de l'association. En raison des procédures engagées en l'espèce, M. Jennery a effectué un sondage éclair auprès de 117 membres. Le questionnaire, qui a été approuvé par la direction de l'association, est libellé comme suit :

[TRADUCTION] Je sollicite votre appui afin que les FCPA témoignent pour le compte du Bureau et fassent valoir les points suivants :

1. Une concurrence accrue dans le domaine de l'étude de marché serait favorable aux fabricants canadiens en ce qu'elle contribuerait à abaisser les coûts et serait compatible avec les mesures actuelles de réduction des coûts au sein de l'industrie.
2. De meilleures données et techniques sont offertes aux États-Unis par rapport au Canada.

3. Il appert que les fabricants paient moins pour l'obtention de données portant sur l'étude de marché aux États-Unis qu'au Canada⁶³.

Parmi les 103 réponses reçues, 99 approuvaient les trois points, deux les désapprouvaient et deux autres refusaient de se prononcer, mais reconnaissaient avoir reçu le questionnaire. M. Jennery a également signalé qu'il avait reçu plusieurs appels téléphoniques de membres qui ont exprimé certains doutes quant à la validité des comparaisons établies entre les États-Unis et le Canada au chapitre du rendement, parce qu'il est difficile de tenir compte de différences d'ordre général entre les deux pays.

Selon le Tribunal, ce n'est pas tant le libellé précis du questionnaire qui importe, mais le fait qu'autant de clients de Nielsen ont estimé qu'une démarche proactive était justifiée. Si les fabricants étaient assurés que Nielsen n'avait pas de puissance commerciale et qu'ils pouvaient défendre leurs propres intérêts, il est étonnant qu'ils aient donné un appui aussi ferme à la démarche proposée par M. Jennery, d'autant plus qu'il était dans leur intérêt de maintenir de bons rapports avec un fournisseur important.

VI. PRATIQUE D'AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS

Dans l'avis de demande, le directeur allègue que les mesures suivantes prises par Nielsen constituent une pratique d'agissements anticoncurrentiels au sens de l'article 78 de la Loi et, plus particulièrement, des alinéas *78e*) et *78h*) :

⁶³ Pièce A-51.

[TRADUCTION] A. Nielsen a conclu, renouvelé et maintenu des contrats avec toutes les grandes chaînes canadiennes d'épicerie au détail et a commencé à conclure des contrats avec les grandes chaînes de pharmacies au détail afin d'acquérir, de façon exclusive et à long terme, leurs données prélevées par le balayage électronique du CUP, empêchant par le fait même tout concurrent potentiel d'acquérir ces données;

B. Nielsen a versé des incitatifs financiers importants aux détaillants pour acquérir et conserver l'accès exclusif à leurs données prélevées par balayage électronique;

C. alors que les concurrents potentiels ne pouvaient pénétrer le marché, n'ayant pas accès aux données prélevées par balayage électronique, Nielsen a conclu et tenté de conclure avec les fabricants de produits de consommation emballés des contrats relatifs à la fourniture de services de suivi du marché d'une durée d'au moins trois ans, à des conditions exigeant un long préavis de résiliation et imposant des pénalités en cas de résiliation prématurée.

Dans la décision *NutraSweet*, le Tribunal dit « qu'il peut y avoir pratique lorsqu'il y a plus qu'un "agissement isolé ou une série d'agissements" »⁶⁴. Comme il est mentionné précédemment, le directeur soutient que les actes accomplis par Nielsen constituent une « pratique ». La défenderesse ne conteste pas cette prétention. Nous arrivons donc à la conclusion que les agissements anticoncurrentiels auxquels se serait livrée Nielsen constituent une pratique au sens de l'alinéa 79(1)*b* de la Loi.

La question la plus importante est de savoir si ces actes sont anticoncurrentiels. Dans les deux décisions rendues antérieurement en matière d'abus de position dominante, le Tribunal, se conformant au libellé de l'article 78, statue que l'énumération des agissements anticoncurrentiels qui figure dans cette disposition n'est pas exhaustive⁶⁵. Ces décisions établissent également, ce

⁶⁴ *Supra* note 2 à la p. 67 (à la p. 35 dans la version anglaise publiée).

⁶⁵ *NutraSweet*, *supra* note 2 à la p. 65 (à la p. 34 dans la version anglaise publiée); *Laidlaw*, *supra* note 7 à la p. 93 (aux pp. 331-32 dans la version anglaise publiée).

qui n'est pas contesté en l'espèce, que 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 anti-concurrentiels, de même que des répercussions qu'ils ont ou qu'ils sont susceptibles d'avoir dans le marché pertinent »⁶⁶. 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 résulte⁶⁷. 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 actes⁶⁸.

A. Les faits

Nielsen est actuellement liée par contrat à tous les principaux détaillants en alimentation et à plusieurs pharmacies au détail, notamment la plus importante, pour ce qui concerne l'accès exclusif à leurs données prélevées par balayage électronique. Elle détient des contrats exclusifs avec les principaux détaillants en alimentation depuis 1986, mais ce n'est que plus récemment qu'elle a conclu de telles ententes avec des pharmacies au détail.

⁶⁶ *Laidlaw, ibid.* à la p. 95 (à la p. 333 dans la version anglaise publiée). Voir, dans le même sens, *NutraSweet, ibid.* à la p. 65 (à la p. 34 dans la version anglaise publiée).

⁶⁷ *Laidlaw, ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* aux pp. 115-18 (aux pp. 342-43 dans la version anglaise publiée).

Bien que le libellé exact de la clause pertinente varie quelque peu d'une entente à l'autre, toutes les dispositions relatives à l'exclusivité prévoient essentiellement que le détaillant s'engage à ne fournir les données en cause qu'à Nielsen. Dans la plupart des contrats, la clause d'exclusivité est suffisamment large, à prime abord, pour englober tant les données prélevées par balayage électronique que les autres données qui pourraient être requises pour fournir un service concurrentiel de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, comme celles qui peuvent être utilisées dans l'étude des variables causales ou afin de suppléer aux données prélevées par balayage électronique lorsque celles-ci ne peuvent être obtenues ou sont inadéquates. Aucun élément de preuve n'établit que Nielsen a tenté d'empêcher un détaillant de fournir d'autres données.

Deux des ententes ont été conclues récemment (1994) et renferment, en plus de la clause d'exclusivité type, certaines autres dispositions qui modifient les versements au détaillant advenant qu'il vende malgré tout ses données à un tiers. Ces contrats sont conçus de façon à prévoir certains versements tant que Nielsen conserve sa qualité de « fournisseur privilégié », et des versements moindres si les données sont mises à la disposition de tiers. Contrairement aux contrats antérieurs, ces contrats permettent à un éventuel nouveau venu sur le marché d'avoir accès aux données. Cependant, leur libellé fait en sorte que le nouvel arrivant devrait à tout le moins compenser la diminution des versements qu'entraînerait la décision du détaillant de lui fournir les données. Le nouveau venu devrait également rembourser le détaillant des sommes versées par anticipation qu'il serait tenu de rendre à Nielsen s'il vendait ses données à un tiers.

La période de validité de ces contrats exclusifs est habituellement de cinq ans. Quatre des contrats diffèrent quelque peu en ce que, même si la durée prévue est de cinq ans dans tous les cas, certaines dispositions relatives aux préavis permettent de les écourter.

Les premiers contrats de Nielsen conclus avec des détaillants en 1986 avaient également une durée de cinq ans et auraient donc dû expirer en 1991, à quelques mois de différence près. À la suite de l'acquisition de Woodward's en 1989 par Canada Safeway, Nielsen a pu renégocier le contrat liant Canada Safeway et obtenir un renouvellement d'une durée de cinq ans expirant en 1994. Le contrat liant Steinberg a également été renégocié en 1989.

Tant IRI que Nielsen sont à l'origine de ces accords exclusifs. Pour résumer, en 1984 ou en 1985, le Conseil canadien du commerce de détail (« CCCD »), une association de détaillants, a approché IRI afin de discuter de la possibilité de mettre au point et d'utiliser les données de détaillant prélevées par balayage électronique. Nielsen et SAMI auraient également été approchées. IRI a proposé une coentreprise afin d'établir un service de suivi fondé sur les données prélevées par balayage électronique, ce à quoi le CCCD a donné son aval. Aux termes de la proposition, IRI devait conclure des contrats avec des détaillants individuels, et ces contrats devaient être exclusifs. C'était la première fois que des contrats exclusifs étaient offerts à l'égard des services de suivi du marché au Canada. Les détaillants devaient fournir les données gratuitement, et l'apport d'IRI devait être constitué de la technologie et du capital de départ. IRI devait récupérer ses frais d'exploitation, puis partager les revenus à parts égales avec les détaillants. IRI avait toutefois l'option de se retirer de la coentreprise si elle n'était pas en mesure

de lier par contrat un nombre suffisant de détaillants. Lorsque Nielsen a été mise au courant du projet, elle a conclu un contrat exclusif avec le plus important détaillant en alimentation de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, Canada Safeway. IRI a renoncé à son projet, et Nielsen a signé des accords exclusifs avec tous les principaux détaillants en alimentation du pays.

En ce qui concerne les contrats de Nielsen liant des fabricants, il n'est pas contesté que, en 1992-1993, Nielsen a conclu de nouveaux contrats avec presque tous ses clients. Auparavant, les contrats étaient reconduits tacitement, la période minimale d'engagement initiale ayant depuis longtemps expiré, et ils pouvaient être résiliés moyennant un préavis donné. Sur le fondement des seuls contrats antérieurs déposés en preuve, la période minimale de validité était habituellement de deux ans, et le préavis type était de huit mois. En cas de résiliation non conforme à l'entente, les remises étaient annulées et des dommages-intérêts conventionnels étaient exigibles. Dans les « nouveaux » contrats, la période minimale d'engagement varie, mais le préavis le plus courant semble toujours être de huit mois. L'annulation des remises et l'exigibilité de dommages-intérêts conventionnels y sont également prévues.

B. Analyse et conclusions

Les alinéas *e)* et *h)* de l'article 78 englobent à titre d'« agissements anti-concurrentiels » :

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché; ...

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger

l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché; ...

L'avocat du directeur reconnaît que le troisième agissement anticoncurrentiel allégué, en ce qui concerne les contrats relatifs aux services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique liant Nielsen et les fabricants de produits de consommation emballés, ne figure pas à l'article 78, mais il fait valoir qu'il peut être compris par analogie s'il est prouvé qu'il vise l'« exclusion, l'éviction ou la mise au pas ». Pour déterminer si, comme le prétend le directeur, les actes de Nielsen constituent des agissements anticoncurrentiels, nous devons examiner si ces agissements visent à retenir des ressources rares hors du marché, à empêcher l'entrée d'un concurrent dans le marché ou à atteindre une autre forme d'exclusion.

1) Contrats exclusifs avec les détaillants

Les clauses d'exclusivité types ont indubitablement pour effet d'empêcher tout concurrent potentiel d'obtenir les données de détaillant prélevées par balayage électronique. On peut présumer que Nielsen a eu l'intention d'obtenir un tel effet. De plus, bien que ce ne soit pas nécessaire afin de déterminer l'objet des clauses en question, le dossier renferme également suffisamment de preuves que Nielsen a conclu et maintenu en vigueur les contrats relatifs aux données prélevées par balayage électronique expressément dans le but d'écarter d'éventuels concurrents et, plus particulièrement, IRI. Différents documents internes font état de cette

stratégie. Il fait peu de doute que la raison pour laquelle Nielsen a conclu ces contrats était de faire en sorte que les données soient et demeurent hors de portée d'autres fournisseurs potentiels.

La stratégie établie de Nielsen consistant à échelonner le renouvellement des contrats confirme que les contrats exclusifs avec les détaillants avaient et ont pour objet d'écartier les concurrents potentiels. Après la signature d'un nouveau contrat avec Canada Safeway en 1989, le président de Nielsen Canada d'alors, G.F. Finlay, a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] La signature de ce contrat constitue un obstacle important et il s'ensuit qu'il est impossible à un concurrent de s'amener et de conclure suffisamment de contrats pour offrir un produit national. Elle améliorera aussi considérablement notre position aux fins de la négociation dans quelques années⁶⁹.

