

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

**VERSION PUBLIQUE
TRADUCTION OFFICIELLE RÉVISÉE¹**

Référence : *Canada (Commissaire de la concurrence) c Cineplex Inc*, 2024 Trib conc 5

N° de dossier : CT-2023-003

N° de document du greffe : 88

DANS L’AFFAIRE DE la demande du commissaire de la concurrence visant à obtenir une ordonnance fondée sur les articles 74.01 et 74.1 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34;

ENTRE :

Commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Cineplex Inc.
(défenderesse)



Dates d’audience : 14-16, 20-21 et 28-29 février 2024

En présence de : M. le juge Andrew D. Little (président)

Date des motifs et de l’ordonnance : Le 23 septembre 2024

MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE

¹ Traduction officielle révisée en date du 7 février 2025.

Table des matières

I. Les parties	4
II. La demande	4
III. La preuve	6
A. Les témoins	6
B. Évaluation des témoins des faits	7
C. Évaluation de la preuve vidéo	8
D. Les témoins experts	10
(1) Le critère juridique relatif à l'admissibilité	10
(2) Les experts du commissaire	12
(3) L'expert de Cineplex	30
IV. Les constatations factuelles	35
A. Les billets et la sélection de sièges	36
B. Le compte Cineplex Connect, Scène+ et CinéClub	36
C. Les frais de gestion en ligne	37
D. Les ventes de billets de cinéma	39
E. Le contenu pertinent de cineplex.com et de l'application	40
F. Le défilement et les renseignements au-dessus et au-dessous du pli	47
G. Le compte à rebours sur le ruban flottant	48
H. Les pages de conversion	49
I. Ce que voient les utilisateurs du site Web	51
J. Les statistiques relatives au site Web	53
K. Les autres aspects du témoignage de M. McGrath concernant le site Web et l'application	54
L. Le début du processus d'achat sur le site Web et l'application	56
V. Les dispositions applicables de la <i>Loi sur la concurrence</i>	59
A. Les dispositions relatives aux comportements susceptibles d'examen	59
B. Les objectifs de la <i>Loi sur la concurrence</i> et des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses figurant à l'article 74.01	60
C. Le fardeau de la preuve et la nature du comportement susceptible d'examen visé à la partie VII.1 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	65
VI. LES INDICATIONS	66
A. Les indications données sur le site Web et l'application de Cineplex	66
B. Le sens littéral des indications et l'impression générale qu'elles donnent	67
(1) Les critères juridiques applicables	67

(2) L'application des critères juridiques.....	80
VII. Cineplex S'EST-elle LIVRÉE À un comportement susceptible d'examen?	87
A. Les questions à trancher pour l'application de l'article 74.01 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	87
B. La position générale des parties concernant le paragraphe 74.01(1.1)	88
C. L'interprétation appropriée du paragraphe 74.01(1.1).....	91
(1) Les principes de droit applicables	91
(2) L'interprétation du paragraphe 74.01(1.1), dont le texte, le contexte et l'objet.....	93
(3) Le prix tout compris	95
D. Le paragraphe 74.01(1.1) s'applique-t-il à la présente instance?.....	96
(1) « L'indication d'un prix [...] »	96
(2) « [...] qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent [...] »	97
(3) Les indications de prix des billets de cinéma ne sont pas « atteignables » en raison des frais de gestion en ligne	105
(4) « [...] sauf si [...] ».....	107
(5) Conclusion relative à l'application du paragraphe 74.01(1.1).....	107
E. Les indications sur la page des billets étaient-elles « fausses ou trompeuses » aux termes de l'alinéa 74.01(1)a)?	107
(1) Le paragraphe 74.01(1.1) est-il un [TRADUCTION] « code complet »?	107
(2) Les indications étaient-elles « fausses ou trompeuses »?	110
F. Les indications étaient-elles fausses ou trompeuses « sur un point important » aux termes de l'alinéa 74.01(1)a)?.....	117
G. Conclusion.....	118
VIII. Les mesures correctives	118
A. Les positions des parties.....	118
B. Décision concernant les mesures correctives	122
(1) Une ordonnance visée à l'alinéa 74.1(1)a)?	122
(2) Les dispositions ayant une incidence sur l'ordonnance prévue aux alinéas 74.1(1)b), c) et d)	122
(3) Une ordonnance au titre de l'alinéa 74.1(1)d)?	124
(4) Le Tribunal devrait-il infliger une SAP?.....	130
(5) Le paragraphe 74.1(4) et la proportionnalité globale de l'ordonnance du Tribunal.	135
IX. Conclusion	136

[1] La présente instance concerne les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de la *Loi sur la concurrence*, LRC, 1985, c C-34. La question centrale posée par le commissaire de la concurrence dans sa demande est celle de savoir si Cineplex Inc. donne au public des indications de prix qui sont fausses ou trompeuses sur un point important.

[2] Pour les motifs qui suivent, la demande sera accueillie.

I. LES PARTIES

[3] Le commissaire est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la *Loi sur la concurrence*.

[4] Les parties s'entendent sur le fait que Cineplex est une [TRADUCTION] « marque canadienne de premier plan » présente dans les secteurs du divertissement et du contenu cinématographiques, des loisirs et des médias, et qu'elle est [TRADUCTION] « l'exploitant de salles de cinéma le plus important et le plus innovant du Canada ». Au 31 décembre 2023, Cineplex possédait, louait ou exploitait en coentreprise un réseau de 1 631 écrans dans 158 cinémas d'un océan à l'autre.

[5] Le site Web de Cineplex se trouve à l'adresse cineplex.com, où sont affichés des renseignements sur les offres de divertissement cinématographique de Cineplex. Il existe aussi une application mobile Cineplex qui donne des renseignements similaires. Les consommateurs peuvent acheter des billets de cinéma en ligne sur le site Web (sur un ordinateur ou un téléphone mobile, à l'adresse cineplex.com) et sur l'application (sur un téléphone mobile) ou en personne dans les cinémas Cineplex (à la billetterie, à un comptoir alimentaire ou à un guichet libre-service).

II. LA DEMANDE

[6] Le commissaire a déposé sa demande le 17 mai 2023. Il y alléguait que Cineplex a adopté un comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence* en donnant au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important. Selon le commissaire, Cineplex propose des billets de cinéma au public sur son site Web et son application à des prix qui ne sont pas atteignables, car les consommateurs qui achètent ces billets

de cinéma en ligne doivent également payer des frais obligatoires fixes (les « frais de gestion en ligne ») en plus du prix indiqué pour le billet. Le commissaire s'est appuyé à la fois sur la disposition de la *Loi sur la concurrence* qui sanctionne depuis longtemps les pratiques commerciales trompeuses, soit l'alinéa 74.01(1)a), qui se rattache plus précisément aux indications fausses ou trompeuses données au public, et sur la disposition récemment adoptée concernant les indications de prix partiel, qui est le paragraphe 74.01(1.1).

[7] Cineplex a déposé une réponse, datée du 30 juin 2023, où elle plaidait que la demande du commissaire résultait d'une interprétation erronée du processus d'achat sur le site Web et l'application, ainsi que d'une mauvaise compréhension et d'une mauvaise application de la loi. En bref, selon Cineplex, les prix des billets tels qu'ils s'affichent la première fois sur le site Web et l'application sont atteignables parce que le consommateur peut acheter des billets de cinéma à ces prix en personne au cinéma même. Les frais de gestion en ligne ne sont applicables que si le consommateur achète ses billets en ligne (c'est-à-dire sur le site Web ou l'application). Cineplex a fait valoir qu'en cas d'achat en ligne, les renseignements relatifs aux frais de gestion en ligne sont facilement visibles sur la page des billets du site Internet ou de l'application, car ces frais sont automatiquement inclus dans le sous-total affiché sur un ruban « flottant » à l'écran. En raison de cet affichage « instantané » dès qu'un consommateur sélectionne un ou plusieurs billets, Cineplex affirmait que les frais de gestion en ligne ne peuvent pas être considérés comme étant « cachés » au client. Cineplex a fait valoir que ces frais supplémentaires permettent au consommateur de sélectionner et de réserver les sièges de son choix au moment de l'achat en ligne. En outre, certaines catégories de consommateurs affiliés sont exonérées des frais de gestion en ligne ou paient des frais moins élevés.

[8] Dans sa réplique du 14 juillet 2023, le commissaire soutenait que, contrairement aux affirmations de Cineplex, les frais de gestion en ligne sont fixes et obligatoires pour les consommateurs qui achètent leurs billets de cinéma en ligne. Il a nié la pertinence des informations affichées par Cineplex sur le site Web et l'application concernant les frais de gestion en ligne *après* que les indications contestées ont eu été données. Il a plaidé que les indications de Cineplex restent fausses ou trompeuses de toute façon.

III. LA PREUVE

A. Les témoins

[9] Avant l'audience, et suivant les *Règles du Tribunal de la concurrence*, les parties ont signifié et déposé les déclarations de leurs témoins des faits proposés ainsi que des affidavits accompagnés des rapports des témoins experts proposés, conformément à l'ordonnance fixant l'échéancier du 31 août 2023. À l'audience, les témoins ont confirmé que leurs documents respectifs constituaient leurs témoignages.

[10] À l'audience, le commissaire a fait témoigner six personnes.

[11] M. Adam Zimmerman, agent principal du droit de la concurrence, est enquêteur au Bureau de la concurrence. Il a témoigné au sujet du site Web et de l'application de Cineplex, et il a notamment présenté neuf enregistrements vidéo où il se déplace sur le site Web ou l'application, en plus de photos de plusieurs cinémas Cineplex à Ottawa (Ontario) et à Gatineau (Québec).

[12] Trois autres agents du Bureau de la concurrence ont fourni des déclarations de témoins auxquelles étaient jointes des photos de cinémas de Cineplex à Vancouver (Colombie-Britannique), Toronto (Ontario) et Montréal (Québec), qui ont été versées au dossier de la preuve sur consentement, et ce, sans que les agents soient présents à l'audience pour être contre-interrogés.

[13] Les deux autres témoins du commissaire ont été proposés comme témoins experts. M. Jay Eckert et M^{me} Vicki Morwitz ont tous deux déposé des affidavits accompagnés de rapports d'experts et de rapports en réplique à l'expert proposé par Cineplex.

[14] Le commissaire a aussi consigné des extraits de l'interrogatoire préalable du représentant de Cineplex, y compris des documents. Ces extraits ont été mis à jour avec l'ajout d'éléments de preuve connexes supplémentaires issus de l'interrogatoire préalable que Cineplex a identifiés après avoir pris connaissance des extraits consignés par le commissaire.

[15] Cineplex a fait témoigner deux personnes. La première était M. Daniel McGrath, chef de l'exploitation de Cineplex. La deuxième était M. On Amir, qui a déposé un affidavit accompagné

d'un premier rapport d'expert en réponse aux rapports initiaux de M. Eckert et de M^{me} Morwitz. Dans une ordonnance datée du 9 février 2024, le Tribunal a autorisé Cineplex à déposer un addendum au rapport de M. Amir, qui était essentiellement un rapport d'expert présenté en contre-réplique.