Les deux éléments, soit l'effet sur les concurrents potentiels et les rapports de négociation entre Nielsen et les détaillants, sont mentionnés à nouveau dans des documents établis en 1990 et en 1991 qui énoncent la stratégie de l'échelonnement du renouvellement des contrats. Le document de 1990 met l'accent sur la concentration au niveau de la vente au détail⁷⁰. Dans le document de 1991, M. Finlay fait mention de l'inquiétude liée à l'entrée dans le marché :

[TRADUCTION] Après la conclusion de marchés avec les détaillants il y a cinq ans, nous nous sommes rendus compte que nous étions vulnérables, car la quasi-totalité des ententes expiraient à peu près au même moment. Nous nous sommes alors fixé comme objectif de faire en sorte que nos contrats avec les détaillants et les distributeurs expirent à des moments différents. Ainsi, il serait beaucoup plus difficile, pour un concurrent, de mettre sur pied un service, à moins qu'il ne soit disposé à investir sous forme de versements importants avant de retirer les bénéfices escomptés⁷¹.

⁶⁹ Pièce J-6, onglet 237 à la p. 165.

⁷⁰ Pièce confidentielle CJ-6, onglet 240 à la p. 219.

⁷¹ Pièce confidentielle CJ-6, onglet 246 à la p. 362.

M. Finlay n'a pas été appelé à la barre, même s'il a été président de Nielsen au Canada de 1986 à 1993. M. Kretch a témoigné que la principale inquiétude n'était pas l'entrée potentielle dans le marché, mais la possibilité que les détaillants se regroupent pour exiger des versements plus élevés. La préoccupation évoquée par M. Kretch était sans aucun doute présente, mais le Tribunal juge improbable que M. Finlay se soit exprimé comme il l'a fait s'il ne s'agissait pas également d'une considération importante. De plus, en ce qui concerne la volonté de Nielsen d'échelonner les contrats afin de diminuer les paiements aux détaillants, il faut se rappeler que ces paiements n'étaient pas effectués seulement en échange des données des détaillants, mais aussi contre l'accès *exclusif* à celles-ci. Sans l'exclusivité et la position de force qu'elle confère à l'acquéreur des données sur le marché du produit final, les détaillants perdent une bonne partie de leur pouvoir de négociation vis-à-vis de cet acquéreur.

Pour déterminer l'objet de la clause relative à la qualité de « fournisseur privilégié », il faut examiner son effet probable sur un concurrent potentiel. L'un des effets manifestes de l'application de cette clause est de permettre à Nielsen d'exercer un contrôle sur le montant qu'un concurrent éventuel devra payer pour obtenir les données prélevées par balayage électronique, et ce, grâce aux sommes qu'elle s'engage à verser. Pour les motifs exposés plus en détail à la rubrique intitulée *Diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence* et, plus particulièrement, le modèle proposé par M. Winter, le Tribunal estime que les clauses en question permettent à Nielsen de fixer le montant de ses versements de telle sorte que l'entrée d'un nouveau venu raisonnable sur le marché ne soit pas rentable. Ces clauses atteignent le même but que l'exclusivité, mais de façon plus indirecte. Nous arrivons donc à la conclusion que leur

objet est le même que celui des clauses plus directes portant exclusivité, soit écarter les concurrents potentiels.

En ce qui concerne les quatre contrats conclus avec des détaillants qui renferment une clause relative au préavis, ils ne sauraient être qualifiés de « non exclusifs ». Pendant leur validité, ces contrats confèrent manifestement à Nielsen un accès exclusif. Les clauses relatives au préavis ne touchent que l'étendue de la période de validité en cause. À moins qu'il ne reçoive une somme au moins égale à celle qu'il touche en échange de ses données, le détaillant n'a pas intérêt à donner de préavis.

Pour déterminer si l'objet des différentes ententes exclusives a le caractère anticoncurrentiel requis, nous avons tenu compte du fait que les actes de Nielsen avaient pu être fondés sur une « justification commerciale » valable. Toutefois, les arguments de Nielsen, qui sont analysés en détail ci-après, ne nous ont pas persuadés de l'existence plausible d'une justification commerciale liée à l'efficience ou proconcurrentielle en ce qui concerne la conclusion de contrats exclusifs. Nous ne considérons pas que le propre intérêt d'une société puisse constituer une telle justification. Nous remarquons que les experts de Nielsen n'ont pas réussi non plus à justifier l'exclusivité sur le fondement de l'efficience.

Tout au long des procédures, l'avocat de Nielsen est revenu sans cesse sur l'origine des accords exclusifs actuels et le rôle d'IRI pour soutenir que le recours de Nielsen à l'exclusivité ne pouvait pas être anticoncurrentiel étant donné qu'IRI avait « lancé » cette pratique. Nielsen a soutenu qu'elle avait été obligée de recourir à l'exclusivité afin de protéger ses intérêts

commerciaux légitimes face à la menace d'être tenue à l'écart de la méthode innovatrice et afin de préserver ses services de suivi du marché existants.

De l'avis du Tribunal, le maintien ou l'obtention d'une position dominante afin de se défendre contre une autre société susceptible de devenir dominante ne constitue pas une justification commerciale acceptable. Si IRI avait mené à bien son projet avec les détaillants et continué de recourir aux contrats exclusifs même lorsque le balayage électronique a remplacé les autres sources de données, elle aurait très bien pu être la défenderesse dans le cadre d'une procédure engagée par le directeur, à l'instar de Nielsen en l'espèce.

Par ailleurs, on ne nous a pas expliqué pourquoi Nielsen devait nécessairement obtenir l'accès exclusif aux données de *tous* les détaillants si son objectif était simplement d'empêcher IRI d'exercer une domination sur le marché des données prélevées par balayage électronique. Il ressort de la preuve documentaire que, selon Nielsen, sans l'accès aux données de Canada Safeway, aucune société ne pouvait offrir un service national de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le fait qu'il ait été très facile de recruter les autres détaillants une fois Canada Safeway liée par contrat et après qu'IRI eut renoncé à percer le marché saurait difficilement apporter une réponse satisfaisante. Même en supposant qu'elle soit valable, la raison pour laquelle Nielsen aurait conclu initialement des contrats exclusifs avec tous les détaillants ne résiste pas à une analyse serrée. De plus, on ne pourrait certainement pas assimiler les actes accomplis par Nielsen *depuis* 1985 à une défense contre une autre société cherchant à obtenir l'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique.

Peu d'éléments de preuve ont été produits à l'appui de la proposition selon laquelle l'exclusivité était justifiée par le temps, l'énergie et les ressources qui avaient dû être consacrés à l'exploitation d'une nouvelle technologie. Ne serait-ce que pour justifier un tant soit peu l'exclusivité de cette façon, les investissements de Nielsen auraient dû être liés à la création d'avantages dont d'autres entreprises auraient pu s'approprier, par exemple, l'accroissement du rayon d'action du balayeur du détaillant ou de la qualité des données et de leur utilité. Peu d'éléments de preuve établissent que des ressources importantes ont été mobilisées pour procéder à de tels investissements. Le dossier renferme seulement une preuve que Nielsen a produit une bande vidéo visant à inciter les détaillants à améliorer la qualité de leurs données prélevées par balayage électronique et qu'elle a rédigé une lettre type en ce sens, le tout sans engager de grandes dépenses. En fait, différents documents de Nielsen font état d'une préoccupation liée au coût élevé de l'acquisition des données auprès des détaillants, et non à l'ampleur des ressources mobilisées pour mettre au point la nouvelle technologie. Le coût des données n'est pas lié à la mise au point de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, mais plutôt à l'obtention de l'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique.

Même si Nielsen avait été en mesure d'avancer quelque justification valable relativement à la conclusion de contrats exclusifs aux premières étapes de la mise au point du service, il aurait fallu évaluer cette justification en fonction des effets anticoncurrentiels pour établir l'objectif prépondérant de l'exclusivité. De plus, pareille justification aux premières étapes de la mise au point du service n'aurait pas été applicable à l'égard des contrats exclusifs actuels.

Les préférences des détaillants n'expliquent pas non plus pourquoi il y a lieu de stipuler l'exclusivité dans les contrats. Nous admettons que les détaillants se soucient de la confidentialité et de la transparence en ce qui a trait à leurs données prélevées par balayage électronique. Neil Everett, de Shoppers Drug Mart, dit qu'il aurait eu des réticences à communiquer des données à deux sociétés parce qu'il n'aurait pas su clairement qui blâmer en cas de fuite. Nielsen considère que la Saskatchewan et le Manitoba forment une unité régionale lorsqu'il s'agit de fournir des données de suivi et ce, afin qu'on ne puisse déterminer que le chiffre des ventes correspond à un détaillant en particulier ou à un autre. Certains détaillants, comme Loblaws, qui commercialisent leurs propres marques, demeurent maîtres de la communication des données de compte majeur de façon que les fabricants concurrents ne puissent connaître leur chiffre d'affaires. Néanmoins, si, pour ces raisons, un détaillant souhaite faire affaire avec un seul acquéreur, il peut le faire en l'absence d'une clause d'exclusivité, et ce, simplement en contractant avec un seul acquéreur et non avec plusieurs. La différence avec la situation actuelle est évidemment que la somme versée au détaillant reflète la valeur des données seules, et non celle des données et de l'exclusivité.

De plus, rien ne prouve que ce sont les inquiétudes des détaillants qui ont mené à la conclusion des ententes exclusives existantes. Hormis Shoppers Drug Mart, qui a procédé à un appel d'offres en 1994 à la fois sur la base de l'exclusivité et de la non-exclusivité, aucun élément de preuve n'établit qu'un détaillant a demandé l'accès exclusif à ses données⁷². Les témoins des chaînes d'alimentation Provigo et Overwaitea ont dit que celles-ci n'étaient pas à l'origine des clauses d'exclusivité. En outre, bien que M. Everett ait dit préférer faire affaire avec une seule

⁷² Ni M. Fulgoni ni M. Peter Daboll, d'IRI, n'ont pu se rappeler si un deuxième détaillant leur avait demandé de faire une offre à deux volets en 1994, mais ils ont reconnu que cela était possible.

société d'étude de marché, il a ajouté que la principale raison pour laquelle Shoppers Drug Mart avait décidé d'accorder à Nielsen l'accès exclusif à ses données était le prix que cette dernière lui consentait en échange.

2) Incitatifs en matière d'exclusivité

Les données prélevées par balayage électronique ont plus de valeur pour Nielsen lorsqu'elle y a un accès exclusif que lorsque ces données sont ou peuvent être partagées avec des fournisseurs concurrents de services de suivi du marché. Le prix que Nielsen était et est disposée à verser en échange des données traduit l'avantage que comporte l'exclusion de la concurrence.

M. Kretch a confirmé que Nielsen projetait, en 1986, de verser des sommes substantielles aux détaillants afin de s'assurer l'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique, même si elle savait qu'elle ne pourrait les utiliser avant un certain temps. Un document interne révèle que les sommes versées aux détaillants ont en effet augmenté de plus de 500 p. 100 lorsque les contrats exclusifs ont été conclus en 1986 relativement aux données en question⁷³. Le fait que Nielsen savait qu'elle ne pourrait utiliser les données avant plusieurs années écarte la possibilité que la majoration des paiements traduisait uniquement la valeur des données prélevées par balayage électronique comparativement aux données antérieures provenant d'autres sources. La principale considération était de priver les tiers de l'accès aux données.

⁷³ Pièce confidentielle CJ-5, onglet 210.

Avant 1986, les incitatifs offerts pour obtenir l'exclusivité ne sont pas aussi faciles à repérer, car les sommes versées aux détaillants sont forfaitaires; une partie de la somme n'est pas versée en échange des données et une autre en échange de l'accès exclusif à celles-ci. On peut toutefois examiner la négociation récente d'un contrat à l'occasion de laquelle le détaillant a reçu des offres tant sur une base exclusive que sur une base non exclusive pour avoir une idée de ce que Nielsen est disposée à payer pour l'obtention de l'exclusivité. Nous reconnaissons que ces offres étaient vraisemblablement tributaires de considérations stratégiques liées au litige entre les parties et, par conséquent, ne constituent pas un point de référence entièrement fiable. Néanmoins, étant donné que le versement de base annuel sur une base exclusive (calculé en divisant le total des versements par la durée) est environ le double du versement prévu dans un cadre non exclusif, le paiement le plus élevé renferme sans aucun doute une incitation à l'exclusivité⁷⁴. Il ressort également du témoignage non contredit du détaillant en cause que c'est l'importance des sommes versées en échange de l'exclusivité qui l'ont décidé à accorder à Nielsen l'accès exclusif à ses données.

3) Contrats avec les fabricants

Un certain nombre de documents de Nielsen font état d'une stratégie qui consiste à tenter « d'accaparer » le plus de clients possibles en prévision de l'entrée éventuelle d'IRI sur le marché. Les mentions commencent en 1986. En voici un exemple : [TRADUCTION] « Convertir le plus d'ententes possible en accords à long terme (3 à 5 ans) »⁷⁵. En juillet 1992, lorsqu'IRI a de

⁷⁴ Pièce confidentielle CJ-7, onglets 275 et 276.

⁷⁵ Pièce J-5, onglet 195 à la p. 259.

nouveau été perçue comme une menace, Nielsen a adopté la résolution suivante à une « réunion de stratégie concurrentielle concernant IRI » :

[TRADUCTION] Accorder notre attention à tous les clients américains d'IRI et prendre des mesures afin de réaliser ce qui suit :
-- Conclure avec les clients des ententes avantageuses à long terme (trois ans ou plus)⁷⁶.

Cette stratégie est également exposée dans une note de service datée du 3 juin 1993, destinée au vice-président du marketing et de l'exploitation de Nielsen, D.G. Easter, provenant de P.C. Gardiner, attaché au service du marketing, en prévision de l'entrée éventuelle d'IRI sur le marché⁷⁷. Dans un rapport établi en 1993 et portant sur IRI (*IRI Review*), les points d'entrée probables d'IRI au Canada sont examinés, y compris la clientèle américaine d'IRI. Une stratégie de Nielsen en matière de clientèle est proposée et prévoit la conclusion de [TRADUCTION] « nouveaux contrats à long terme avantageux ». La liste des clients américains d'IRI est jointe et se divise en deux catégories : ceux [TRADUCTION] « ... ayant récemment conclu de nouvelles ententes à long terme avec Nielsen Canada » et ceux [TRADUCTION] « ... n'ayant pas conclu récemment de nouvelles ententes au Canada »⁷⁸. Une note de service précédente datée du 22 février 1993 destinée à l'ensemble du personnel affecté aux ventes et aux services fait état de la nécessité, pour Nielsen, de préserver sa clientèle face à l'arrivée d'IRI au Canada et recommande de conclure [TRADUCTION] « des contrats à plus long terme, d'au moins trois ans ». La liste des principaux clients américains d'IRI y est jointe⁷⁹.

⁷⁶ Pièce confidentielle CJ-6, onglet 252 à la p. 391.

⁷⁷ Pièce confidentielle CJ-6, onglet 269 à la p. 519.

⁷⁸ Pièce J-6, onglet 270 aux pp. 529-30, pièces jointes (confidentielles).

⁷⁹ Pièce confidentielle CI-80.

Aucun élément n'a été avancé pour remettre en question le sens littéral des mots employés dans les documents de Nielsen. Le seul témoin de Nielsen qui a témoigné à ce sujet, M. Nelson, confirme que la conclusion de nouveaux contrats à long terme avec les clients et la sollicitation de la clientèle américaine d'IRI faisaient partie de la stratégie de Nielsen. Nous arrivons donc à la conclusion que Nielsen considérait IRI comme un concurrent potentiel et qu'elle a adopté une stratégie consistant généralement à conclure des contrats à long terme, spécialement avec les clients américains d'IRI, afin de faire obstacle à l'entrée d'IRI sur le marché.

Même s'il n'a pas nié les intentions de Nielsen à l'égard d'IRI, M. Nelson a tenté de présenter les activités de Nielsen liées à la conclusion de nouveaux contrats avec la clientèle dans le contexte du lancement de MarketTrack, lequel n'était pas visé par les ententes existantes. Nous reconnaissons que Nielsen a jugé utile et peut-être nécessaire de conclure de nouvelles ententes lorsqu'elle a lancé MarketTrack. Cependant, il est loin d'être clair que Nielsen aurait jugé souhaitable la conclusion de contrats à long terme si elle n'avait pas craint qu'IRI ne s'amène sur le marché. Depuis des années, Nielsen exerçait ses activités sur la base de contrats à reconduction tacite dont la période minimale d'engagement avait expiré depuis longtemps, sans sembler se soucier de l'avantage qu'auraient pu lui conférer des contrats à long terme.

La preuve de l'existence d'un motif d'ordre commercial justifiant les contrats à long terme, à l'exclusion de toute fin anticoncurrentielle, est sans aucun doute pertinente dans le cadre de l'évaluation d'une allégation d'agissements anticoncurrentiels. 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 anticoncurrentiels.

Aux fins du présent litige, la défenderesse a préparé un certain nombre de graphiques qui montrent en détail la durée de ses contrats afférents à tous ses produits et les revenus provenant de chacun des clients liés par les contrats⁸⁰. L'un des graphiques ne porte que sur les contrats conclus par Nielsen avec des sociétés faisant affaire avec IRI aux États-Unis.

La répartition des contrats de durées variées en fonction de l'ensemble des clients confirme que Nielsen a réussi à « accaparer » un pourcentage élevé de la clientèle au moyen de contrats à long terme. L'avocat de la défenderesse prétend qu'un contrat antérieur prévoyant une période minimale d'engagement de deux ans constitue le point de référence en fonction duquel la répartition des contrats actuels doit être appréciée, mais la preuve révèle que, auparavant, les contrats à reconduction tacite résiliables moyennant un préavis constituaient de fait la norme. Comparativement avec la situation antérieure où la quasi-totalité des contrats étaient résiliables moyennant un préavis de huit mois, la durée des contrats actuels est beaucoup plus longue.

En ce qui concerne la durée des contrats avec des fabricants qui sont des clients d'IRI aux États-Unis, les graphiques présentés par la défenderesse appuient les autres éléments de preuve documentaire et la position du directeur selon laquelle Nielsen a pris des mesures spéciales afin de lier ces clients par des contrats à long terme. Alors que, en 1994, 29 p. 100 des revenus

⁸⁰ Pièce confidentielle CR-95.

globaux de Nielsen provenant des fabricants se rattachaient à des contrats de trois ans ou plus, le pourcentage comparable des revenus de Nielsen provenant de fabricants qui étaient des clients d'IRI aux États-Unis était d'au moins 43 p. 100. Ce dernier pourcentage est possiblement supérieur, car Nielsen fournit déjà des services à un autre client important d'IRI aux États-Unis aux termes d'un contrat d'une durée d'au moins trois ans qui n'avait pas encore été signé au moment de l'audience.

Le directeur soutient que la nature et l'objet des actes de Nielsen concernant les contrats avec les fabricants ne peuvent être évalués indépendamment des autres agissements anticoncurrentiels auxquels elle s'est livrée. Nous convenons que les prétendus agissements anticoncurrentiels doivent être examinés dans leur contexte global. Nous concluons que Nielsen visait la conclusion de contrats à long terme avec les fabricants, y compris la stipulation de clauses d'exclusivité et d'incitatifs y afférents, afin de tenir à l'écart les concurrents potentiels en général, et IRI en particulier. Chacun des trois actes constitue un agissement anticoncurrentiel au sens de l'article 78 de la Loi.

VII. DIMINUER OU EMPÊCHER SENSIBLEMENT LA CONCURRENCE

Le dernier élément qui doit être prouvé pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance sur le fondement de l'article 79 de la Loi est que la pratique d'agissements anticoncurrentiels dont il est fait état dans les pages qui précèdent a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Nous avons conclu que Nielsen visait, par ses actes, à tenir à l'écart les concurrents

potentiels et, plus spécialement, IRI. Nous devons maintenant déterminer dans quelle mesure elle y est parvenue ou elle est susceptible d'y parvenir, le cas échéant. La principale question à trancher lorsqu'il s'agit de décider si le directeur a fait la preuve de ce troisième élément se rapporte à l'effet des clauses d'exclusivité liant les détaillants et des contrats à long terme conclus avec les clients sur les conditions d'entrée dans le marché. En se basant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, il faut essentiellement déterminer si les agissements anticoncurrentiels de Nielsen préservent ou augmentent son emprise sur le marché⁸¹.

Premièrement, nous devons déterminer quelles seraient les conditions d'accès au marché en l'absence des clauses d'exclusivité, puis dans quelle mesure les agissements anticoncurrentiels ont modifié la perspective d'une entrée économiquement viable sur le marché. La preuve fournie par les témoins d'IRI au sujet des éléments nécessaires à la mise sur pied de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique n'a pas été contredite. L'un de ces éléments correspond à la technologie et au savoir-faire requis pour créer un échantillon représentatif et pour prélever, traiter et analyser un volume important de données. Bien qu'un certain nombre de sociétés puissent être en mesure d'acquérir ces compétences et de mettre au point de tels systèmes, à l'heure actuelle, seule IRI dispose des compétences nécessaires et a un intérêt commercial établi. Le deuxième élément requis est un dictionnaire qui permet de traduire le symbole CUP apposé à un produit en données détaillées utiles aux acheteurs de services de suivi. Le dictionnaire devrait être conçu spécialement pour le Canada afin de correspondre aux produits qui sont offerts dans ce pays. Le troisième élément est une « équipe travaillant sur le

⁸¹ *Supra* note 2 à la p. 91 (à la p. 47 dans la version anglaise publiée).

terrain » qui prélève des données causales dans les magasins. Le dernier élément correspond aux données prélevées par balayage électronique nécessaires aux services de suivi du marché.

Il manque actuellement à IRI trois des quatre éléments requis. Le dictionnaire et le rassemblement d'une équipe travaillant sur le terrain occasionnent relativement peu de dépenses, mais l'établissement du dictionnaire peut prendre un certain nombre de mois. De toute évidence, le principal obstacle qui empêche la fourniture de services de suivi au Canada est l'absence de données prélevées par balayage électronique actuelles et antérieures sur une période d'environ un an. Les clients ont besoin de données antérieures pour les comparer avec les données actuelles, et ces données doivent à tout le moins viser l'année précédente pour tenir compte des écarts saisonniers dans la vente des produits.

Une fois qu'il est en mesure de fournir des services de suivi, le concurrent potentiel doit, pour réussir à entrer dans le marché, avoir une clientèle à sa portée. Les frais liés à l'acquisition de données et les autres frais correspondant à l'entrée dans le marché doivent être engagés indépendamment du nombre de clients auxquels le produit final sera vendu. L'assiette des revenus doit être suffisante pour permettre le recouvrement de ces frais, sinon l'entrée ne sera pas possible.

Vu le caractère crucial de l'élément correspondant aux données prélevées par balayage électronique, accaparé par Nielsen au moyen des contrats exclusifs conclus avec les détaillants, la clause d'exclusivité constitue à prime abord un obstacle à l'entrée. Dans la mesure où les données nécessaires à l'établissement d'un rapport de suivi du marché fondé sur les données

prélevées par balayage électronique, à l'échelle nationale ou régionale, sont accaparées aux termes d'une clause d'exclusivité, le concurrent potentiel ne peut fournir le service en question. À l'opposé, l'absence d'exclusivité confère aux détaillants la faculté de communiquer leurs données à plus d'une société. Normalement, le détaillant y serait incité par le fait que le coût lié à la fourniture des données à une deuxième société est quasi nul et qu'il est en position d'exiger le versement de sommes qui tiennent compte de son pouvoir de négociation, vu son importance sur le marché de la vente au détail. Comme mentionné précédemment, un détaillant peut fort bien se soucier de la confidentialité et de la transparence en ce qui concerne ses données. Ces éléments deviendraient alors simplement un volet des négociations avec les acquéreurs éventuels.

Nielsen et ses experts prétendent que la conclusion de contrats exclusifs n'a pas eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, car IRI avait et a la faculté de « faire concurrence » à Nielsen à chaque expiration de contrat exclusif, au moment du renouvellement. Ainsi, soutiennent-ils, en 1986 et en 1991, IRI aurait pu offrir davantage que Nielsen et obtenir l'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique; elle pourrait le faire à l'expiration des ententes actuellement en vigueur. Il en résulterait donc un marché concurrentiel. La défenderesse ne s'appuie cependant sur aucun élément de preuve ni, de fait, sur aucune argumentation quant à savoir comment ou pourquoi ce genre de « concurrence » pour l'obtention d'un accès exclusif produirait les effets généralement escomptés sur un marché concurrentiel, soit la diminution des prix et l'amélioration des produits.