[16] MM. Zimmerman et McGrath ont déposé des affidavits à l'appui des demandes présentées respectivement par le commissaire et Cineplex en vue de préserver le caractère confidentiel de certains documents et renseignements. Ces affidavits ont été admis à titre d'éléments de preuve et aucun d'entre eux n'a fait l'objet d'un contre-interrogatoire.

[17] Vers la fin de la partie de l'audience consacrée aux faits, les parties ont informé le Tribunal qu'elles continuaient à tenter d'élaborer un exposé conjoint des faits. Elles ont déposé par la suite un exposé conjoint des faits daté du 23 février 2024.

B. Évaluation des témoins des faits

[18] M. Zimmerman a fourni des éléments de preuve minutieux et objectifs dans sa déclaration écrite du 8 janvier 2024, dans les vidéos jointes à sa déclaration et dans son témoignage de vive voix. Direct et réceptif aux questions, il a livré un témoignage crédible et digne de foi au Tribunal.

[19] M. McGrath a fourni une déclaration de témoin datée du 12 janvier 2024 et a témoigné à l'audience. Dans sa déclaration, M. McGrath a affirmé qu'il avait une connaissance personnelle des questions qui y sont exposées et qu'en préparant sa déclaration, il s'est appuyé sur des renseignements tirés des registres commerciaux de Cineplex et d'un certain nombre d'autres employés de Cineplex. Tous étaient [TRADUCTION] « conformes au type de renseignements qu'il utilise régulièrement pour prendre des décisions dans l'exercice normal de ses fonctions ». Il a reconnu également dans sa déclaration qu'il avait supervisé la conceptualisation, la prise de décision et la mise en œuvre des frais de gestion en ligne en cause dans la présente instance.

[20] M. McGrath a fait preuve d'une diligence appropriée dans nombre de ses réponses à l'audience, consultant souvent sa déclaration écrite avant de répondre aux questions. Il a également reconnu qu'il avait omis certains faits dans sa déclaration de témoin relativement à la préparation de sa preuve vidéo, notamment en ne précisant pas qu'il n'avait pas préparé la vidéo

lui-même. Cependant, à plusieurs reprises au cours du contre-interrogatoire, il s'est montré réticent à admettre certains éléments ou n'a pas répondu à la question posée. Il présentait alors plutôt un argument ou un contre-argument à l'avocat. Dans un cas, ce dernier a dû lui poser plusieurs fois la même question avant d'obtenir une réponse directe et claire. Il est aussi ressorti du contre-interrogatoire de M. McGrath que certains faits pertinents étaient absents de sa déclaration de témoin, par exemple, le fait que certaines déclarations au sujet de l'environnement en ligne s'appliquaient également en salle. En outre, à certains égards, la déclaration de témoin de M. McGrath ressemblait à un énoncé de la position corporative de Cineplex dans la présente instance.

[21] Après avoir lu attentivement la déclaration de témoin de M. McGrath et pris connaissance de son témoignage, j'estime que je dois les aborder avec prudence et circonspection.

C. Évaluation de la preuve vidéo

[22] La déclaration de témoin de M. Zimmerman, dont il a fait son témoignage à l'audience, contenait (entre autres) neuf vidéos décrivant ses déplacements à l'aide d'un téléphone mobile et d'un ordinateur sur le site cineplex.com et l'application. La voix hors champ dans les vidéos décrit les paramètres utilisés et les étapes suivies par M. Zimmerman sur le site Web et sur l'application. Dans certaines vidéos, le témoin n'a pas fait défiler les pages vers le bas, mais il l'a fait dans d'autres, ce qui a montré les différences entre ce qu'un utilisateur verrait dans chaque cas. J'estime que les vidéos jointes à la déclaration de témoin de M. Zimmerman sont utiles et précises pour ce qui est de décrire ce qu'un utilisateur verrait dans chaque cas présenté dans les vidéos.

[23] La déclaration de témoin de M. McGrath était accompagnée d'une vidéo. C'est M. McGrath qui a fourni les commentaires hors champ pour la vidéo en question. Les images de cette vidéo ont posé un problème à l'audience, car elles ne reflétaient pas ce qu'un consommateur verrait en parcourant le site Web de Cineplex ou en utilisant l'application. De plus, la vidéo n'a pas été préparée par M. McGrath mais par des tiers, notamment des membres de l'équipe juridique de Cineplex. Elle a débuté comme si il s'agissait d'une visite apparemment « en direct » du site Web, mais elle s'est arrêtée sur des captures statiques de l'écran de l'utilisateur. Ces captures d'écran ont également fait l'objet d'un zoom arrière servant à agrandir

la partie visible des pages Web. Une fois que les captures d'écran insérées dans la vidéo ont fait place à l'affichage « en direct » du site Web, la représentation de la page Web a été réduite de 50 % par zoom arrière comparativement à l'affichage « en direct » précédent, de sorte qu'une plus grande partie de la page Web apparaissait sur la vidéo – dans un cas, la vidéo a affiché les captures d'écran puis est revenue tout de suite après à la visualisation « en direct » du site Web, sans que le changement soit précisé à l'internaute. Sans la modification du zoom, l'utilisateur du site Web aurait eu à faire défiler la page vers le bas pour voir certains des renseignements qui y figuraient autrement. Ces changements n'étaient pas précisés par M. McGrath dans ses commentaires hors champ pendant la vidéo ou dans sa déclaration de témoin, mais ils l'étaient dans le rapport d'expert en réplique de M. Eckert déposé avant l'audience. Certains éléments de preuve concernant ces changements ont été mis au jour durant le témoignage en interrogatoire principal de M. McGrath, et d'autres ont été révélés en contre-interrogatoire.

[24] Le contre-interrogatoire a permis d'apprendre également que la vidéo de M. McGrath ne représentait pas ce qu'un utilisateur de téléphone mobile verrait sur la version mobile de cineplex.com ou lorsqu'il se sert de l'application, alors que la majorité (environ 75 %) des billets de cinéma achetés en ligne sont achetés par téléphone mobile, que ce soit sur le site Web mobile de Cineplex ou sur l'application. Cineplex a tenté de corriger cette omission en présentant des éléments de preuve au sujet de l'application, notamment sur le processus d'achat de billets sur celle-ci, durant le réinterrogatoire de M. McGrath (au moyen de questions très dirigées ou suggestives). Ces éléments de preuve ont été enregistrés sur le téléphone de l'avocat et sont devenus la pièce P-R-0042.

[25] Je suis conscient qu'à certains égards, le contenu et l'ordre des pages Web sur cineplex.com ou l'application sont des éléments que je peux observer et que j'ai observés moi-même pendant l'audience. Quoi qu'il en soit, l'objectivité de la présentation générale de la navigation sur le site Web qu'on voit dans la vidéo de M. McGrath contraste nettement avec celle des vidéos jointes à la déclaration de témoin de M. Zimmerman.

[26] Dans ces conditions, j'estime que la vidéo jointe à la déclaration de témoin de M. McGrath en tant que pièce A n'est pas un élément de preuve fiable, plus particulièrement en ce qui concerne l'expérience d'un consommateur visitant le site Web de Cineplex.

[27] Pour sa part, la pièce P-R-0042, c'est-à-dire l'enregistrement de la navigation sur l'application présenté lors du réinterrogatoire de M. McGrath à l'audience, doit recevoir un poids moindre, car il contient les commentaires de l'avocat de Cineplex sur ce qui y était décrit et reflète ce que ce dernier considère important.

D. Les témoins experts

(1) Le critère juridique relatif à l'admissibilité

[28] Le témoignage d'opinion de l'expert peut être admis suivant une démarche en deux étapes : *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, 2015 CSC 23, [2015] 2 RCS 182 aux para 19, 23–24; *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9 aux pp 20 et suivantes; *Canada (Commissaire à la concurrence) c Parrish & Heimbecker, Limited*, 2022 Trib conc 18 (« P&H ») aux para 113–115; *Le commissaire de la concurrence c Autorité aéroportuaire de Vancouver*, 2019 Trib conc 6 (« AAV ») aux para 105–106.

[29] En premier lieu, le témoignage émanant de l'expert doit satisfaire aux conditions préalables d'admissibilité. La partie qui propose la preuve d'expert doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle satisfait à quatre critères : (i) la pertinence logique, (ii) la nécessité d'aider le juge des faits, (iii) l'absence de toute règle d'exclusion et (iv) la qualification suffisante de l'expert. Si l'opinion de l'expert est fondée sur une science nouvelle ou contestée ou encore sur une science utilisée à des fins nouvelles, il existe une cinquième exigence : la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée.

[30] Au premier stade, la question est celle de la pertinence logique : *White Burgess*, au para 23; *R c Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 RCS 170 au para 15; *R v Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 OR (3d) 330 au para 82. Le seuil, peu élevé, est le même pour tout élément de preuve présenté à l'audience : *R c J-LJ*, 2000 CSC 51, [2000] 2 RCS 600 au para 47.

[31] Étant donné que la nécessité est vue comme un critère préalable, le témoignage de l'expert doit fournir des renseignements qui « dépassent l'expérience et la connaissance » du Tribunal : *White Burgess*, au para 23; *Mohan*, à la p 23; *P&H*, au para 114; *AAV*, au para 108. Si

la simple utilité est insuffisante, la nécessité ne doit pas être jugée selon une norme trop stricte : *Mohan*, à la p 23; *P&H*, au para 114.

[32] Au deuxième stade d'analyse de l'admissibilité, le juge joue son rôle de gardien. Il procède à une évaluation discrétionnaire des bénéfiques, c'est-à-dire la valeur probante, que présente l'admission d'un élément de preuve qui remplit les conditions d'admissibilité, par rapport aux risques éventuels ou aux « coûts » afférents, y compris les délais supplémentaires, le préjudice et le risque de causer une confusion. Cette évaluation est faite au cas par cas. Si les coûts l'emportent sur les bénéfiques, l'élément de preuve proposé peut être jugé inadmissible même s'il remplit les quatre conditions.

[33] À ce deuxième stade, il se peut qu'un élément de preuve ne soit pas pertinent sur le plan juridique s'il n'est pas suffisamment probant pour justifier son admission en tant que preuve ou s'il n'est pas pertinent en droit : *Mohan*, à la p 21; *Abbey*, aux para 82–85; *R c Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 RCS 272 au para 49.

[34] Le Tribunal doit également veiller à ce que le témoignage de l'expert n'usurpe pas les fonctions du juge des faits ou ne fausse pas le processus de recherche des faits : *Mohan*, aux pp 21, 24–25; *P&H*, au para 115; *AAV*, au para 109.