M. Winter décrit ce qui s'est passé en 1986 à l'égard des données de détaillant prélevées par balayage électronique comme une « concurrence *pour s'emparer* du marché », et non une

concurrence *sur* le marché, celui-ci correspondant à la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le vainqueur devient l'unique fournisseur des services pendant la période de validité des contrats exclusifs. Comme le fait remarquer M. Winter, l'effet le plus probable qu'a ce genre de concurrence en vue d'obtenir un accès exclusif est l'augmentation du prix versé au détaillant en échange de ses données, lequel est intégré au prix des services de suivi du marché fondé sur les données. Le seul avantage possible d'une telle concurrence a été avancé par M. Mathewson, qui a laissé entendre que la somme versée au détaillant pouvait éventuellement être transmise au client. Il s'agit d'une possibilité; aucune raison n'a été proposée quant à savoir pourquoi cela pourrait arriver et aucune preuve n'a été offerte relativement à cette éventualité. Nous estimons que l'effet le plus probable est que les versements effectués en échange de l'accès exclusif s'ajoutent simplement aux bénéfices nets des détaillants, puisqu'il est difficile d'imaginer comment les sommes seraient prises en considération aux fins de la fixation des prix par ces derniers.

M. Mathewson et M^{me} Guerin-Calvert ont également fait valoir qu'il n'y a eu ni diminution ni empêchement sensible de la concurrence, étant donné qu'IRI est déjà sur le marché des services de suivi fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Or, il est indéniable qu'IRI n'offre pas de produit au Canada. L'argument semble se fonder sur le fait que, à l'occasion, IRI a approché certains détaillants au Canada, a discuté de la possibilité d'obtenir leurs données prélevées par balayage électronique et a peut-être fait une proposition, mais en vain. Même si IRI était allée jusqu'à faire une offre en vue d'obtenir les données, l'acte ne saurait être qualifié d'« entrée ». Dans la décision *Laidlaw*, ainsi que dans la décision *Southam*, le

Tribunal dit que l'entrée doit avoir une connotation de pérennité ou de viabilité⁸². Pour évaluer s'il est facile d'entrer dans un marché, il faut déterminer non seulement s'il est facile à un nouveau venu de s'y introduire, mais également s'il est vraisemblable qu'il y survive. Nous ne pouvons reconnaître qu'IRI est entrée dans le marché canadien sans avoir accès à un élément clé et, par conséquent, sans avoir la moindre possibilité de fournir des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Nous insistons sur le fait que rien n'établit qu'IRI a offert quelque genre de service de suivi du marché au Canada. L'argument est dénué de tout fondement.

La principale question qui doit être tranchée pour déterminer si les actes reprochés ont vraisemblablement eu pour effet d'empêcher la concurrence dans la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada est de savoir si une société comme IRI pouvait faire une offre visant les données individuelles des détaillants dont les contrats exclusifs avec Nielsen expiraient et ainsi s'introduire sur le marché progressivement. Nielsen soutient que pareille entrée aurait été avantageuse pour IRI, parce que celle-ci aurait pu ensuite vendre ses données exclusives sous forme de données afférentes à un compte majeur ou, si elle avait fait l'acquisition des données de plusieurs détaillants, de données régionales. La défenderesse prétend par ailleurs qu'IRI aurait alors disposé d'un élément essentiel du tableau national, dont elle aurait pu se servir pour négocier avec Nielsen l'accès aux autres éléments. La situation qui a cours en Australie a été invoquée pour illustrer comment les choses pouvaient se passer sur le marché canadien si IRI décidait d'entrer dans le marché petit à petit.

⁸² *Laidlaw*, supra note 7 à la p. 90 (à la p. 330 dans la version anglaise publiée); *Le directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.* (2 juin 1992), CT9001/229, Motifs et ordonnance à la p. 264 [1992] D.T.C.C. n° 7 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1992), 43 C.P.R. (3^e) 161 à la p. 280.

À cet égard, la défenderesse plaide essentiellement qu'IRI se sert du mécanisme prévu par la Loi à ses propres fins et, par conséquent, que le directeur n'est qu'un pion sur l'échiquier. Les contrats exclusifs de Nielsen existent depuis près de dix ans. Au cours de cette période, IRI n'est pas entrée dans le marché petit à petit. En règle générale, le fait qu'une société manifestement désireuse de pénétrer un secteur d'activité ne l'ait pas fait indique que, pour une raison ou pour une autre, elle n'a pas jugé rentable de le faire.

De toute évidence, la participation d'IRI aux présentes n'est pas désintéressée. L'issue des procédures revêt un vif intérêt pour elle étant donné qu'elle souhaite faire affaire au Canada. Ses intérêts commerciaux l'ont amenée à déposer une plainte au Bureau de la politique de concurrence et à donner son appui au directeur devant le Tribunal. Les intérêts commerciaux de Nielsen l'ont conduite dans le camp adverse. Être conscient de ces faits et les reconnaître ne contribuent en rien à résoudre les points en litige. Le Tribunal est appelé à déterminer si, en l'espèce, il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence et, le cas échéant, à corriger la situation dans la mesure du possible. Toute autre considération n'est pas pertinente.

Cela étant dit, aucun élément de preuve n'étaye la prétention selon laquelle IRI aurait sciemment retardé son entrée afin que le directeur puisse avoir gain de cause devant le Tribunal. L'hypothèse comporte une faille évidente en ce qu'IRI a été écartée du secteur des services de suivi du marché au Canada pendant un certain nombre d'années avant qu'elle ne dépose sa plainte auprès du directeur. À notre avis, la preuve n'établit pas le bien-fondé de l'argument selon lequel IRI s'abstient à dessein d'entrer dans le marché canadien *depuis 1986*, alors que sa présence sur le

marché serait par ailleurs rentable, afin de donner plus de poids à sa plainte et d'influencer le déroulement de la procédure devant le Tribunal en 1994-1995.

Les rapports entre IRI et Loblaws en 1991, au moment où expirait le premier contrat exclusif de Nielsen avec Loblaws, ont été invoqués pour prouver qu'IRI, en tant que société agissant de façon raisonnable et cherchant à maximiser ses profits, croyait qu'elle pouvait entrer dans le marché grâce aux seules données de Loblaws. Voilà qui prouverait que l'entrée était possible et donc que la clause d'exclusivité n'a jamais constitué un obstacle.

Nous n'adhérons pas à cette interprétation des événements survenus en 1991. Il est clair que M. Fulgoni, d'IRI, a engagé des discussions avec Loblaws en 1991. Il n'est cependant pas clair qu'IRI a présenté une offre ferme à l'égard des données prélevées par balayage électronique; les documents pertinents disent plutôt que la société était [TRADUCTION] « disposée à présenter une offre » pour l'accès exclusif aux données de Loblaws⁸³. M. Fulgoni a témoigné qu'il doutait qu'une proposition d'IRI soit prise au sérieux, étant donné que Loblaws était sur le point de renouveler son contrat avec Nielsen. D'ailleurs, Loblaws n'a pas donné suite à la « proposition » initiale d'IRI. Lorsque, par l'entremise d'un tiers, il a appris la décision de Loblaws de contracter à nouveau avec Nielsen, M. Fulgoni a rédigé une autre lettre faisant état de la somme qu'IRI [TRADUCTION] « avait projeté » d'offrir⁸⁴. À nouveau, Loblaws s'est abstenue de toute réponse. Nous ajoutons foi à l'explication de M. Fulgoni selon laquelle il espérait que [TRADUCTION] « Loblaws invoque le montant offert par IRI pour obtenir des versements plus élevés de la part de Nielsen et que soient réduits, à tout le moins, les profits réalisés par Nielsen au Canada, de

⁸³ Pièce J-8, onglet 311 à la p. 61.

⁸⁴ Pièce J-8, onglet 313.

sorte que cette dernière dispose de moins de profits pour faire obstacle à l'expansion d'IRI dans d'autres pays »⁸⁵.

Même si nous considérons la démarche d'IRI auprès de Loblaws en 1991 comme une « offre » ferme et sérieuse visant ses données prélevées par balayage électronique, le fait que Loblaws l'ait rejetée au profit de Nielsen contredit davantage qu'il ne confirme l'hypothèse de la défenderesse. Si, comme le prétend Nielsen, IRI faisait des démarches rationnelles en vue d'entrer dans le marché, son échec indique que l'entrée ne pouvait réussir, et non le contraire.

Un autre élément qui a été invoqué comme preuve qu'IRI a omis de tirer parti des occasions qu'elle avait eues d'entrer dans le marché correspond à une déclaration qu'aurait faite un employé d'IRI au cours de discussions avec Shoppers Drug Mart en janvier 1994. Selon M. Everett, de Shoppers Drug Mart, lorsqu'on lui a demandé si IRI envisageait de présenter à la fois une offre de contrat exclusif et une offre de contrat non exclusif, le directeur général des activités canadiennes d'IRI en matière de logiciel, Ron Larocque, a répondu qu'il ne pouvait le faire, car cela risquait de compromettre l'issue de la procédure devant le Tribunal. Comme le savait M. Everett, les responsabilités de M. Larocque se rapportaient essentiellement aux activités d'IRI en matière de logiciel. Quant à M. Daboll, qui était également présent, il a été présenté comme « le principal responsable » des acquisitions de données. Nous avons dûment tenu compte du fait que la déclaration a été faite. Toutefois, vu le caractère hautement probant du reste de la preuve selon laquelle il n'aurait pas été rentable ni même réaliste qu'IRI fasse une offre pour obtenir l'accès exclusif aux données d'un seul détaillant, nous ne sommes pas disposés à accorder beaucoup d'importance à la remarque spontanée d'un employé d'IRI qui semble n'avoir jamais

⁸⁵ Transcription, vol. 4 à la p. 517 (20 octobre 1994).

pris part auparavant aux décisions relatives à l'acquisition de données et qui n'occupait certainement pas un poste de responsabilité en ce qui a trait à ce volet des activités d'IRI.

On nous a également demandé de tirer une conclusion défavorable du refus d'IRI, en juin 1994, de donner suite à l'invitation de faire une offre relativement aux données de Canada Safeway, et d'imputer certaines intentions à IRI. Vu l'absence de tout autre élément de preuve à l'appui de la prétention selon laquelle il était raisonnable qu'IRI présente une proposition, nous ne voyons aucun motif de tirer pareille conclusion.

Il convient dès lors d'examiner le reste de la preuve concernant la possibilité d'une entrée petit à petit et l'éventualité que la configuration du marché au Canada s'apparente à celle qui existe en Australie. Il importe tout d'abord de donner quelques précisions sur la situation en Australie. L'un des témoins de la défenderesse, M. Kretch, a été personnellement actif sur le marché australien de 1982 à 1986 et il a continué de suivre son évolution jusqu'en 1993. Il a fait état de la façon dont certains détaillants australiens ont recours à des « conventions de mandat » pour vendre leurs données sur le mouvement des produits. Aux termes de ces conventions, le détaillant accorde le droit exclusif de remarketing de ses données, tant celles sur le mouvement des produits que les données causales, à une seule société. Cette dernière est autorisée à commercialiser et à vendre les données aux fabricants. D'autres détaillants vendent leurs données directement aux fabricants. Initialement, les données sur le mouvement des produits en cause correspondaient aux données électroniques sur les expéditions à partir des entrepôts et, plus tard seulement, aux données prélevées par balayage électronique.

Sur le marché australien, l'identité des participants a quelque peu changé au cours de la période considérée en preuve. Au début de la période, soit en 1984 ou en 1985, Nielsen était partie à une convention de mandat exclusive pour les données de Franklin, la troisième chaîne d'alimentation en importance⁸⁶. Une autre société, Morgan Research, était partie à des ententes avec certains entrepôts et chaînes de plus petite taille. Les autres détaillants, dont les deux principales chaînes, vendaient leurs données directement aux fabricants. Nielsen et Morgan Research vendaient aux fabricants des données sur les détaillants avec lesquels elles étaient liées par contrat. Nielsen, Morgan Research et les fabricants qui achetaient des données directement aux détaillants et voulaient établir leur propre rapport national, concluaient des contrats les uns avec les autres afin de se procurer les données qui leur manquaient et chacun publiait un rapport national. Nielsen et Morgan Research vendaient leurs rapports nationaux aux fabricants qui n'établissaient pas leur propre rapport.

Nielsen a par la suite fait l'acquisition de Morgan Research. De 1986 à 1988, IRI bénéficiait d'une convention de mandat exclusive avec Woolworth's, la deuxième chaîne en importance, mais elle semble n'avoir jamais produit de rapport national intégré. En 1993, il ne restait plus que deux joueurs importants, ce qui, pour autant que nous sachions, est encore le cas de nos jours. South & Walker/Infohouse, une société créée par un ancien employé de Nielsen qui avait auparavant négocié avec Coles pour le compte de Nielsen, a conclu une convention de mandat avec Coles, la chaîne la plus importante. Nielsen a conclu des ententes exclusives avec la majorité des autres détaillants et sollicitera activement Coles à l'expiration de son contrat avec South & Walker. Un petit nombre de détaillants vendent toujours leurs données directement aux

⁸⁶ Le marché australien de la vente au détail se caractérise par une concentration encore plus grande qu'au Canada, les deux principales sociétés accaparant plus de 50 p. 100 des affaires.

fabricants. Tant Nielsen que South & Walker vendent des données de compte majeur à l'égard des détaillants liés par contrat et publient des rapports nationaux intégrés. Selon M. Kretch, en 1993, Nielsen exerçait la plus grande partie des activités d'intégration de données. Seulement 10 p. 100 environ des fabricants intégraient les données eux-mêmes à l'interne et ce pourcentage diminuait.

La preuve afférente à la situation en Australie soulève deux questions. Premièrement, peut-on en tirer quelque conclusion concernant l'effet des clauses d'exclusivité sur les conditions d'entrée dans le marché canadien? Deuxièmement, est-ce qu'il en ressort un résultat souhaitable par rapport à la situation actuelle au Canada et à ce qui arriverait si l'on mettait fin aux contrats exclusifs?

Tout d'abord, on constate que les conventions de mandat pour les données qui sont conclues en Australie ne sont pas l'équivalent des contrats exclusifs de Nielsen au Canada. En Australie, les sommes versées en application des conventions de mandat varient. Aux termes des contrats conclus par Nielsen, une somme est payée à l'avance au détaillant et les revenus tirés de la vente aux fabricants sont partagés entre le détaillant et Nielsen. Les contrats exclusifs conclus au Canada par Nielsen prévoient le versement de sommes déterminées, sauf en ce qui concerne le partage des revenus afférents aux données de compte majeur une fois qu'un certain niveau de ventes a été atteint. Un nouveau venu sur le marché canadien devrait vraisemblablement offrir des sommes fixes plutôt que le partage des revenus, surtout parce que les détaillants jugeraient plus risqué de faire affaire avec lui que de continuer de faire affaire avec la même société. En outre, les deux principaux détaillants semblent avoir établi les paramètres applicables dans le

secteur des services de suivi du marché en Australie et conservé une maîtrise beaucoup plus grande que ce qui a pu être observé au Canada. Les rôles respectifs des détaillants et des sociétés qui fournissent des services de suivi du marché sont donc très différents en Australie et au Canada. Une différence plus importante réside dans le fait que les rapports nationaux sont établis au Canada par un fournisseur qui a directement accès à toutes les données. Un nouveau venu aurait très peu de crédibilité s'il devait présenter des offres de contrats exclusifs à des détaillants individuels et compter sur la négociation avec Nielsen pour obtenir les données manquantes en vue de l'établissement d'un rapport national. Pour ces motifs, la possibilité que deux fournisseurs ou plus se partagent les contrats exclusifs avec les détaillants est moins grande au Canada qu'en Australie.

De plus, comme le montre la preuve, la concentration s'est accrue sur le marché australien au cours de la période en cause, au lieu de diminuer. Le nombre de fournisseurs de services de suivi du marché en Australie est en baisse, tout comme le nombre de fabricants intégrant eux-mêmes leurs données. Si Nielsen réussit à signer un contrat avec Coles à l'expiration du contrat liant actuellement cette dernière, elle pourrait bien devenir le seul fournisseur dans ce pays. M. Kretch a également fait mention de la Nouvelle-Zélande, où un type similaire de convention de mandat est utilisé. En Nouvelle-Zélande, Nielsen est le seul intermédiaire en cause et le seul fournisseur de services.

L'analyse de M. Winter est particulièrement appropriée en ce qui concerne la possibilité d'une entrée progressive d'IRI sur le marché à mesure que les contrats de Nielsen avec des détaillants individuels expireront, de même qu'en ce qui a trait aux leçons qu'il convient de tirer

de l'expérience australienne. M. Winter s'appuie sur le principe que les bénéfices d'un monopoliste tendent à être plus importants que les bénéfices jumelés de deux sociétés, car la concurrence entre celles-ci a pour effet d'abaisser les prix et d'augmenter les coûts sans que les ventes ne s'accroissent d'autant. Les experts de la défenderesse ne contestent pas cette assertion.

M. Winter le reconnaît, ce principe ne vaut que lorsque les sociétés en cause offrent des produits très semblables. Il conclut que tel est le cas en l'espèce à l'égard des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique offerts par Nielsen et par IRI (sur la base de son produit américain). Bien qu'il ne prétende pas avoir étudié la question, M. Mathewson se dit d'avis que deux éléments de preuve montrent que les produits de Nielsen et d'IRI sont très différents.

Le premier est une lettre datée d'avril 1994 expédiée par M. Daboll, d'IRI, à un détaillant canadien, au sujet de l'issue possible de la présente affaire, disant que [TRADUCTION] « le montant que vous toucherez en échange de vos données prélevées par balayage électronique sera certainement plus élevé dans un contexte concurrentiel que dans le cadre monopoliste actuel⁸⁷. Une lettre semblable a été envoyée à d'autres détaillants canadiens importants. Le second élément correspond à la preuve selon laquelle M. Fulgoni a donné une assurance au même effet, relativement à un contexte de non-exclusivité.

M. Daboll a témoigné que les lettres avaient été envoyées pour tenter [TRADUCTION] « de remédier à ce que nous estimions être la peur de l'inconnu chez les détaillants canadiens qui

⁸⁷ Pièce confidentielle CJ-11, onglet 482.

pouvaient ne pas bien nous connaître ni savoir ce que nous faisons. Nous ne voulions pas qu'ils pensent que nous voulions les mêler d'une façon ou d'une autre au litige actuel »⁸⁸. M. Fulgoni a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Je m'inquiète de ce que les détaillants ont pu être incités à croire que la suppression de ces contrats exclusifs leur ferait perdre beaucoup d'argent. Je suis enclin à penser qu'il s'agit d'une inquiétude qu'ils ont pu avoir. Je crois qu'il est crucial de les rassurer à cet égard »⁸⁹. Nous sommes d'avis que les documents cités sont peu concluants en ce qui concerne la différenciation des produits. La preuve directe provenant de fabricants qui achètent ou ont acheté des produits d'IRI et de Nielsen aux États-Unis ne permet pas de conclure que les produits offerts sont très différents, mais indique plutôt que la concurrence entre les fournisseurs a entraîné la chute des prix et l'amélioration de produits qui sont très semblables⁹⁰.

M. Winter applique le principe relatif à la rentabilité combinée d'un duopole par rapport à un monopole et conclut que, dans un contexte d'accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique, la tendance favorisera l'arrivée et l'établissement d'un fournisseur unique de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Un fournisseur unique peut toujours se permettre d'offrir davantage pour l'accès aux données que la société qui sait qu'elle sera l'un de deux fournisseurs de services concurrentiels.

⁸⁸ Transcription confidentielle, vol. 9 à la p. 512 (27 octobre 1994).

⁸⁹ Transcription confidentielle, vol. 4 à la p. 110 (20 octobre 1994).

⁹⁰ On peut déduire des observations formulées par les dirigeants d'IRI que les sommes versées aux détaillants pourraient être majorées à la suite de la suppression des contrats exclusifs, et que des conséquences défavorables sur le prix des produits pourraient en résulter; cependant, nous sommes persuadés, sur le fondement d'autres éléments de preuve, qu'un tel résultat est très improbable dans un marché libre.

M. Winter poursuit en analysant ce qui, à son avis, arriverait advenant le cas improbable où un nouveau venu sur le marché arracherait un ou plusieurs contrats exclusifs. Comme il le fait remarquer, il en résulterait que deux sociétés détiendraient des données *complémentaires* les unes par rapport aux autres aux fins de la production d'un rapport national (ou, peut-être, de rapports régionaux, selon les données que chacune détient). Comme il le signale, les produits complémentaires des sociétés sont très différents. Les deux sociétés se feraient concurrence seulement au chapitre de la fourniture aux fabricants de services de jumelage des données achetées par ceux-ci aux deux sociétés. Dans un tel contexte, l'analyse de M. Winter des motifs pour lesquels une société monopoliste offrira toujours davantage qu'un nouveau venu sur le marché pose certaines difficultés au Tribunal. M. Winter attribue la diminution des profits, lorsque deux sociétés sont présentes sur le marché, au fait que les profits sont plus élevés dans ce secteur d'activité s'il n'existe qu'une seule société et que la concurrence exerce une pression à la baisse sur les prix et fait diminuer les profits. Ce raisonnement ne vaut que lorsque les entreprises en cause produisent des substituts.

Toutefois, il ressort de l'expérience australienne que la *conclusion* de M. Winter est valable. La concentration accrue observée en Australie dans la fourniture des services de suivi du marché, ainsi que l'existence en Nouvelle-Zélande d'un seul fournisseur de tels services, est compatible avec la conclusion voulant que la formulation d'offres en vue de l'obtention de l'accès exclusif aux données, ou *pour accaparer* le marché, favorise vraisemblablement l'existence d'un seul fournisseur. Il en est ainsi, selon la preuve relative à la situation australienne, parce que les profits globaux sont vraisemblablement moindres lorsque deux sociétés ou plus contrôlent chacune des données différentes. En effet, elles doivent se faire concurrence pour créer un

ensemble de données nationales, et l'obligation d'intégrer des ensembles de données complémentaires débouche sur un produit inférieur obtenu à un coût supérieur.

Selon le témoignage de M. Kretch concernant l'expérience australienne, l'intégration de données prélevées par balayage électronique provenant de différentes sources est compliquée du fait que les données se fondent sur des échantillons. Ainsi, quiconque achète des données se rapportant, par exemple, à Coles, doit tenir pour acquis que l'échantillon créé par South & Walker pour le prélèvement des données est représentatif et doit intégrer les données à un rapport national ou régional en se fondant sur cet échantillon initial. Comme il est l'utilisateur final des données, le fabricant dispose de certains moyens pour s'assurer de la fiabilité des données, en ce qui concerne ses propres produits, en effectuant une contre-vérification à partir de ses dossiers. Il est toutefois indéniable que l'opération comporte des difficultés.

Outre la question de la fiabilité des échantillons, l'intégration des données prélevées par différentes entreprises comporte d'autres difficultés lorsque chacune de celles-ci utilise un dictionnaire différent pour obtenir, à partir du symbole CUP, la description détaillée du produit. La société qui intègre les données doit être en mesure de relever les bons totaux par marque et par catégorie à partir de ces descriptions. Il n'en résulte probablement pas de frais importants, mais il appert que les opérations sont plus coûteuses lorsqu'une société ne maîtrise ni l'échantillonnage ni le prélèvement des données. M. Kretch le reconnaît, Nielsen elle-même préférerait avoir directement accès aux données de Coles et, de fait, à l'ensemble des données afférentes aux détaillants australiens. Pour elle, la situation en Australie constitue une « anomalie » ou, du moins, elle l'espère.

Vu ce qui précède, le Tribunal conclut qu'il est très improbable qu'IRI offre davantage que Nielsen pour l'accès aux données d'un détaillant en particulier tant que les deux sociétés agiront raisonnablement et seront assez bien informées. Aucune raison ne permet de croire que ces conditions ne sont pas réunies. De plus, même si un mauvais calcul faisait en sorte qu'IRI arrache un contrat exclusif, la tendance à long terme favoriserait toujours l'existence d'un seul fournisseur. Par conséquent, même en retenant le scénario le plus optimiste quant à la possibilité d'une entrée progressive sur le marché canadien, en sorte que le nouveau venu puisse vendre avec profit les données individuelles d'un détaillant, il est probable que Nielsen déloge le nouveau venu à la prochaine occasion.