[35] Dans la décision *La commissaire de la concurrence c Sears Canada Inc*, 2005 Trib conc 2, le Tribunal a admis le témoignage d'expert d'un professeur de marketing portant sur les stratégies de mise en marché et le comportement des consommateurs en ce qui concerne l'établissement des prix et d'autres incitatifs : voir para 80, 139. La juge Dawson a utilisé le témoignage de diverses façons, notamment pour évaluer les arguments fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour examiner d'autres questions comme les caractéristiques du produit en cause dans cette affaire (des pneus), la définition du marché et la période de référence, ainsi que pour déterminer si la défenderesse avait établi que les indications de prix n'étaient pas fausses ni trompeuses sur un point important, comme il était entendu au paragraphe 74.01(5) alors en vigueur : voir para 341–342, 347, 361–362, 366–367.

(2) Les experts du commissaire

[36] Cineplex a contesté l'admissibilité de la preuve présentée par les experts du commissaire au motif que le témoignage de M. Eckert n'était ni pertinent ni nécessaire. Elle estimait en outre que M^{me} Morwitz n'a pas offert un témoignage indépendant et objectif au Tribunal et ne devrait donc pas être qualifiée pour présenter une preuve d'opinion à titre d'experte.

(i) M. Eckert

[37] Le commissaire a proposé de qualifier M. Eckert comme expert en matière de conception et de développement de sites Web, ce qui comprenait principalement l'élaboration de stratégies liées aux sites Web, la conception de l'expérience utilisateur, l'optimisation du taux de conversion et la conception de l'interface utilisateur (expérience utilisateur et interface utilisateur) des logiciels sur des dispositifs informatisés, dont des sites Web et des applications mobiles.

[38] M. Eckert a décrit dans son rapport initial les principes de conception de l'interface utilisateur et leur application au site Web et à l'application de Cineplex. Il a présenté aussi un rapport en réplique au rapport de M. Amir, où celui-ci lui reprochait de ne pas avoir utilisé les informations d'analytique de Cineplex ni pris en compte les niveaux de zoom des utilisateurs.

[39] M. Eckert est le fondateur et directeur créatif de Parachute Design Group Inc., où il dirige des projets de conception de sites Web à partir de la conception jusqu'au déploiement final; il s'occupe de l'analyse continue de la performance des sites Web et de l'optimisation du taux de conversion afin de proposer des modifications et des adaptations constantes des sites Web destinées à améliorer l'expérience utilisateur et la performance globale. Ses principaux domaines d'expertise comprennent la conception de l'expérience utilisateur – c'est ce qui sert à déterminer quels renseignements sont présentés à l'internaute et à quel moment dans son parcours sur un site Web afin d'optimiser la conversion (c'est-à-dire accroître le pourcentage d'utilisateurs qui effectuent une action voulue sur un site Web – par exemple, dans le cas présent, transformer de simples visiteurs en acheteurs de billets de cinéma). Son expertise englobe également la conception d'interfaces utilisateur, ce qui désigne (dans la présente affaire) le processus utilisé

par les concepteurs afin de créer des interfaces pour les sites Web et les applications mobiles : autrement dit, ce que voient les utilisateurs et ce avec quoi ils interagissent.

[40] Cineplex n'a pas contesté les qualifications professionnelles de M. Eckert, les domaines d'expertise qui lui sont attribués ou la portée précise de son témoignage ou de ses rapports. Elle a plutôt soutenu que le témoignage de M. Eckert n'était pas pertinent ou nécessaire pour que le Tribunal se prononce sur l'application du paragraphe 74.01(1.1) et que son opinion portait uniquement sur la conception du site Web plutôt que sur les éléments de l'indication de prix partiel dont il est question dans ce paragraphe.

[41] Le commissaire a fait valoir que le témoignage de M. Eckert satisfaisait aisément aux quatre critères d'admissibilité énoncés dans l'arrêt *Mohan* et que les bénéfices de l'admission de ce témoignage l'emportaient sur les coûts (d'après *AAV*, aux para 105–06).

[42] Selon le commissaire, le témoignage de M. Eckert était pertinent pour permettre au Tribunal de statuer sur certaines questions, notamment (i) le fait que la divulgation de l'existence et du montant des frais de gestion en ligne est faite ou pas à un endroit de la page des billets où les consommateurs sont susceptibles de la voir ou de savoir qu'elle existe; (ii) les principes de conception de l'interface utilisateur, tels que les boutons d'appel à l'action et les « faux planchers » (qui marquent la fin apparente de la page Web, créant une illusion d'exhaustivité); (iii) le fait que les consommateurs sont susceptibles ou pas de faire défiler la page des billets vers le bas et (iv) s'il aurait été possible de concevoir le site Web d'une manière qui n'aurait pas donné lieu à une indication de prix partiel.

[43] En ce qui concerne la nécessité, le commissaire a fait valoir que M. Eckert possédait des connaissances uniques et spécialisées nécessaires pour apporter une aide au Tribunal sur des questions qui ne relèvent pas de son expérience et de ses connaissances ordinaires. Le commissaire a plaidé que ce témoignage était raisonnablement nécessaire pour aider le Tribunal à comprendre que, même si les consommateurs utilisent un grand nombre d'écrans de tailles différentes, la divulgation, l'existence et le montant des frais de gestion en ligne ne sont pas visibles sur la majorité des écrans d'ordinateur et ne sont pas visibles sans défilement sur les téléphones mobiles.

[44] Enfin, le commissaire estimait que M. Eckert était dûment qualifié pour témoigner dans les domaines d'expertise proposés. Il a soutenu que la conception et le développement de sites Web comprennent le recours à l'analytique pour comprendre les comportements, les technologies employées et les attentes des consommateurs lorsqu'ils utilisent des sites Web et des applications mobiles. De plus, M. Eckert a une compréhension approfondie de la manière dont les internautes canadiens consomment le contenu d'une page Web ou d'une application mobile, ce qui est un principe fondamental de la conception de l'expérience utilisateur. Son expérience s'étend aux questions relatives aux dimensions standards des écrans et aux renseignements qui ne seront généralement pas visibles à l'écran, que ce soit sur le site Web ou l'application, à moins que l'utilisateur ne fasse défiler l'écran vers le bas.

[45] Je suis d'accord avec le commissaire pour dire que le témoignage de M. Eckert est un témoignage d'expert admissible. Évalué à la lumière des conditions préalables d'admissibilité, le témoignage de M. Eckert est pertinent et nécessaire, et M. Eckert lui-même est dûment qualifié pour fournir au Tribunal une opinion d'expert. L'ensemble de son témoignage est pertinent en ce qui concerne les questions identifiées par le commissaire et, plus largement, l'impression générale dont le Tribunal doit tenir compte pour l'application de l'article 74.01 : voir para 74.03(5). Le contenu du témoignage de M. Eckert dépasse l'expérience et les connaissances ordinaires du Tribunal. Aucune des parties n'a invoqué de règle d'exclusion applicable. L'expertise de M. Eckert est bien établie grâce à ses antécédents, à sa formation et à son expérience dans le secteur qui s'étend sur plus de vingt ans en tant que fondateur et dirigeant de son entreprise. Les domaines d'expertise dans lesquels s'inscrit la preuve d'opinion proposée par le commissaire à l'audience sont étayés par l'expertise professionnelle de M. Eckert et reflètent le contenu des rapports et du témoignage de ce dernier. Pour reprendre les termes de *Mohan*, M. Eckert a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des années d'expérience relatives aux questions visées dans son témoignage : *Mohan*, à la p 25. Bien qu'aucune des parties n'ait mentionné dans ses observations les coûts afférents au témoignage de M. Eckert, qui doivent être analysés à la deuxième étape de l'évaluation, j'estime que les bénéfices de l'admission du témoignage l'emportent sur les coûts éventuels.

[46] M. Eckert a témoigné de manière directe et éclairante. Il était disposé à répondre aux questions et il a offert des réponses réfléchies et honnêtes. Il a admis des faits appropriés au sujet

de ses opinions en contre-interrogatoire. Ses rapports écrits étaient bien présentés. Il n'a pas adapté son témoignage pour favoriser l'une ou l'autre des parties. Je n'ai aucune inquiétude quant à son intégrité ou à sa capacité de s'acquitter de son devoir professionnel envers le Tribunal.

[47] Pour ces raisons, je conclus que le témoignage d'expert de M. Eckert est admissible et que M. Eckert était un témoin crédible. Comme nous le verrons plus loin, j'accepte aussi la preuve contenue dans ses rapports et son témoignage.

(ii) M^{me} Morwitz

[48] Le commissaire a proposé de qualifier M^{me} Morwitz à titre d'experte dans les domaines du marketing, de la psychologie de la consommation et de l'économie comportementale, celle-ci détenant également des connaissances spécialisées dans les aspects comportementaux liés aux indications de prix, y compris les indications de prix partiel et les prix dissociés. Selon le commissaire, M^{me} Morwitz est la plus grande experte dans son domaine, et ses premiers travaux l'ont mise à l'avant-plan d'une branche de l'économie comportementale qui s'intéresse à l'établissement des prix.

[49] Le rapport initial de M^{me} Morwitz était centré sur deux questions :

- Quel est l'impact, sur les consommateurs, de la manière dont les commerçants présentent les renseignements sur les prix? En particulier, quelle est l'incidence d'une indication de prix partiel (ou une pratique de tarification similaire) sur les consommateurs pour ce qui est (i) de la perception du prix à payer pour un produit donné et (ii) de leur comportement?
- Quelles répercussions les indications de Cineplex relatives à la vente de billets de cinéma sur son site Web et l'application pourraient-elles avoir sur le consommateur, soit (i) sur sa perception du prix à payer pour les billets de cinéma et (ii) sur son comportement, y compris ses décisions d'achat?

[50] Dans son rapport, M^{me} Morwitz a décrit des concepts étudiés dans la littérature didactique, comme les indications de prix partiel, les prix dissociés ou les attributs cachés, et elle

a présenté ses observations et ses conclusions sur l'effet probable de la manière dont Cineplex donne les renseignements sur les prix.

[51] Le rapport déposé par M^{me} Morwitz en réplique faisait suite au rapport de M. Amir, notamment aux conclusions de ce dernier sur le fait (i) que les entreprises n'utiliseront pas des indications de prix partiel lorsqu'elles veulent se bâtir une réputation enviable, (ii) que les plaintes des consommateurs sont des considérations pertinentes et (iii) que le site Web et l'application de Cineplex fournissent des renseignements clairs et le détail des frais de gestion en ligne.

[52] M^{me} Morwitz est titulaire de la chaire Bruce Greenwald en commerce et professeure de marketing à la Columbia Business School de l'Université Columbia. Avant juillet 2019, elle était titulaire de la chaire Harvey Golub en leadership des affaires et professeure de marketing à la Stern School of Business de l'Université de New York. Elle détient un baccalauréat en informatique et en mathématiques appliquées de l'Université Rutgers et une maîtrise ès sciences en recherche opérationnelle de la Polytechnic University (aujourd'hui la Tandon School of Engineering de l'Université de New York). Elle a aussi obtenu une maîtrise en statistiques et un doctorat en marketing de la Wharton School de l'Université de Pennsylvanie. Elle a publié de nombreux articles dans des revues spécialisées, a été rédactrice du comité de rédaction de revues par des pairs, dont le *Journal of Consumer Research*, et elle s'est vu décerner de nombreux prix et distinctions, dont le titre de *Fellow* de la *Society for Consumer Psychology*. Elle a enseigné à la Stern School au premier cycle, aux programmes de MBA, de MBA pour cadres et de doctorat en gestion du marketing, en recherche marketing et en jugement et prise de décision. Professeure à l'Université Columbia depuis 2019, elle enseigne l'économie comportementale et la prise de décision aux étudiants des programmes de MBA et de MBA pour cadres, ainsi qu'un cours à l'intention des cadres sur la maîtrise de la connaissance du consommateur. Il est clair que M^{me} Morwitz possède d'impressionnants titres de compétence et de spécialité dans les domaines pour lesquels on lui a proposé de fournir un témoignage d'opinion. Elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études et à une expérience qui lui permettent d'exprimer son opinion au Tribunal : *Mohan*, à la p 25.

[53] De l'avis de Cineplex, le témoignage de M^{me} Morwitz ne remplissait pas les conditions légales d'admissibilité, pour les raisons suivantes :

- (a) il n'était pas pertinent, particulièrement pour permettre au Tribunal de statuer sur les questions en litige en vertu du paragraphe 74.01(1.1);
- (b) il n'était pas nécessaire, encore une fois particulièrement pour permettre au Tribunal de statuer sur les questions en litige en vertu du paragraphe 74.01(1.1);
- (c) il ne satisfaisait pas au critère préalable d'admissibilité énoncé dans l'arrêt *White Burgess*, parce qu'il n'était pas impartial ni objectif et qu'il démontrait un parti pris;
- (d) il n'était pas fiable.

[54] Chacun de ces arguments sera examiné successivement.

(a) **La pertinence et la nécessité**

[55] Les arguments relatifs à la pertinence et à la nécessité étant liés, il convient de les traiter ensemble. Cineplex a affirmé que le témoignage de M^{me} Morwitz n'était pas pertinent parce que les questions auxquelles on lui a demandé de répondre n'aident pas à statuer sur l'un ou l'autre des éléments prévus au paragraphe 74.01(1.1), soit le caractère atteignable et la nature fixe et obligatoire des frais de gestion en ligne. Selon Cineplex, il s'agit de questions de fait que les témoignages d'opinion n'aident pas le Tribunal à trancher. En ce qui concerne la nécessité, Cineplex estime que le Tribunal pourrait parvenir à une conclusion satisfaisante sans l'aide d'une opinion d'expert. Compte tenu notamment de sa vocation spécialisée, le Tribunal peut tirer des conclusions de fait sans avoir besoin de l'opinion d'un expert sur la question de savoir si certains prix sont correctement affichés sur le site Web de Cineplex. À cet égard, Cineplex s'est reportée à l'arrêt *Mohan*, aux pp 23–24.

[56] Le commissaire a plaidé de son côté que le témoignage de M^{me} Morwitz était pertinent en ce qui a trait au comportement des consommateurs et qu'il était également nécessaire, car il n'entraînait pas dans le champ des connaissances du Tribunal en matière de comportement des consommateurs. Selon le commissaire, [TRADUCTION] « parce que les consommateurs ne

cherchent pas à maximiser leur utilité comme le prédirait l'économie traditionnelle, le Tribunal a besoin d'aide pour comprendre comment ils agissent réellement et pourquoi ». Le commissaire a soutenu que M^{me} Morwitz pouvait mettre son expertise à contribution pour aider le Tribunal à comprendre les indications de prix partiel et leur incidence sur le comportement des consommateurs; elle pouvait aussi aider le Tribunal à comprendre comment les biais comportementaux influencent le comportement de substitution des consommateurs et comment la conception d'un site Web oriente les décisions d'achat des consommateurs, de même qu'à savoir si les indications sur les prix sont trompeuses (en raison, par exemple, d'un attribut caché) et si elles le sont sur un point dit important.

[57] Je suis en grande partie d'accord avec le commissaire. Le témoignage de M^{me} Morwitz possède la pertinence logique qui fait partie des critères d'admissibilité établis dans l'arrêt *Mohan*. Il est pertinent pour permettre au Tribunal de déterminer si les indications de prix de Cineplex sont fausses ou trompeuses aux termes de l'alinéa 74.01(1)a). Il répond aussi au critère de nécessité pour les raisons indiquées par le commissaire et aide généralement le Tribunal à comprendre pourquoi les consommateurs ne se comportent pas nécessairement de la manière prévue par les économistes. Il convient de disposer d'un fondement probatoire à ce sujet.

(b) **L'impartialité, l'objectivité et l'allégation de parti pris**

[58] Les principaux arguments de Cineplex au sujet de l'admissibilité du témoignage de M^{me} Morwitz concernaient l'impartialité, l'objectivité et un soi-disant parti pris. Il vaut mieux traiter des questions d'impartialité, d'objectivité et de parti pris sous un seul titre avant de passer aux observations de Cineplex sur la fiabilité de la preuve présentée par M^{me} Morwitz. Cineplex n'a pas reproché à M^{me} Morwitz un manque d'indépendance, et il n'y a rien dans la preuve qui laisse croire que les rapports de l'experte (ou son témoignage à l'audience) contenaient des opinions qui n'étaient pas les siennes.

[59] Selon la position de Cineplex sur l'impartialité et l'objectivité, en résumé, le témoignage de M^{me} Morwitz n'était pas admissible parce qu'il n'offrait pas un examen équilibré ou objectif des ouvrages sur lesquels elle s'appuyait et de la conception du site Web de Cineplex.

[60] Cineplex a fait valoir que la preuve d'opinion a pour but d'aider le tribunal à rendre une décision impartiale et objective. Se reportant à la description de l'impartialité dans la prise de décision judiciaire qui est donnée dans l'arrêt *R c S (RD)*, [1997] 3 RCS 484 aux paragraphes 104–105, Cineplex a soutenu que la preuve d'expert doit répondre à cette même norme d'impartialité ou d'objectivité afin d'aider le Tribunal. Son avocat a reconnu que cette thèse n'a pas été analysée dans la jurisprudence.

[61] Cineplex a avancé les arguments suivants dans ses observations écrites :

[TRADUCTION]

Une opinion d'expert, dans son sens très fondamental, doit faire état de résultats précis et impartiaux qui sont issus de la science ou d'une autre discipline sous-tendant l'opinion en question. L'omission des résultats d'une expérience, d'une enquête ou d'une revue d'articles scientifiques qui profiteraient à la partie adverse ne peut être considérée comme une preuve d'opinion impartiale ou objective et ne peut servir à la prise de décision par la cour ou le tribunal. De même, le fait de rendre compte d'expériences sans signaler les exceptions possibles ne peut être considéré comme un exposé impartial ou objectif et ne peut servir à la prise de décision par la cour ou le tribunal. S'il y a deux points de vue sur une question, ils doivent tous deux être signalés à la cour ou au tribunal. S'il existe des exceptions applicables à la question en litige, elles doivent être signalées à la cour ou au tribunal.

[62] Pour étayer sa position, Cineplex a relevé les éléments suivants dans le témoignage de M^{me} Morwitz :

- (a) Il existe des résultats variables parmi ses propres recherches et dans la littérature didactique sur lesquelles elle a déclaré s'appuyer.
- (b) Il existe des exceptions ou des « facteurs modérateurs » (comme le montant du supplément) mentionnés dans les études de recherche et la littérature didactique sur lesquelles M^{me} Morwitz a déclaré s'appuyer, mais elle ne les a pas portés à l'attention du Tribunal.

(c) Elle n'a pas reconnu l'existence du « biais du chercheur » découlant du fait qu'elle exprimait des opinions fondées sur son propre examen subjectif du site Web et de l'application.

(d) Elle n'a pas précisé que son opinion ne reposait pas sur des renseignements scientifiques, des données empiriques ou un examen scientifique du site Web ou de l'application, ni qu'elle aurait pu procéder à un tel examen empirique ou scientifique. Elle n'a pas non plus indiqué qu'il faudrait entreprendre une étude du site Web et des consommateurs de Cineplex pour vérifier la preuve d'opinion qu'elle a fournie et que, sans une telle vérification, son opinion ne constituait rien de plus qu'une hypothèse concernant les opinions formulées dans son rapport.

[63] Cineplex a également dressé une liste de faits ou de points dans la preuve que M^{me} Morwitz n'a pas mentionnés et que Cineplex a rattachés aux opinions que l'experte « prétendait » exprimer au sujet du comportement des consommateurs sur le site Web de Cineplex. Un des points omis tenait au fait que le bouton d'appel à l'action comportait une fonction que Cineplex a appelée le [TRADUCTION] « verrouillage », lequel empêchait les consommateurs d'avancer dans le processus d'achat en ligne tant qu'ils n'avaient pas fait la sélection d'un billet.

[64] Selon Cineplex, toutes ces omissions alléguées en ce qui concerne la littérature didactique et la conception du site Web ont vicié l'objectivité et l'impartialité du témoignage de M^{me} Morwitz, qui devenait alors inadmissible.

[65] Le commissaire a répondu comme suit :

(a) Aucune personne lisant les rapports de M^{me} Morwitz ne pouvait conclure que des détails supplémentaires étaient nécessaires pour expliquer son opinion.

(b) Dans son rapport, M^{me} Morwitz a présenté une analyse complète de la littérature. Elle s'est aussi reportée à des articles universitaires présentant des résultats variables et a exprimé ses conclusions dans des termes appropriés qui atténuent la certitude de son opinion (par exemple, [TRADUCTION] « en moyenne » et « dans l'ensemble »).

- (c) M^{me} Morwitz a mentionné une étude universitaire récente (une méta-analyse) qui a porté sur les facteurs modérateurs et a donné des résultats différents. Elle l'a citée dans son premier rapport. En outre, cette étude n'invalide d'aucune façon les travaux antérieurs de M^{me} Morwitz ou son analyse de la littérature. De surcroît, certains des facteurs modérateurs pourraient en réalité renforcer son opinion s'ils étaient appliqués en l'espèce.
- (d) La critique de Cineplex selon laquelle le rapport de M^{me} Morwitz n'avait pas inclus les résultats de toutes les études jamais réalisées ou ceux de certaines études dont les résultats différaient de sa conclusion ne signifie pas logiquement que l'opinion générale de M^{me} Morwitz est entachée d'un parti pris.
- (e) Le Tribunal devrait examiner les instructions qui ont été données de M^{me} Morwitz, c'est-à-dire les questions auxquelles on lui a demandé de répondre. M^{me} Morwitz devait donner son opinion d'expert en réponse à deux questions – une question générale liée au comportement des consommateurs face aux indications de prix et une question précise concernant l'application des connaissances en économie comportementale aux indications de prix données par Cineplex sur son site Web et son application. Le commissaire a soutenu que les critiques de Cineplex étaient fondées sur une prémisse erronée, car M^{me} Morwitz n'avait pas le mandat de quantifier le nombre de consommateurs réellement induits en erreur ou leurs perceptions réelles des prix.
- (f) Il a souligné que certains des reproches formulés à l'encontre du témoignage de M^{me} Morwitz, s'ils étaient jugés fondés, s'appliquaient tout aussi bien au témoignage de M. Amir (en ce qui a trait notamment au « biais du chercheur », étant donné que chacun des deux experts a exprimé une opinion selon leur propre examen du site Web de Cineplex; et ni l'un ni l'autre n'a mentionné la fameuse « fonction de verrouillage » sur la page des billets).