De fait, la preuve relative à la situation au Canada montre que les perspectives de la vente avec profit des seules données de compte majeur ne sont pas reluisantes. Les ventes totales de données de compte majeur⁹¹ ne représentent que neuf p. cent des revenus de Nielsen en 1994; MarketTrack - Produits d'alimentation compte pour 36 p. 100⁹². Nielsen était également favorisée par le fait qu'elle pouvait offrir des données nationales et régionales à ses acheteurs de données de compte majeur. Il est rare qu'un client n'achète que des données de compte majeur. Selon un document de Nielsen, en 1993, seulement trois des 76 acheteurs de telles données n'avaient pas également recours au service de suivi connexe⁹³. C'est lorsqu'elles peuvent être confrontées avec les données nationales ou régionales que les données de compte majeur sont le plus utiles.

⁹¹ Il n'y a pas de répartition en fonction de la méthode de collecte des données dans les documents de Nielsen, de sorte que le total indiqué grossit les gains provenant de la vente de données de compte majeur *prélevées par balayage électronique*.

⁹² Selon la pièce confidentielle CR-95, onglet 4A.

⁹³ Pièce confidentielle CJ-9, onglet 362.

Par ailleurs, l'ensemble des revenus de Nielsen tirés de la vente de données de compte majeur est peu susceptible d'inciter un nouveau venu à offrir des sommes qui se rapprochent de celles que Nielsen verse actuellement aux détaillants. En 1993, les sommes versées aux détaillants en échange des données prélevées par balayage électronique équivalaient à environ 1,8 fois l'ensemble des revenus globaux afférents aux données de compte majeur pour la même année, ce qui inclut la vente de données non prélevées par balayage électronique⁹⁴. Par ailleurs, en ce qui concerne les coûts, la comparaison ne tient compte que des sommes forfaitaires versées à l'avance (une moyenne étant établie pour la durée du contrat) et des versements annuels. Elle ne prend pas en considération les versements par magasin ni le partage avec les détaillants des revenus tirés des ventes de données de compte majeur. Une stratégie d'entrée progressive sur le marché qui se fonde sur la vente de données de compte majeur n'est pas viable.

Dans son témoignage, M^{me} Guerin-Calvert a émis l'hypothèse qu'ISL, comme avant 1991, détenait encore la « part du lion » pour ce qui est des revenus pouvant être touchés au Canada à partir des données de compte majeur. Cette hypothèse n'est cependant pas pertinente étant donné que le Tribunal a déjà déterminé que les services fondés sur un échantillon permanent de consommateurs, comme ceux d'ISL, ne font pas partie du marché du produit. Nous remarquons toutefois que M^{me} Guerin-Calvert n'a invoqué aucun élément de preuve à l'appui de ses propos. Même si nous avons conclu que les données issues d'un échantillon permanent de consommateurs étaient un substitut des données prélevées par balayage électronique, les éléments de preuve dont nous disposons tendraient à infirmer l'hypothèse de M^{me} Guerin-Calvert; ces éléments de preuve révèlent que les revenus de Nielsen en 1993 provenant des

⁹⁴ Selon les contrats conclus avec des détaillants et déposés en preuve, ainsi que la pièce confidentielle CJ-10, onglet 440.

seules données de compte majeur représentaient plus de la moitié des revenus globaux d'ISL provenant de l'échantillon EPCC et de TradeTrack, conjointement, pour l'exercice clos en septembre 1994.

L'éventualité qu'IRI obtienne suffisamment de contrats exclusifs pour fournir des données régionales est évidemment beaucoup plus ténue que la possibilité qu'elle réussisse à contracter avec un détaillant unique. Si, néanmoins, cela arrivait, il ressort de la preuve relative au produit Ontario ScanTrack de Nielsen, dont l'existence a été brève, qu'il est improbable que la vente de données régionales seulement soit plus rentable que la vente de données de compte majeur uniquement. Un autre document de Nielsen montre que, en 1993, seulement 20 clients ont fait l'achat de données régionales seulement, tandis que plus de 100 ont fait l'acquisition de données nationales ou d'une combinaison de données régionales et de données nationales⁹⁵.

De nombreux éléments de preuve ont été déposés concernant la situation aux États-Unis, où IRI et Nielsen ont un accès non exclusif aux données des détaillants et se livrent une concurrence féroce pour la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Après comparaison de ces éléments avec ceux relatifs à l'expérience australienne et à la situation actuelle au Canada, nous arrivons à la conclusion que la concurrence ne saurait de toute évidence s'exercer sur le marché en cause qu'en l'absence de clauses d'exclusivité. Les contrats exclusifs de Nielsen et les incitatifs qui les ont précédés ont eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché canadien des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Les contrats à long terme de Nielsen avec ses clients font également obstacle à la concurrence en

⁹⁵ Pièce confidentielle CJ-9, onglet 363.

diminuant sensiblement le volume des affaires qui demeurent à la portée d'un concurrent potentiel. Cette dernière considération n'est cependant importante qu'une fois supprimés les obstacles résultant de la conclusion de contrats exclusifs avec les détaillants. Lorsque le nouveau venu ne peut avoir accès aux éléments requis pour fournir un service de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, à savoir les données en question, il n'importe pas, à ce stade, qu'il soit également empêché par des contrats à long terme d'acquérir une clientèle suffisante pour assurer sa survie.

VIII. MESURES DE REDRESSEMENT

Vu les conclusions tirées précédemment sur le fondement des alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 79(1), le Tribunal est habilité, par le libellé final de cette disposition, à rendre une ordonnance interdisant à la défenderesse de se livrer à la pratique jugée comme une pratique d'agissements anticoncurrentiels. En sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le Tribunal peut rendre une ordonnance en s'appuyant sur le paragraphe 79(2), qui ne fait pas qu'interdire la pratique d'agissements anticoncurrentiels, s'il conclut qu'une ordonnance en vertu du paragraphe (1) n'aurait vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans le marché. En application du paragraphe (2), le Tribunal peut ordonner à la défenderesse de « prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions ». Lorsqu'il rend une ordonnance en application du paragraphe (2), le Tribunal est tenu, aux termes du paragraphe (3), de le faire aux conditions qui, à son avis, « ne porteront atteinte

aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance ».

Les paragraphes (1) et (2) prévoient que le Tribunal « peut » rendre une ordonnance. Cette formulation confère au Tribunal un certain pouvoir discrétionnaire de refuser de rendre une ordonnance malgré ses conclusions, bien que les cas où l'exercice de ce pouvoir est opportun soient certainement rares. Nous n'estimons pas que les faits de la présente affaire justifient pareille abstention. Nous convenons avec la défenderesse qu'il est possible que, même si nous interdisons à Nielsen de recourir aux contrats exclusifs, les détaillants choisissent d'offrir leurs données à un seul acquéreur. Nous ne partageons pas l'avis de la défenderesse selon lequel le directeur doit prouver que l'ordonnance *sera* efficace pour que le Tribunal puisse agir. Même si nous ne saurions affirmer avec certitude que l'ordonnance assurera la concurrence dans le domaine de la fourniture au Canada de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, nous estimons que, sans elle, il n'y a pas et il ne saurait y avoir de concurrence véritable. Nous ferions preuve d'insouciance si nous refusions de rendre une ordonnance simplement parce que le directeur ne peut en garantir l'effet. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis qu'il est improbable que les détaillants insistent pour accorder une exclusivité de fait lorsque Nielsen ne sera plus autorisée à leur offrir des incitatifs à cette fin. Le comportement ultérieur d'IRI à ce chapitre est également crucial et il est abordé à la rubrique intitulée *Engagement d'IRI*.

Le directeur a présenté une ébauche initiale d'ordonnance au début de la plaidoirie, puis une version révisée une fois celle-ci terminée. La défenderesse et les intervenants ont eu l'occasion de faire des observations sur la teneur des deux ébauches. Dans les présents motifs, l'accent est mis sur les principales questions en litige et sur les principales modifications à l'ébauche proposée par le directeur qui découlent de nos conclusions. Premièrement, nous examinerons la question de l'identité des personnes visées par l'ordonnance et l'engagement d'IRI, puis nous aborderons les questions que soulève la mesure de redressement demandée en ce qui concerne les contrats avec les détaillants, les contrats avec les fabricants et, enfin, les données antérieures.

Sauf en ce qui a trait aux données antérieures, nous estimons que les questions ont fait l'objet d'une analyse approfondie en plaidoirie, en sorte qu'une ordonnance se rapportant aux autres questions sera rendue séparément, de pair avec les présents motifs. L'ordonnance prendra effet dès son prononcé.

Pour ce qui concerne les données antérieures, nous aimerions que les avocats formulent des observations supplémentaires. À cet égard, nous avons inséré dans les présents motifs l'ébauche d'une disposition portant sur les données antérieures. Nous demandons aux avocats d'en discuter et de faire savoir au Tribunal s'ils souhaitent formuler des observations écrites ou se présenter à nouveau devant le Tribunal, ou les deux. Les observations écrites devront être signifiées et produites au plus tard le 15 septembre 1995 de façon que toute plaidoirie supplémentaire devant le Tribunal ait lieu au cours de la semaine du 18 septembre 1995. Une ordonnance concernant les données antérieures sera rendue dès que possible à l'issue de la

plaidoirie supplémentaire et sera rétroactivement intégrée à l'ordonnance initiale pour prendre effet à la date de celle-ci.

A. Personnes visées par l'ordonnance

Nous préférons que l'ordonnance renvoie à la défenderesse seulement, plutôt que [TRADUCTION] « la défenderesse, ses affiliées, ses dirigeants et ses mandataires », comme le propose le directeur dans son ébauche. Nous tenons à préciser que, ce faisant, notre intention n'est pas de restreindre la portée de l'ordonnance. En termes simples, nous estimons que l'énumération est inutile, car la responsabilité de la défenderesse serait engagée si une autre personne qu'elle violait l'ordonnance avec son aval ou conformément à ses instructions.

B. Engagement d'IRI

Comme IRI n'est pas une partie aux présentes procédures, nous n'avons pas le pouvoir de lui ordonner quoi que ce soit. Nous prenons acte de l'engagement de M. Fulgoni, au nom d'IRI, envers le Tribunal, selon lequel IRI s'abstiendra de conclure des ententes exclusives avec des détaillants s'il est interdit à Nielsen de le faire. Nous confirmons en avoir tenu compte pour décider des mesures de redressement qui s'imposent. Comme le montre la suite de nos motifs, nous avons certainement, entre autres, interdit à Nielsen de conclure des contrats exclusifs. Nous sommes confiants qu'IRI, en tant que société ouverte de bonne réputation, respectera son engagement. Même si nous nous refusons à l'intégrer à l'ordonnance comme telle, l'engagement est compris dans le préambule de celle-ci.

C. Contrats avec les détaillants

La mesure de redressement afférente aux contrats avec les détaillants comporte deux volets : les contrats éventuels et les contrats existants. Il est désormais interdit à Nielsen de conclure tout contrat qui empêche, en totalité ou en partie, un détaillant de communiquer à un tiers ses données prélevées par balayage électronique et ses données causales nécessaires à la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, ainsi que d'offrir à un détaillant des incitatifs afin qu'il limite ou interdise ainsi l'accès à ses données. L'ordonnance vise à la fois les clauses d'exclusivité comme telles, que l'on retrouve dans la plupart des contrats actuels de Nielsen avec les détaillants, et toute autre clause qui, comme celle relative à la qualité de « fournisseur privilégié » (mentionnée précédemment), atteint indirectement le même objectif, ainsi que, dans la même foulée, tout incitatif direct ou indirect visant l'exclusivité.

Il est également interdit à Nielsen, au cours de la période de 24 mois qui suit la date de l'ordonnance, de conclure des contrats qui renferment une clause « de la nation la plus favorisée » (« NPF »). Aux termes d'une telle clause, le détaillant s'engage à ne pas communiquer ses données à un tiers à des conditions plus favorables que celles consenties à Nielsen. Deux contrats récemment conclus avec des détaillants renferment une clause de ce genre.

Nous n'avons pas traité de ces clauses dans le cadre de notre analyse des agissements anticoncurrentiels, car, étant donné que les contrats en cause renferment également des clauses relatives à la qualité de « fournisseur privilégié », les clauses NPF sont en l'espèce redondantes.