[66] Cineplex était également d'avis que le témoignage de M^{me} Morwitz était [TRADUCTION] « entaché d'un parti pris » en raison des lacunes dans sa revue de la littérature et son examen de la preuve (exposées ci-dessus) et parce qu'elle avait plaidé un point de vue particulier qui cadrerait avec ses prises de position en faveur de l'adoption de lois et de règles régissant les indications de prix partiel. Cineplex a souligné que la Cour suprême, dans l'arrêt *White Burgess*, a déclaré que

l'opinion de l'expert « doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher » : *White Burgess*, au para 32.

[67] Au cours de l'audience, et notamment dans son exposé préliminaire, Cineplex a aussi avancé que M^{me} Morwitz prônait un point de vue particulier parce qu'elle avait participé, à l'invitation du *US National Economic Council*, à une réunion d'experts à la Maison-Blanche sur les frais cachés (*junk fees*) et avait pris la parole dans un groupe de discussion entre experts. L'avocat a cité les propos de M^{me} Morwitz (pièce P-A-0019) dans lesquels elle se disait [TRADUCTION] « très heureuse d'être ici parmi vous », et le fait que durant les discussions entre experts, elle avait parlé des prix dissociés et des indications de prix partiel. Ce point a été mis en évidence dans l'exposé préliminaire et lors du contre-interrogatoire de M^{me} Morwitz, mais il figure principalement dans des notes de bas de page dans les observations finales de Cineplex. Cineplex s'est appuyée sur le rapport présenté en contre-réplique par M. Amir, qui affirme qu'un [TRADUCTION] « élément crucial de partialité » ignoré par M^{me} Morwitz était [TRADUCTION] « son militantisme en faveur de l'adoption de lois et de règles plus strictes contre les indications de prix partiel ». Après avoir décrit son interprétation de la participation de M^{me} Morwitz au groupe d'experts et de certaines déclarations faites par la US Federal Trade Commission, M. Amir s'est dit d'avis que M^{me} Morwitz n'avait pas envisagé que son rôle dans l'élaboration de politiques réglementant les frais cachés puisse très bien [TRADUCTION] « créer des biais (même inconscients) dans son évaluation du site Web de Cineplex ».

[68] La position du commissaire sur les allégations de parti pris est décrite ci-dessus en lien avec la revue de la littérature didactique. Le commissaire a également fait valoir qu'en l'espèce, c'est-à-dire la première instance portant sur les indications de prix partiel au Canada, il s'est tourné vers l'experte la plus éminente sur le sujet et que Cineplex tentait de dénaturer son expertise et d'en faire un argument à propos d'un parti pris. Le Commissaire s'est reporté (i) à la décision du Tribunal dans l'affaire *AAV*, où il a admis le témoignage d'un expert malgré les relations d'affaires étroites entre cet expert et l'une des parties : *AAV*, aux para 104, 126 et (ii) à l'analyse effectuée par le juge Perell lorsqu'il a admis un témoignage d'expert dans la décision *Wise v Abbott Laboratories, Limited*, 2016 ONSC 7275 aux para 37–83.

[69] Je conclus que le témoignage de M^{me} Morwitz est admissible.

[70] La Cour suprême a traité de la question de l'inadmissibilité d'une opinion d'expert en raison de l'impartialité, du manque d'objectivité et du parti pris dans l'arrêt *White Burgess*. Le juge Cromwell, s'exprimant au nom de la Cour, a mentionné l'obligation de l'expert envers le tribunal au paragraphe 32 :

Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services [citation omise]. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.

[71] Au paragraphe 46 de l'arrêt *White Burgess*, la Cour suprême a dit souscrire à l'affirmation selon laquelle « les témoins experts ont l'obligation d'aider le tribunal, qui l'emporte sur celle qu'ils doivent à la partie qui les cite » et a confirmé que « les témoins experts doivent être conscients de leur obligation principale envers le tribunal et pouvoir et vouloir s'en acquitter ». Le juge Cromwell a examiné le fardeau qui incombe aux parties en ce qui concerne ce critère et a déclaré ce qui suit au paragraphe 49 :

Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. [...] l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où

l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission

[Non souligné dans l'original.]

Voir également *dTechs EPM Ltd c British Columbia Hydro and Power Authority*, 2023 CAF 115 au para 49.

[72] Le processus envisagé par la Cour suprême dans l'arrêt *White Burgess* est le suivant. Dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte envers le Tribunal, il satisfera alors généralement au critère. Il incombe alors à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de l'expert de démontrer qu'il y a un motif réaliste de le juger inadmissible parce que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si la partie qui s'oppose au témoignage réussit à démontrer un tel motif, la partie qui entend présenter le témoignage doit alors démontrer que l'expert en question est impartial, indépendant et exempt de parti pris. Si elle n'y parvient pas, le témoignage de l'expert, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Voir *White Burgess*, aux para 46–49; *Wise v Abbott Laboratories*, au para 61.

[73] Il ne s'agit pas en l'espèce de l'un des rares cas où le témoignage d'un expert est inadmissible comme le prétend Cineplex, qui n'a pas démontré qu'il y a des motifs réalistes de croire que M^{me} Morwitz ne peut pas ou ne veut pas s'acquitter de ses obligations envers le Tribunal.

[74] Pour ce qui est du critère juridique, le Tribunal doit appliquer la norme énoncée dans les arrêts des cours d'appel qui sont contraignants à son endroit, soit que l'opinion de l'expert « doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher ». Je rejette l'argument de Cineplex selon lequel un témoin expert doit être aussi impartial qu'un décideur judiciaire pour aider le Tribunal. Cineplex n'a mentionné aucune jurisprudence qui aurait appliqué une norme différente ou plus stricte en matière d'impartialité. Elle n'a cité aucune décision judiciaire ni aucun ouvrage de doctrine qui viendrait étayer son argument de

principe ou remettre en question les énoncés figurant dans l'arrêt *White Burgess* au motif qu'ils sont inadéquats.

[75] M^{me} Morwitz a signé une attestation où elle s'engageait à se conformer aux règles de conduite du Tribunal qui concernent les témoins experts et reconnaissait expressément qu'un expert a l'obligation d'aider le Tribunal avec impartialité quant aux questions qui relèvent de son domaine de compétence, que cette obligation l'emporte sur toute autre qu'elle a envers une partie à l'instance y compris la partie qui retient ses services, que l'expert doit être indépendant et objectif, et qu'un expert ne doit pas plaider le point de vue d'une partie. Cette attestation suivait l'Avis concernant la reconnaissance des témoins experts du Tribunal (décembre 2010).

[76] M^{me} Morwitz a compris et rempli ses obligations envers le Tribunal. Comme elle l'a déclaré à l'audience, [TRADUCTION] « [...] Je comprends mon obligation d'aider le Tribunal avec impartialité sur les questions qui sont pertinentes dans la présente affaire ». Elle n'a pas fait preuve, que ce soit dans ses rapports ou son témoignage, d'un manque de volonté ou d'une incapacité à respecter son obligation d'impartialité et d'objectivité envers le Tribunal.

[77] La preuve présentée par M^{me} Morwitz a exposé sa propre évaluation professionnelle objective des questions qui lui ont été posées et des sujets qu'elle a analysés qui revêtent une pertinence dans la présente instance. En outre, ses opinions étaient le fruit de son jugement indépendant. Je ne suis pas du tout persuadé qu'elles aient été influencées par le mandat que lui a confié le commissaire ou par l'issue de l'instance.

[78] Les doutes qu'avait Cineplex à l'égard du témoignage de M^{me} Morwitz auraient pu être soulevés en contre-interrogatoire. Ces points sont pertinents, tout au plus, quant au poids qui peut être donné aux opinions de M^{me} Morwitz. Ils sont loin de constituer des motifs d'inadmissibilité fondés sur un manque d'indépendance ou d'impartialité.

[79] En ce qui concerne le soi-disant parti pris, j'ai examiné la doctrine et la jurisprudence citées de même que les éléments de preuve, j'ai écouté et observé le témoignage de M^{me} Morwitz et celui de M. Amir, et j'ai pris connaissance des paragraphes pertinents du rapport de M. Amir présenté en contre-réplique. J'estime que la position de Cineplex quant à l'inadmissibilité fondée sur une prétendue partialité est sans fondement. Les opinions exprimées par M^{me} Morwitz dans la

présente instance n'ont pas injustement favorisé la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Son témoignage répond aux exigences décrites par le juge Cromwell dans l'arrêt *White Burgess*.

[80] Je n'accepte pas l'argument de Cineplex, et les commentaires de M. Amir qui semblent l'appuyer, selon lequel le fait que M^{me} Morwitz [TRADUCTION] « militait » en faveur de lois plus strictes sur les indications de prix partiel ou les prix dissociés signifiait qu'elle favorisait injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre ou que son opinion changerait dans l'instance en fonction de la partie qui aurait retenu ses services. Au contraire, je suis convaincu que les opinions de M^{me} Morwitz concernant les questions sur lesquelles elle a témoigné ne changeraient pas peu importe la partie qui lui demanderait de donner son avis.

[81] Je parviens à ces conclusions en précisant que la participation de M^{me} Morwitz à un groupe d'experts à la Maison-Blanche – c'est-à-dire l'existence de ce groupe d'experts, la réaction de M^{me} Morwitz (notamment le fait qu'elle s'est dite [TRADUCTION] « ravie » que la recherche dans son domaine ait été considérée comme utile) et les éléments de preuve relatifs aux propos qu'elle y a tenus – ne signifie pas qu'elle exprime un parti pris dans ses rapports ou son témoignage dans la présente instance. Elle a formulé des opinions qui étaient conformes à ses obligations envers le Tribunal et qui se situaient bien dans les limites auxquelles l'on peut raisonnablement s'attendre dans un débat contradictoire : voir *White Burgess*, au para 32; comparer *Wise v Abbott Laboratories*, aux para 51, 81–82.

[82] J'ajouterai les observations suivantes. À mon avis, la position de Cineplex sur le parti pris découlant de la visite de M^{me} Morwitz à la Maison-Blanche – à son plus haut niveau – n'établit pas comme il se doit une distinction entre, d'une part, l'expression et la défense appropriées d'opinions professionnelles sincères par un témoin expert et, d'autre part, le [TRADUCTION] « plaidoyer acheté », qui est inadmissible (il s'agit de l'expression utilisée par le juge Perell dans la décision *Wise v Abbott Laboratories*, au para 81), par exemple, celui d'un témoin « embauché ». Les véritables experts expriment des opinions au sujet de questions sur lesquelles ils ont acquis des connaissances spécialisées ou une expertise, après des années d'études et d'expérience. Leur rôle dans une salle d'audience consiste précisément à fournir ces opinions. Leurs points de vue sont particulièrement utiles, car ils dépassent l'expérience de la Cour ou du

Tribunal. Les éléments de preuve qu'ils présentent soutiennent un objectif plus large, soit la recherche de la vérité, de sorte que le décideur puisse mieux évaluer la preuve et résoudre le différend entre les parties à l'instance. Le critère décrit dans l'arrêt *White Burgess* tient compte du fait qu'un expert sera rémunéré pour son travail. Il exclut le soi-disant expert qui ne fournit pas une opinion sincère, indépendante, impartiale et dénuée de parti pris sur la question, tout en reconnaissant les réalités du débat contradictoire. Selon cet arrêt, ce n'est que dans des cas clairs et rares que l'opinion d'un expert proposé sera inadmissible. Le critère juridique permet d'identifier le type de militantisme acheté qui n'est pas autorisé. Dans ce contexte, il est naturel et tout à fait normal que les personnes qui possèdent une expertise suffisante leur permettant d'être qualifiées pour fournir une preuve d'opinion aient des points de vue sincères et bien réfléchis sur les questions de politiques liées à leurs domaines. Ces points de vue peuvent être utiles aux législateurs et aux responsables de l'élaboration des politiques et des règles, en particulier si l'expert est expressément invité à les exprimer. Le cas échéant, ce fait doit être pris en considération par le tribunal lorsqu'il évalue l'admissibilité des opinions exprimées, mais il ne signifie pas non plus que l'expert a un parti pris. En l'espèce, la déclaration de M^{me} Morwitz à la Maison-Blanche et son témoignage au sujet de sa visite ne permettent pas de conclure qu'elle affiche un parti pris inadmissible dans sa preuve d'opinion.

(c) **Les allégations relatives à la fiabilité**

[83] Cineplex soutenait que la fiabilité des témoignages d'experts proposés a une incidence sur la pertinence de la preuve et constitue en même temps une règle d'exclusion (à la troisième étape de l'évaluation de l'admissibilité). Dans ses observations écrites, Cineplex s'est reportée au paragraphe 121 de l'arrêt *White Burgess* pour affirmer (plutôt sommairement) que le témoignage de M^{me} Morwitz constituait une preuve issue de sciences nouvelles et n'était pas étayé par un examen statistique ou une étude scientifique; il s'agissait plutôt de conclusions subjectives de l'experte. Dans ses plaidoiries, Cineplex a reconnu que les principes d'économie comportementale n'étaient pas nouveaux, mais estimait que les idées sur l'incidence des prix dissociés et les résultats des tests portant sur le comportement des consommateurs étaient nouveaux puisque les résultats ne sont pas uniformes. Cineplex s'est reportée au contre-interrogatoire de M^{me} Morwitz et au rapport de M. Amir, où ce dernier affirmait que [TRADUCTION] « la littérature même citée par M^{me} Morwitz peut être utilisée pour tirer

exactement la conclusion opposée », ce qui incluait la propre recherche de M^{me} Morwitz (qui, selon M. Amir, a donné des prédictions variables sur l'effet global) et il a fait valoir par ailleurs qu'une méta-analyse a conclu que l'incidence des prix dissociés est contradictoire et peut avoir des répercussions divergentes sur les consommateurs.

[84] Je conviens que la fiabilité est un élément de l'admissibilité d'une preuve d'opinion (comme pour tous les éléments de preuve) : voir *R c Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 RCS 239 au para 27, cité dans l'arrêt *White Burgess*, aux para 21, 23. Je suis également d'accord pour dire que, dans le cas d'une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée par la partie qui souhaite s'y fier (ce qui s'ajoute aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan*) : *White Burgess*, aux para 16, 23; *J-LJ*, aux para 33, 35–36, 47.

[85] Je ne peux pas conclure que le témoignage de M^{me} Morwitz est basé sur une science tellement nouvelle ou contestée qu'il ne peut pas être admissible en raison d'un manque de fiabilité.

[86] Dans son témoignage de vive voix, M^{me} Morwitz a reconnu que la littérature didactique fait état de résultats variables pour ce qui est de savoir si les prix dissociés font augmenter la demande et les recettes. Le rapport de M^{me} Morwitz, au paragraphe 65, faisait référence à un article de méta-analyse (c'est-à-dire une étude analysant d'autres études), publié en 2018 et invoqué par Cineplex en contre-interrogatoire, et a souligné la conclusion de l'article quant à l'effet positif des prix dissociés sur la préférence des consommateurs et le fait que les résultats de la méta-analyse portaient à croire qu'en moyenne, le recours à des prix dissociés entraîne une hausse de 9 % de la préférence des consommateurs par rapport à l'utilisation d'un prix tout compris. M^{me} Morwitz a précisé en contre-interrogatoire qu'il s'agissait d'un résultat peu significatif. Elle indiquait dans son rapport que, globalement, la littérature sur les prix dissociés amène à conclure que la dissociation des prix fait en sorte que les consommateurs sous-estiment les prix totaux et sont plus enclins à acheter un produit que s'il est l'objet d'une tarification tout compris.

[87] Certains aspects des résultats des tests dans la littérature didactique n'ont pas été mentionnés expressément par M^{me} Morwitz dans son rapport. Elle a reconnu en contre-

interrogatoire qu'elle n'avait pas indiqué dans le corps de son rapport que certains facteurs modérateurs auraient un effet sur la perception des prix chez les consommateurs et qu'elle n'avait pas mentionné que les résultats de certaines études relatives aux effets de ces facteurs étaient variables. Elle a également reconnu que la littérature décrivait des effets à la fois positifs et négatifs des prix dissociés sur les perceptions des consommateurs.

[88] Je m'arrête pour souligner que l'article de méta-analyse utilisé en contre-interrogatoire portait sur les cas où, selon la littérature, les prix dissociés conjugués à certains facteurs modérateurs peuvent donner lieu à des [TRADUCTION] « préférences favorables de la part des consommateurs » (ou, comme il est décrit dans le rapport de M^{me} Morwitz, à un [TRADUCTION] « penchant pour le produit cible ») – autrement dit, ils peuvent entraîner des résultats avantageux pour des entreprises qui vendent des biens au public.

[89] M^{me} Morwitz a précisé lors de son réinterrogatoire que, pour les prix dissociés, la littérature montre généralement (i) une diminution du prix perçu (le prix semble moins élevé que dans le cas d'une tarification tout inclus), ce qui n'était pas mentionné dans l'article de méta-analyse, et (ii) une hausse de la demande. En outre, elle a souligné que certains facteurs modérateurs amplifiaient les effets, tandis que d'autres les réduisaient ou allaient dans la direction opposée. Elle en a tenu compte lorsqu'elle a fait connaître son opinion au Tribunal.

[90] Enfin, M^{me} Morwitz a déclaré que l'article de méta-analyse s'attachait à ce qu'elle appelle les [TRADUCTION] « tarifs dissociés transparents ». Il ne concernait pas les indications de prix partiel ou le brouillage des prix, ni l'une ou l'autre de ces méthodes en combinaison avec les prix dissociés. Il examinait la façon dont les consommateurs réagissent lorsque tous les renseignements leur sont présentés et sont mis en évidence.

[91] Les rapports présentés par M^{me} Morwitz et l'ensemble de son témoignage ont montré de manière équilibrée qu'il existe des nuances dans la littérature. Si les questions posées en contre-interrogatoire et dans le rapport de M. Amir ont été soulevées pour de bonnes raisons, je ne suis pas persuadé qu'elles rendent le rapport et le témoignage de M^{me} Morwitz non fiables ou si nouveaux qu'ils sont inadmissibles. Ces questions ne démontrent pas non plus que M^{me} Morwitz n'est pas objective ou impartiale, ou que son témoignage dénotait un parti pris.

[92] Les critères juridiques permettant d'exclure la preuve présentée par M^{me} Morwitz, tels qu'ils sont définis dans l'arrêt *White Burgess*, ne sont pas remplis.

(d) **Le témoignage de M^{me} Morwitz**

[93] Dans son témoignage, M^{me} Morwitz a répondu franchement aux questions. Elle a concédé des points appropriés aussi bien dans son rapport en réplique qu'en contre-interrogatoire. Elle a offert des réponses minutieuses, s'arrêtant pour réfléchir avant de répondre ou pour consulter son rapport. Dans l'ensemble, M^{me} Morwitz a été un témoin de grande qualité et crédible.

(3) **L'expert de Cineplex**

[94] Cineplex a présenté les affidavits de M. Amir et a joint un rapport en réponse et un rapport en contre-réplique. M. Amir a témoigné à l'audience.

[95] À l'audience, Cineplex a proposé que M. Amir soit qualifié pour pouvoir fournir un témoignage d'opinion dans les domaines du marketing, du comportement et de la psychologie des consommateurs, de l'analytique commerciale, des études de marché et des sondages. À l'audience, après avoir contre-interrogé M. Amir sur plusieurs sujets, le commissaire a confirmé qu'il ne contestait aucune des qualifications proposées.

[96] M. Amir est titulaire de la chaire présidentielle de la famille Wolfe en sciences de la vie, innovation et entrepreneuriat, et il est professeur de marketing à la Rady School of Management de l'Université de Californie à San Diego. Il est titulaire d'un baccalauréat en informatique de l'Université ouverte d'Israël, à Tel-Aviv, et d'un doctorat en sciences de la gestion et en marketing du Massachusetts Institute of Technology. Il a enseigné la gestion du marketing, l'établissement des prix, le comportement des consommateurs, l'analytique commerciale, la stratégie marketing, l'étude des marchés, l'étude des marchés appliquée, le passage du laboratoire au marché et la prise de décision fondée sur les données dans des programmes de MBA et de MBA pour cadres, ainsi que dans des programmes précis à l'intention de grandes entreprises (nationales et internationales). Il a également donné des cours en gestion du marketing au programme de MBA de la Kellogg School of Management de l'Université Northwestern, à la Yale School of Management, à la Recanati School of Business de l'Université

de Tel-Aviv, à IDC Herzliya et à la Cheung Kong Graduate School of Business de Shanghai, en Chine. Il est chef du service des sciences comportementales chez Fiverr Inc. et siège au conseil consultatif de plusieurs entreprises. M. Amir a publié des articles dans des revues spécialisées en marketing, en gestion et en psychologie, et a conçu et mené des enquêtes auprès des consommateurs dans le cadre de ses recherches universitaires et de ses activités d'expertise-conseil.