Cependant, la concurrence ne sera pas rétablie dans le marché de la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique s'il est permis à Nielsen de stipuler ce genre de clauses dans ses contrats ultérieurs. La clause NPF fait en sorte que Nielsen détermine ce qu'un concurrent potentiel devra payer pour obtenir les données. Elle pourrait donc être utilisée par Nielsen pour inciter le détaillant à accorder un accès exclusif à ses données, car elle lui permet de fixer, à l'égard des données, un prix plus élevé que celui qu'un rival accepterait selon elle de payer.

Toutefois, il n'y a aucun motif de s'opposer à une clause NPF une fois qu'un deuxième fournisseur de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique sera établi dans le marché. Il serait injuste de forcer Nielsen à affronter un concurrent qui aurait le loisir de recourir à une clause NPF alors qu'il lui serait interdit à tout jamais de le faire. Une ordonnance dont la période de validité est limitée tiendrait compte de l'exigence prévue au paragraphe 79(3), c'est-à-dire ne pas ordonner davantage que ce qui est nécessaire pour résoudre le problème. Par conséquent, nous avons limité la durée d'application de cette interdiction.

Dans les différentes dispositions de l'ordonnance qui se rapportent aux contrats avec les détaillants, nous avons inclus les données causales, car il ressort clairement de la preuve que l'accès à ces données est essentiel à la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique et, par conséquent, au rétablissement de la concurrence dans le marché. Nous agirions de façon irresponsable si nous omettions de faire en sorte que ces renseignements, tout comme les données prélevées par balayage électronique, ne

soient plus seulement à la portée de Nielsen. En règle générale, les clauses d'exclusivité des contrats actuels de Nielsen conclus avec des détaillants sont suffisamment larges pour restreindre la communication des données causales. Les données prélevées par balayage électronique étant elles-mêmes hors de portée, il n'est pas étonnant qu'aucun élément de preuve n'établisse que Nielsen a tenté d'empêcher un détaillant de communiquer des données causales à un tiers. L'intérêt qu'aurait Nielsen à appliquer ces dispositions serait sans aucun doute modifié dans l'éventualité d'une lutte concurrentielle avec un autre fournisseur de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique.

Nous avons expressément restreint la portée de l'ordonnance de façon qu'elle ne s'applique qu'aux données prélevées par balayage électronique et aux données causales. L'ébauche présentée par le directeur est libellée de façon générale et pourrait être interprétée de façon à interdire les contrats exclusifs non seulement à l'égard de ces données, mais également à l'égard des données afférentes aux retraits des entrepôts et à la vérification en magasin qui peuvent être utilisées pour « combler les lacunes » des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Il se peut que ces autres données soient nécessaires pour fournir des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada étant donné le niveau actuel de pénétration du balayage électronique. Toutefois, on ne saurait prétendre que l'intégration de ces données à l'ordonnance a fait l'objet d'un débat en l'espèce. La demande initiale ne faisait mention que des seules données prélevées par balayage électronique. Lorsque le directeur a présenté une requête afin de modifier sa demande, il n'a renvoyé qu'à la nécessité que l'ordonnance vise autant les données causales que les données prélevées par balayage électronique. S'il estimait que les données issues de la

vérification en magasin et de l'observation des retraits des entrepôts devaient également être comprises, il aurait dû le préciser. La défenderesse n'a pas été informée, ni alors, ni par la suite, que ces données étaient en cause.

Dans toutes les dispositions relatives aux contrats avec les détaillants, l'ébauche du directeur renvoie généralement à [TRADUCTION] « un fournisseur de données de détaillant prélevées par balayage électronique ». Nous avons libellé l'ordonnance de façon qu'elle ne s'applique qu'aux fournisseurs de telles données dans les réseaux de distribution des produits d'alimentation ou pharmaceutiques. L'un des principaux motifs qui sous-tendent la demande est que Nielsen a empêché l'accès au marché de la fourniture des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique en limitant l'accès aux données des détaillants en alimentation et des pharmacies au détail par le recours à des clauses d'exclusivité et à des incitatifs connexes. Il n'a pas été allégué ni prouvé que Nielsen a conclu des ententes exclusives dans le réseau des grandes surfaces ou autres. Nous ne pouvons interdire à Nielsen de le faire, étant donné qu'aucun agissement anticoncurrentiel n'est allégué ni prouvé. Comme aucune observation n'a été faite devant nous concernant le rôle des autres réseaux une fois les clauses d'exclusivité supprimées à l'égard des réseaux des épiceries et des pharmacies, nous n'avons aucun motif d'agir en application du paragraphe 79(2).

En ce qui concerne les contrats existants avec les détaillants, il est interdit à Nielsen d'appliquer les dispositions de ces contrats qui ont pour effet d'empêcher, en totalité ou en partie, un détaillant de communiquer à un tiers ses données prélevées par balayage électronique et ses données causales nécessaires à la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données

prélevées par balayage électronique. Les incitatifs à l'octroi d'un accès exclusif prévus dans les contrats actuels posent quelque peu des difficultés. La plupart des contrats de Nielsen prévoient un versement unique en échange des données et de l'accès exclusif à celles-ci. Le directeur n'a pas demandé au Tribunal de statuer sur les incitatifs tacites que renferment les contrats actuels avec les détaillants et, dans les faits, il serait difficile de le faire étant donné la nature mixte des versements.

Une fois les clauses d'exclusivité existantes rendues inopérantes par l'ordonnance, on ne saurait dire avec certitude quelle sera la valeur juridique des conditions relatives au paiement et des autres clauses du contrat. Cette question n'est pas de notre ressort. Nous constatons toutefois que deux problèmes pourraient résulter de la radiation des clauses d'exclusivité sans modification des clauses existantes relatives aux versements, de sorte que Nielsen peut choisir, ou être tenue par le droit contractuel, de continuer d'effectuer ces versements aux détaillants.

La première difficulté est la suivante. Même si les détaillants seraient en mesure d'augmenter leurs revenus à court terme en vendant leurs données à IRI tout en bénéficiant des versements actuels effectués par Nielsen, ils peuvent choisir de renoncer au surplus provenant d'IRI s'ils estiment que faire affaire avec IRI pourrait à long terme réduire leurs gains. Il en résulterait à tout le moins une certaine exclusivité de fait. À ce jour, le directeur n'a pas demandé au Tribunal de radier les clauses de paiement. Le directeur et IRI semblent convaincus que les détaillants réserveront un accueil favorable aux incitatifs financiers d'IRI. Dans les circonstances, nous n'avons pas accordé davantage que la mesure de redressement demandée.

La deuxième difficulté réside dans le fait que Nielsen pourrait devoir poursuivre ses versements actuels sans bénéficier de l'exclusivité visée par ceux-ci, tandis que son concurrent effectuerait des versements moindres. Nous nous abstenons de toute remarque quant à savoir s'il s'agit ou non d'une préoccupation légitime qui ressortit au Tribunal étant donné qu'aucune observation n'a été formulée devant nous à ce sujet. L'avocat de Nielsen a précisé que sa cliente préférerait que le Tribunal ne statue pas sur les clauses de paiement, et nous ne l'avons pas fait.

D. Contrats avec les fabricants

Les contrats de Nielsen avec des fabricants sont pertinents dans la mesure où les sources de données prélevées par balayage électronique et de données causales ne font plus l'objet de clauses d'exclusivité et qu'il est à tout le moins possible qu'une autre société fournisse des services de suivi du marché fondés sur les données prélevées par balayage électronique. Le nouveau fournisseur doit alors trouver suffisamment de débouchés pour justifier un investissement dans les données et dans l'infrastructure qui permet de traiter celles-ci et de vendre un service de suivi du marché. Nous arrivons à la conclusion que le comportement de Nielsen qui consiste à conclure avec un certain nombre de ses clients des contrats de trois ans ou plus constitue un agissement anticoncurrentiel. Au lieu d'interdire ce seul comportement en application du paragraphe 79(1), le Tribunal juge que les conditions actuelles du marché en cause justifient le prononcé d'une ordonnance visant tous les contrats de Nielsen avec des clients, quelle que soit leur durée, en application du paragraphe 79(2). Nous ne croyons pas que mettre l'accent seulement sur les contrats d'une durée de trois ans ou plus aura vraisemblablement pour effet de rétablir la concurrence dans le marché.

À ce stade, Nielsen, qui est déjà en place, bénéficie d'un net avantage par rapport au nouveau venu qui tente de s'imposer comme fournisseur de services de suivi du marché. Si l'ordonnance ne visait que les contrats de trois ans ou plus, la partie de l'assiette des revenus qui correspond aux contrats d'un an ou de deux ans, soit une partie importante, demeurerait acquise à Nielsen. Cette dernière serait en meilleure position qu'IRI pour obtenir le renouvellement de ces contrats, comme c'est le cas pour tous ses contrats existants, à leur expiration. Nielsen est depuis longtemps le seul fournisseur de services de suivi du marché auprès de ses clients. Elle détient les contrats existants et sait exactement à quel moment chacun d'eux expire et peut planifier ses activités de renouvellement en conséquence. Afin d'accroître ses chances d'entrer dans le marché et d'y demeurer, IRI doit pouvoir présenter une offre non seulement en ce qui concerne l'objet des contrats à plus court terme, mais aussi relativement à l'objet des contrats à plus long terme. L'ordonnance fait donc en sorte que tous les contrats de Nielsen avec des fabricants redeviennent des contrats à « reconduction tacite » comme c'était le cas avant que Nielsen ne lie ses clients par des contrats d'une durée maximale.

Aux termes des seuls contrats antérieurs qui ont été portés à notre connaissance au cours des procédures, le client pouvait mettre fin à ses achats moyennant un préavis de huit mois. Nous reconnaissons que ce délai est nécessaire pour que Nielsen procède à certains ajustements lorsqu'un client décide de cesser de recourir à un service en particulier. En conséquence, l'ordonnance prévoit que tous les clients actuels ont la faculté de mettre fin à leurs achats de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, auprès de Nielsen, moyennant un préavis de huit mois. Afin d'éviter que les clients ne soient incités à ne

pas résilier leurs contrats, l'ordonnance prévoit également que la remise d'un préavis n'entraînera pas la perte des avantages consentis.

Par ailleurs, pour ce qui concerne les contrats qui pourraient être conclus ultérieurement avec les fabricants, l'avocat du directeur confirme que l'ébauche proposée par ce dernier ne vise que les contrats existants. Selon le directeur, il n'est pas nécessaire que l'ordonnance s'applique aux contrats ultérieurs, étant donné que grâce à la suppression de l'exclusivité, IRI sera en mesure d'entreprendre la commercialisation de son produit. Fait important, IRI elle-même n'est pas certaine d'avoir, dans l'immédiat, la crédibilité nécessaire pour convaincre les fabricants d'attendre plusieurs mois et de donner un préavis, de façon à faire affaire avec elle une fois qu'elle sera en activité. IRI craint que les fabricants ne soient pas disposés à attendre et choisissent plutôt de signer des contrats à long terme avec Nielsen. L'avocat d'IRI recommande que l'ordonnance dispose que tous les contrats conclus par Nielsen avec des fabricants pendant les 18 mois qui suivent la date de l'ordonnance puissent être résiliés, au gré du fabricant, moyennant un préavis de huit mois. Il admet ne pas pouvoir dire avec certitude qu'en l'absence d'une telle mesure IRI serait incapable d'entrer dans le marché, mais il soutient que, vu la stratégie établie de Nielsen qui consiste à conclure avec ses clients des contrats à long terme afin de tenir IRI à l'écart du marché et le fait que Nielsen est actuellement le seul fournisseur, le Tribunal devrait faire une entorse à la règle afin de créer un contexte favorable à l'entrée.

Il importe de signaler que nul ne prétend que la conclusion de contrats à long terme avec les fabricants devrait être interdite à tout jamais. Dès le moment où deux fournisseurs seront

présents sur le marché, de tels contrats traduiront simplement la négociation entre le fournisseur et le fabricant et n'auront aucun effet défavorable sur la concurrence.