(a) **L'objection du commissaire au domaine d'expertise proposé pour M. Amir en ce qui concerne les pratiques exemplaires en matière de « conception pour l'utilisateur »**

[97] Le commissaire était d'avis que les paragraphes 26 à 32 du rapport de M. Amir n'étaient pas admissibles, parce qu'ils contenaient un témoignage d'opinion que M. Amir n'était pas qualifié pour exprimer et qui portait sur les pratiques exemplaires en matière de « conception pour l'utilisateur ». Le commissaire a souligné que, dans ces paragraphes, les sources citées dataient de 1980 et provenaient d'un manuel de marketing qui n'abordait pas les principes de conception pour l'utilisateur. Selon le commissaire, les connaissances de M. Amir quant au comportement des consommateurs en ligne et les publications non identifiées portant sur l'interface et la psychologie du consommateur n'étaient pas suffisantes pour qu'il soit possible de conclure qu'il possède des « connaissances spéciales ou particulières acquises grâce à des études ou à une expérience » relatives aux principes de la conception pour l'utilisateur.

[98] Dans les plaidoiries qu'elle a présentées à la fin de l'audience, Cineplex a déclaré qu'elle proposait de qualifier M. Amir dans les domaines de l'interface de conception pour l'utilisateur et de l'interface de conception des sites Web en tant que témoin en contre-preuve de M. Eckert.

[99] Dans son affidavit et dans son premier rapport, daté du 12 janvier 2024, M. Amir a indiqué que ses domaines d'expertise comprenaient [TRADUCTION] « le comportement des consommateurs, l'interface de conception des sites Web et la prise de décision d'achat en ligne ». Au paragraphe 10 du rapport, il a résumé ses conclusions comme suit :

[TRADUCTION]

Selon les principes de marketing, les entreprises sont incitées à concevoir des interfaces en ligne transparentes et conviviales afin d'améliorer l'expérience du consommateur et de le fidéliser. Mon examen du site Web et de l'application mobile de Cineplex m'a permis de constater que l'expérience d'achat de billets de Cineplex était claire et simple, reflétant ces pratiques exemplaires en matière de conception pour l'utilisateur.

[100] Ailleurs dans ce même rapport, au paragraphe 23, M. Amir a analysé la conception du processus de vente de billets en ligne de Cineplex et il a formulé des commentaires accessoires sur le rôle de la conception de l'interface utilisateur et les éléments incitant les vendeurs en ligne à offrir [TRADUCTION] « un flux d'achat qui est simple et intuitif et qui fournit aussi aux consommateurs tous les renseignements pertinents dont ils ont besoin pour prendre des décisions d'achat éclairées ». À son avis, la conception du site Web de Cineplex, le flux des consommateurs et la présentation des frais de gestion en ligne étaient [TRADUCTION] « conformes aux pratiques exemplaires en marketing et en conception pour l'utilisateur ainsi qu'aux normes en vigueur dans l'industrie » et les frais de gestion en ligne étaient [TRADUCTION] « présentés d'une manière transparente et conforme aux pratiques exemplaires en matière de conception pour l'utilisateur » : au para 65. Il a également déclaré que [TRADUCTION] « la page initiale pour l'achat de billets indique clairement, étant donné sa conception, que les frais de gestion en ligne ne sont pas obligatoires ou fixes ».

[101] M. Amir a répondu aux rapports de M. Eckert dans la partie VIII de son rapport initial et dans son rapport en contre-réplique. Dans ce dernier, il réitère son point de vue selon lequel l'expérience d'achat de billets sur les sites Web de Cineplex reflète les pratiques exemplaires en matière de conception pour l'utilisateur.

[102] M. Amir a confirmé en contre-interrogatoire qu'il ne possédait pas de diplôme ou de titre de compétence en conception graphique et qu'il n'avait pas donné de cours ou offert d'expertise-conseil à des entreprises sur la conception de sites Web ou la conception de l'interface utilisateur. À la date de l'audience, il n'avait pas publié d'articles sur la conception de sites Web ou sur les pratiques exemplaires en matière de conception de sites Web ou d'interface utilisateur, ni d'articles sur l'incidence des indications de prix partiel. Ses publications et ses recherches sur le marketing, le comportement des consommateurs et la psychologie du consommateur ont une

influence sur la conception de sites Web, les concepteurs et l'interface utilisateur. Il a déclaré que des entreprises font appel à ses connaissances, à son expertise et à ses conseils pour concevoir leurs sites Web et leurs interfaces en raison de son expertise au sujet du comportement des consommateurs en ligne et de la manière dont ils réagissent aux différents renseignements qui leur sont présentés en ligne.

[103] M. Amir a reconnu en réinterrogatoire que les commentaires formulés dans son rapport à l'égard de celui de M. Eckert concernaient le [TRADUCTION] « comportement des consommateurs face à certaines caractéristiques de conception » et qu'il conseillait des membres du secteur sur le comportement des consommateurs en lien avec ces caractéristiques.

[104] À l'audience, Cineplex n'a pas expressément proposé de qualifier M. Amir en tant qu'expert sur la conception de sites Web, la conception d'interfaces utilisateur ou les pratiques exemplaires dans l'un de ces domaines. Elle ne l'a fait que dans ses plaidoiries à la fin de l'audience. Cependant, M. Amir a déclaré dans son rapport initial qu'il avait une expertise en matière d'interface de conception de sites Web et le commissaire l'a contre-interrogé sur ce champ d'expertise éventuel durant l'audience. Malgré l'omission des domaines d'expertise proposés à l'audience, j'estime que le commissaire a reçu un préavis suffisant, tout comme le Tribunal, sur le fait que le témoignage proposé de M. Amir porterait sur l'interface de conception du site Web ou sur la conception de l'interface utilisateur. Cette conclusion n'excuse pas l'omission de ces questions par l'avocat lorsqu'il a proposé les domaines d'expertise de M. Amir à l'audience.

[105] Dans le rapport de M. Amir, le titre des paragraphes 26 à 32 est [TRADUCTION] « L'expérience utilisateur de Cineplex reflète les pratiques exemplaires en matière de conception pour l'utilisateur ». Dans ces paragraphes, M. Amir a expliqué qu'à son avis, [TRADUCTION] « le flux du consommateur » (qu'il a décrit plus haut dans son rapport) sur le site Web de Cineplex est bien conçu, respecte les pratiques exemplaires en matière de conception pour l'utilisateur et se traduit par une expérience transparente et intuitive. Il a décrit les cinq étapes du processus de prise de décision chez le consommateur et a expliqué de quelle façon le flux du consommateur sur cineplex.com est un exemple d'interface qui suit ces étapes. Après une analyse de la démarche sur le site Web, où il s'est reporté plus précisément à la page des billets, M. Amir a

conclu que la structure et la conception du site Web et de l'application correspondaient aux cinq étapes du processus de décision du consommateur. Il a constaté que la présentation des prix était logique, intuitive et conforme aux normes en vigueur dans le domaine du marketing et des services en ligne.

[106] Je conclus que les paragraphes 26 à 32 du rapport de M. Amir constituent un témoignage d'opinion admissible, car ils concernent principalement l'application des principes de marketing au site Web de Cineplex, ce qui relève de l'expertise du témoin. Cependant, lorsque M. Amir formule dans ses rapports des opinions et des commentaires sur la conception de sites Web, l'interface de conception de sites Web ou l'interface de conception pour l'utilisateur, et en particulier sur la conformité du site Web ou de l'application de Cineplex avec les pratiques exemplaires dans ces domaines, il est allé au-delà de la portée de son expertise de base (du moins, celle qui a été démontrée dans la présente instance). Malgré les déclarations faites sous serment concernant son expertise [TRADUCTION] « en matière d'interface de conception de sites Web » dans son affidavit et au paragraphe 6 de son rapport initial, M. Amir possède beaucoup moins d'expertise et d'expérience que M. Eckert pour aider le Tribunal dans ces domaines. Dans ces domaines, la preuve présentée par M. Eckert doit être privilégiée.

(b) Le témoignage de M. Amir

[107] M. Amir a témoigné de manière claire et directe. Il a fait un certain nombre de concessions appropriées au cours du contre-interrogatoire. Par exemple, il a reconnu lors de celui-ci qu'il n'avait pas examiné tous les éléments de preuve proposés par le commissaire et les transcriptions de l'interrogatoire préalable de Cineplex avant de remettre ses rapports (ils ne lui avaient pas été fournis). Il a également admis que certains de ses chiffres qui, selon lui, représentaient le site Web de Cineplex, ne reflétaient pas fidèlement l'expérience de l'utilisateur (il fallait, par exemple, faire défiler la page ou effectuer un zoom arrière pour saisir ce qui était réellement représenté). Sa description du flux du consommateur ne mentionnait pas que Cineplex exige que le consommateur se crée d'abord un compte et s'ouvre ensuite une session avant que les renseignements sur les prix soient affichés.

[108] J'estime que les rapports et le témoignage de M. Amir sont moins objectifs et moins utiles que les rapports et les témoignages de M^{me} Morwitz et de M. Eckert. Tout en reconnaissant que M. Amir ait été engagé pour répondre aux témoins experts du commissaire, ses deux rapports contiennent des éléments importants qui, tant sur le fond que sur la forme, relèvent davantage de l'argumentation que de l'avis objectif d'un expert.

[109] Par conséquent, j'accorde moins de poids au témoignage de M. Amir dans son ensemble, et plus particulièrement en ce qui concerne sa réponse au témoignage de M. Eckert dans la partie V.B. aux paragraphes 26 à 32, ainsi que dans la partie VIII du rapport initial de M. Amir et dans son rapport en contre-réplique.

[110] Je souligne enfin qu'il y avait dans les rapports de M. Amir une incohérence interne qui soulève des questions quant à son objectivité. Alors qu'il a vivement critiqué M^{me} Morwitz pour avoir fourni une opinion basée sur son examen personnel du site Web de Cineplex et pour ne pas avoir mené d'études empiriques sur la façon dont les consommateurs interagissaient avec le site Web, ses propres rapports à lui contenaient des opinions sur le site Web et l'application basées sur ses propres interactions avec le site Web et dénuées de tout fondement empirique. M. Amir n'a reconnu ce point dans aucun de ses rapports et ne l'a fait que durant son interrogatoire direct à l'audience (il a admis que son propre examen du site Web était subjectif, comme celui de M^{me} Morwitz, et comportait un « biais de chercheur »). L'argument selon lequel l'avis de M. Amir était une contre-preuve ne justifie pas cette incohérence interne, pas plus que l'affirmation de M. Amir lors de son témoignage selon laquelle il avait utilisé [TRADUCTION] « deux faits empiriques » dans son rapport. En effet, Cineplex a reconnu durant les plaidoiries que si le témoignage de M^{me} Morwitz était exclu parce qu'elle avait tiré des conclusions fondées sur des examens personnels et n'avait pas mené d'études empiriques, il devait en être de même pour celui de M. Amir. Bien que le témoignage d'aucun des deux experts ne soit inadmissible pour cette raison, ces circonstances entachent l'objectivité du témoignage de M. Amir.

IV. LES CONSTATATIONS FACTUELLES

[111] Après avoir examiné tous les éléments de preuve admissibles et fiables présentés à l'audience, le Tribunal tire les conclusions de fait suivantes.