Le directeur ne partage pas l'avis d'IRI, car il semble croire que cette dernière jouira d'une crédibilité immédiate auprès des fabricants une fois l'ordonnance rendue, en sorte que les conditions propices à la concurrence auront cours très rapidement sur le marché. Nous ne sommes pas d'accord. Le Tribunal estime que, même si IRI aura une certaine crédibilité après le prononcé de l'ordonnance, elle demeurera sensiblement défavorisée par rapport à Nielsen lors de la concurrence initiale pour le recrutement de clients. Dans les mois qui suivront le prononcé de l'ordonnance, la crédibilité d'IRI augmentera, si tout se passe bien, et son désavantage diminuera d'autant. À l'instar de l'avocat d'IRI, nous convenons qu'il existe une possibilité distincte que Nielsen profite du désavantage initial d'IRI pour lier par contrat suffisamment de clients de façon que la tentative d'IRI d'entrer dans le marché échoue. Il s'agit, selon nous, d'une inquiétude majeure.

Par ailleurs, si le directeur a raison et qu'il s'avère qu'une ordonnance visant les contrats ultérieurs est inutile, les fabricants devront seulement attendre un certain temps avant de tirer pleinement avantage d'un contrat à long terme avec Nielsen. Nous ne croyons pas qu'une disposition se rapportant aux contrats ultérieurs avec les fabricants puisse infliger à Nielsen un préjudice inutile. Bien que celle-ci ne pourra pas offrir de contrats à plus long terme dans l'immédiat, elle pourra faire face à la concurrence exercée par IRI en offrant à ses clients des avantages au chapitre des services et des prix. Un tel résultat est conforme avec l'objet de l'ordonnance.

Il convient de signaler l'argument de la défenderesse selon lequel l'intervenante ne peut demander une « nouvelle » mesure de redressement non énoncée dans la demande du directeur.

Nous ne remettons pas en question les termes employés par le Tribunal dans la décision

NutraSweet :

Dans la formulation d'une ordonnance appropriée, le Tribunal estime devoir se limiter essentiellement au genre d'ordonnances requises par le directeur dans sa demande originale avec les modifications qui peuvent être justement considérées avoir été en cause dans la présente affaire. Bien que d'autres réparations aient été envisagées au cours des arguments, aucune modification relative à la demande n'a été requise à cet égard. Il ne serait pas juste qu'une réparation dont la défenderesse n'a pas été formellement avisée lui soit maintenant imposée. En outre, quoi que Tosoh [l'intervenante] ait proposé diverses autres réparations, cette société n'est pas une partie et ne peut définir les questions, notamment celle des réparations qui sont demandées⁹⁶.

Toutefois, nous sommes d'avis que tous les volets des contrats de Nielsen avec les fabricants, relatifs aux services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, font manifestement l'objet du litige depuis le tout début. La défenderesse ne s'expose à aucune injustice. IRI a obtenu l'autorisation d'intervenir afin de formuler des observations en partie parce que sa présence au sein de l'industrie lui confère un point de vue unique, différent de celui du directeur, ce qui rend ses observations particulièrement utiles. En l'espèce, le Tribunal est convaincu, sur le fondement de ces observations, que la mesure de redressement demandée par le directeur n'est pas suffisante en ce qui concerne les contrats avec les fabricants. Le Tribunal doit avoir la souplesse requise pour modifier les mesures de redressement qui lui sont proposées afin de rendre une ordonnance qui, selon lui, sera efficace. Comme nous sommes appelés à statuer sur le fondement du paragraphe 79(2) relativement aux contrats avec les fabricants, il s'ensuit qu'il doit s'agir d'une ordonnance qui, à notre avis, aura pour effet « d'enrayer les effets de la pratique » sur le marché en question. Vu les inquiétudes

⁹⁶ *NutraSweet*, *supra* note 2 à la p. 114 (aux pp. 57-58 dans la version anglaise publiée).

mentionnées précédemment, il serait négligent de notre part de ne pas tenter de rendre une ordonnance qui remédie à la situation appréhendée. Signalons également que nous avons refusé de prendre en considération d'autres mesures de redressement proposées par IRI parce qu'elles allaient au-delà des questions en litige.

Partant, l'ordonnance prévoit l'application d'un préavis de huit mois non seulement à l'égard des contrats existants avec les fabricants, mais également à l'égard des contrats conclus par Nielsen avec des fabricants au cours des 18 mois qui suivent le prononcé de l'ordonnance.

E. Données antérieures prélevées par balayage électronique

1) Analyse et conclusions

Pour entrer dans le marché canadien de la fourniture des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique, un concurrent potentiel de Nielsen doit non seulement avoir accès aux données actuelles et ultérieures, mais également aux données antérieures. Il est essentiel selon nous, pour rétablir la concurrence dans le marché, de rendre une ordonnance qui prévoit la communication par Nielsen des données antérieures qui ne peuvent être obtenues directement auprès des détaillants. Le directeur demande que Nielsen soit tenue, aux termes de l'ordonnance, de communiquer à IRI, à la demande du détaillant, les données antérieures afférentes à une période de 15 mois que ce dernier n'a pas conservées. Selon leur témoignage, les fabricants qui achètent les services de suivi du marché ont besoin de données antérieures visant une période d'au moins un an pour tenir compte des écarts saisonniers dans la

vente de leurs produits. IRI étant disposée à rétribuer les détaillants pour les données afférentes à une période de 15 mois, nous concluons sans hésitation que les données antérieures correspondant à une telle période sont nécessaires.

Nous avons libellé cette partie de l'ordonnance de façon que ses dispositions n'infligent pas de préjudice inutile à Nielsen. Nul ne conteste qu'un fournisseur de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique a besoin de données antérieures. Par ailleurs, aucun élément de l'ordonnance proposée n'aurait pour effet de donner un « coup de pouce » à IRI aux frais de Nielsen. IRI devra indemniser les détaillants pour toutes données antérieures qu'elle obtient d'eux ou de Nielsen avec leur consentement.

Nielsen soulève deux inquiétudes concernant la communication de données antérieures à IRI. D'emblée, nous précisons qu'une telle communication n'aura lieu que si le détaillant n'a pas conservé ses propres données antérieures et qu'il enjoint à Nielsen de les mettre à la disposition d'IRI.

La première inquiétude de Nielsen tient au fait qu'elle ne devrait pas être tenue de remettre à IRI ou à qui que ce soit d'autre le « fruit de son labeur ». Lorsqu'elle reçoit les rubans des détaillants, les données prélevées par balayage électronique font l'objet d'un traitement ou d'une « épuration ». Par conséquent, les données antérieures qui sont actuellement accessibles ne sont pas les données brutes communiquées par les détaillants, mais bien les données « épurées ». Un document de Nielsen décrit les étapes de la « saisie » des données du détaillant prélevées par

balayage électronique à partir de leur réception⁹⁷. Cette opération comprend la réception des données, l'utilisation des données, le codage, la vérification du prix et la vérification de la quantité.

La deuxième inquiétude de Nielsen est que la remise à IRI d'une copie du ruban du détaillant aurait pour effet de dévoiler son plan d'échantillonnage à l'égard de ce détaillant. Pour Nielsen, son plan d'échantillonnage lui appartient en propre et constitue un « secret commercial important ». Les magasins dont les données figurent sur le ruban constituent l'échantillon représentatif de Nielsen pour le détaillant en cause. C'est ce qu'ont confirmé les représentants d'Overwaitea et de Provigo. L'expérience d'A & P aux États-Unis révèle que le plan d'échantillonnage de Nielsen afférent à un détaillant donné peut être différent de celui d'IRI. Gerald Good a témoigné qu'A & P n'envoie pas de rubans identiques aux deux fournisseurs de services aux États-Unis.

Le Tribunal convient qu'IRI devrait partager tous les frais, appuyés de pièces justificatives, engagés par Nielsen pour épurer les données reçues des détaillants. Il est presque certain que ces frais seront minimes par rapport au coût total afférent à la fourniture de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. De l'avis du Tribunal, il est raisonnable qu'IRI paie 50 p. 100 des frais, appuyés de pièces justificatives, engagés par Nielsen pour épurer les données en question. Comme l'a initialement proposé le directeur, IRI assume la totalité des frais supplémentaires, tels ceux liés à la copie des rubans, que Nielsen engage uniquement dans le but de lui communiquer les données.

⁹⁷ Pièce confidentielle CJ-11, onglet 487 aux pp. 240-41.

Bien que certaines parties visant des détaillants en particulier puissent être portées à la connaissance d'IRI, il est très improbable que tous les paramètres de l'échantillonnage de Nielsen le soient. Ceux-ci ne pourraient être dévoilés en entier que si *aucun* des détaillants n'avait conservé de données antérieures. La preuve révèle qu'à tout le moins certains détaillants conservent habituellement leurs données pendant deux ans. Quoi qu'il en soit, nous ne voyons pas quel avantage concurrentiel pourrait obtenir IRI en prenant connaissance du nom de certains des magasins compris dans l'échantillon de Nielsen. Tout avantage éventuel serait également conféré à Nielsen puisque celle-ci saurait également qu'IRI a dû inclure les mêmes magasins dans son échantillon.

Compte tenu de l'expérience qu'elle a acquise aux États-Unis, IRI est manifestement en mesure d'établir ses propres paramètres d'échantillonnage et, de fait, son président nie avoir quelque intention de connaître ceux de Nielsen. De plus, selon le témoignage non contredit de M. Daboll, d'IRI, Nielsen devrait pouvoir protéger son plan d'échantillonnage en dissimulant certaines informations au moment de communiquer les données. Comme Nielsen pourrait décider de le faire et que certains frais pourraient être engagés à cet égard, le Tribunal juge opportun de prévoir le recouvrement de ces coûts dans l'ordonnance.

Un dernier point concernant cette question se rapporte au moment à partir duquel doit être calculée la période de 15 mois pour laquelle des données antérieures doivent être communiquées. Selon IRI, il lui faudra entre six et neuf mois, après le prononcé d'une ordonnance favorable par le Tribunal, pour mener à terme les démarches nécessaires à son entrée dans le marché canadien. Le Tribunal arrive à la conclusion que l'ordonnance doit être libellée de façon à accorder à IRI un délai d'au plus neuf mois. Ce délai semble raisonnable dans les circonstances. Par conséquent, l'ordonnance devrait prévoir que, lorsque les données antérieures

ne peuvent être obtenues du détaillant, IRI peut présenter à Nielsen, au cours des neuf mois qui suivent le prononcé de l'ordonnance, une demande afin d'obtenir des données antérieures couvrant une période de 15 mois calculée à partir de la date de la demande.

2) Projet d'ordonnance

Les avocats sont invités à formuler des observations au sujet du projet de disposition qui suit :

Données antérieures prélevées par balayage électronique

(1) La présente disposition demeure applicable neuf mois à partir de la date de la présente ordonnance.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), à la demande d'IRI et si un fournisseur de données de détaillant qui n'a pas conservé ses propres données antérieures prélevées par balayage électronique pour la période considérée lui enjoint de le faire, la défenderesse fournit à IRI les données antérieures prélevées par balayage électronique qu'elle détient relativement à ce fournisseur de données de détaillant, pour la période de 15 mois qui précède la demande formulée par IRI, que les données revêtent ou non la forme initiale qu'elles avaient au moment de leur remise par le détaillant. La défenderesse peut prendre des mesures raisonnables pour épurer ses données antérieures afin de protéger son plan d'échantillonnage et les données connexes exclusives.

(3) La défenderesse n'est tenue de donner suite à la demande d'IRI que si cette dernière accepte ce qui suit :

- a) payer 50 p. 100 des frais raisonnables, moyennant justificatifs, déjà engagés par la défenderesse pour épurer les données antérieures prélevées par balayage électronique lorsque celles-ci ne revêtent plus leur forme initiale;
- b) payer 100 p. 100 des frais raisonnables engagés par la défenderesse pour communiquer les données à IRI;
- c) payer 100 p. 100 des frais raisonnables, moyennant justificatifs, engagés par la défenderesse pour manipuler ou remettre en forme les données antérieures prélevées par balayage électronique afin de dissimuler son plan d'échantillonnage avant la remise des données à IRI.

(4) En cas de désaccord quant à la portée de la présente disposition, le directeur ou la défenderesse peut demander au Tribunal d'émettre d'autres directives.

POUR CES MOTIFS, le Tribunal rend l'ordonnance ci-jointe.

FAIT à Ottawa, ce 30^e jour du mois d'août 1995.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) W.P. McKeown _____
W.P. McKeown