[112] Cineplex exploite son site Web et son application que les membres du grand public peuvent consulter pour obtenir des renseignements, notamment sur les films à l’affiche dans les cinémas Cineplex du Canada et pour acheter des billets de cinéma. Les utilisateurs n’ont pas besoin dans un premier temps d’ouvrir une session ou d’entrer un mot de passe pour accéder au site Web ou à l’application.

A. Les billets et la sélection de sièges

[113] Les consommateurs peuvent acheter des billets pour des films à l’affiche dans les cinémas Cineplex en ligne par l’intermédiaire du site Web et de l’application. Ils peuvent aussi le faire en personne dans les cinémas Cineplex (à la billetterie, à un comptoir alimentaire ou à un guichet libre-service).

[114] Un siège doit être choisi lors de l’achat d’un billet en ligne ou au cinéma. En d’autres termes, la réservation d’un billet va de pair avec l’attribution d’un siège; si tous les sièges sont réservés, aucun billet ne peut être vendu. Historiquement, que les détenteurs de billets se soient procuré leurs billets en personne au cinéma ou en ligne (c’est-à-dire quel que soit le moyen d’achat), ils entraient simplement dans le cinéma et s’asseyaient là où il y avait une place disponible. Cette pratique a changé avec la pandémie de COVID-19. Cineplex a alors commencé à offrir une sélection préalable de sièges dans tous ses cinémas afin de respecter la distanciation sociale durant la pandémie, à partir de juin 2020 ou autour de cette date. Elle n’a pas facturé les consommateurs pour la réservation de sièges de juin 2020 à la mi-juin 2022.

[115] Le consommateur peut acheter ses billets de cinéma juste avant l’heure de la séance ou longtemps à l’avance, peu importe qu’il le fasse en personne au cinéma ou en ligne à l’aide du site Web ou de l’application.

B. Le compte Cineplex Connect, Scène+ et CinéClub

[116] Pour acheter un billet de cinéma sur le site Web ou l’application de Cineplex, le consommateur doit avoir un compte Cineplex Connect, qu’il a créé en fournissant son nom, son adresse électronique et son numéro de téléphone.

[117] Avant que le site Web ou l'application n'affiche le prix des billets (ou n'importe quel renseignement sur les prix) pour les films, l'utilisateur doit ouvrir une session sur Cineplex Connect et entrer un code d'authentification qui lui est envoyé soit par messagerie texte à son téléphone mobile, soit par message vocal automatisé sur son téléphone. Les prix des billets sont ensuite affichés sur la page des billets du site Web et de l'application.

[118] Cineplex est partenaire de Scène+, le plus important programme de fidélisation au Canada dans le domaine du divertissement et des loisirs. L'adhésion est sans coût monétaire. Les membres de Scène+ obtiennent des points en effectuant des achats chez différents détaillants ou en utilisant les cartes de crédit associées. Ils accumulent des points sur une diversité de films, de divertissements, de rafraîchissements et d'autres achats dans les cinémas Cineplex partout au Canada. Ces points peuvent être échangés contre des produits, y compris des billets pour les cinémas Cineplex.

[119] Cineplex propose également un programme d'abonnement appelé CinéClub. Lancé au troisième trimestre de 2021, CinéClub offre des avantages à ses membres, par exemple un billet de cinéma gratuit chaque mois, des réductions sur les achats dans les comptoirs alimentaires et l'exemption des frais de gestion en ligne lorsqu'un billet est acheté sur le site Web ou l'application. Les membres de CinéClub paient actuellement des frais mensuels de 9,99 \$ plus les taxes applicables ou des frais annuels de 119,88 \$ plus les taxes applicables. Le consommateur doit être membre de Scène+ pour adhérer à CinéClub.

C. Les frais de gestion en ligne

[120] En février 2022, Cineplex cherchait des moyens de stimuler – d'accroître – ses recettes et sa marge. L'une des solutions consistait à mettre en place des frais de service pour les achats de billets en ligne. Après une évaluation des différentes sources de recettes, Cineplex a mis en œuvre les frais de gestion en ligne en juin 2022.

[121] Une présentation interne de Cineplex datée du 1^{er} février 2022 portant sur les initiatives de tarification des admissions (intitulée *Admission Pricing Initiatives*) contenait des renseignements issus d'un « examen des pairs » effectué par Cineplex concernant les frais de service par billet établis chez les concurrents. Cette présentation confirme qu'à cette époque,

Cineplex envisageait d'appliquer des frais de service de 1,50 \$ par billet, avec une réduction pour les adhérents au programme de fidélisation (Scène+) et une annulation des frais pour les abonnés de CinéClub. La présentation contenait des projections de recettes nettes associées aux frais de service suivant deux scénarios, l'un pour les canaux numériques et un autre pour tous les canaux. Elle faisait aussi la comparaison de tous les programmes avec des projections de recettes nettes pour les canaux numériques et tous les canaux.

[122] Cette même présentation indiquait que grâce à des recherches menées auprès des membres de Scène+, Cineplex avait évalué l'incidence qu'auraient des rajustements de 1 à 2 \$ du prix de base sur la « substitution » (*switching*) dans trois scénarios. Étant donné qu'il est difficile d'évaluer si les membres étaient prêts à payer davantage, la recherche a été présentée comme une réduction potentielle [REDACTED]. [REDACTED]

Dans chacun des trois scénarios, [REDACTED]

[123] Cineplex a ajouté les frais de gestion en ligne le 15 juin 2022. Ces frais s'élèvent à 1,50 \$ par billet. Ils sont réduits pour les membres de Scène+ (qui paient 1,00 \$) et annulés pour les abonnés de CinéClub (qui paient un droit mensuel ou annuel). Le montant des frais de gestion en ligne n'a pas changé depuis juin 2022.

[124] Autrement dit, tout consommateur qui n'est pas abonné de CinéClub doit payer des frais de gestion en ligne par billet s'il souhaite acheter des billets en ligne, que ce soit sur le site Web ou l'application.

[125] Les frais de gestion en ligne s'appliquent à un maximum de quatre billets dans une même transaction en ligne. Les données montrent qu'une très grande majorité des achats en ligne ([REDACTED] %) portent sur quatre billets ou moins et sont donc assujettis aux frais de gestion en ligne.

[126] Il existe une distinction importante entre les diverses options d'achat, car les frais de gestion en ligne ne s'appliquent pas aux billets de cinéma achetés en personne dans les cinémas Cineplex (à la billetterie, à un comptoir alimentaire ou à un guichet libre-service).

[127] La mise en œuvre des frais de gestion en ligne a eu pour effet, en pratique, de hausser le prix des billets de cinéma achetés en ligne, c'est-à-dire le montant que les consommateurs doivent obligatoirement payer. Cineplex a reconnu qu'il s'agissait d'une augmentation de prix au moment où elle a été mise en œuvre. M. McGrath a affirmé au nom de Cineplex en interrogatoire préalable (consigné au dossier à l'audience) qu'il espérait que les frais passeraient [TRADUCTION] « sous le radar » des médias lorsqu'ils ont été mis en œuvre, mais cela n'a pas été le cas. Il a dû répondre aux questions d'un membre du conseil d'administration à ce sujet, notamment en ce qui concerne l'effet sur les membres de Scène+. M. McGrath a expliqué que Cineplex n'avait pas diffusé de communiqué de presse sur les frais de gestion en ligne parce que [TRADUCTION] « l'entreprise ne publie généralement pas de communiqué de presse lorsqu'elle hausse le prix des billets de cinéma ou des achats aux comptoirs alimentaires. Ce n'est pas quelque chose que nous faisons habituellement ».

[128] En 2022 – année de leur mise en œuvre – les frais de gestion en ligne ont généré 11 678 336 dollars, puis un total de 27,3 millions de dollars en 2023 (environ 5,2 millions de dollars au premier trimestre, 7 millions au deuxième trimestre, 9,9 millions au troisième trimestre et 5,2 millions au quatrième trimestre).

D. Les ventes de billets de cinéma

[129] En 2022, près de la moitié (48 %) des billets de cinéma ont été achetés en personne dans les cinémas. Les autres ont été achetés en ligne.

[130] Environ les trois quarts des ventes de billets en ligne de Cineplex se font par l'intermédiaire d'appareils mobiles (sur le site Web ou l'application), tandis que le reste est acheté sur un ordinateur. Autrement dit, 75 % des achats de billets en ligne sont effectués à l'aide de téléphones mobiles et 25 % à l'aide d'un ordinateur. Sur ces 75 %, la moitié sont conclus sur le site Web mobile et l'autre moitié, sur l'application. Par conséquent, environ 37,5 % des acheteurs visitent la page des billets sur l'application.

[131] Les abonnés de CinéClub effectuent une très petite minorité des achats de billets en ligne et de l'ensemble des achats de billets (environ ■ % en juin 2022).

E. Le contenu pertinent de cineplex.com et de l'application

[132] La description suivante de la navigation sur le site Web et l'application est basée sur les éléments de preuve fiables dont dispose le Tribunal, plus particulièrement les pièces jointes à la déclaration de témoin de M. Zimmerman. Les constatations ci-dessous portent sur la structure et la conception du site Web et de l'application de Cineplex, mais il peut y avoir évidemment d'autres façons de se rendre sur des pages Web particulières du site ou de l'application.

[133] En arrivant sur la page d'accueil de cineplex.com ou en lançant l'application, l'utilisateur reçoit des renseignements sur les titres de films. Il peut ensuite consulter des pages Web qui le renseignent sur les films alors à l'affiche et à venir, l'emplacement des cinémas, les différents types d'expérience cinématographique (par exemple, des sièges privilégiés (premium) ou des écrans de différentes tailles) et lui donnent la date et l'heure des séances, et plus encore – le tout avant qu'il arrive à la page des billets. C'est à la page des billets que le prix des billets est affiché. Comme je l'ai indiqué plus haut, ce n'est qu'après avoir ouvert une session sur Cineplex Connect que l'utilisateur peut voir les prix.

[134] Après avoir choisi la catégorie et le nombre de billets sur la page des billets, l'utilisateur voit apparaître au bas de la page un ruban « flottant » qui affiche certains renseignements. Semblable au « faux plancher » ou au « plancher flottant », le ruban flottant crée l'illusion que la page Web est complète. Il demeure visible dans la partie inférieure de la page Web, même si l'utilisateur fait défiler la page vers le haut ou vers le bas. Les utilisateurs qui cliquent sur le bouton TRAITER sur le ruban flottant de la page des billets arrivent à la page de sélection des sièges. Après avoir sélectionné leurs sièges, les utilisateurs qui cliquent sur le bouton TRAITER sur le ruban flottant de la page de sélection des sièges accèdent à la page des modes de paiement. Ceux qui cliquent sur le bouton TRAITER sur le ruban flottant de la page des modes de paiement arrivent à la page de paiement.

[135] Le processus menant à la page des billets et, en fin de compte, à l'achat d'un billet par le consommateur présente un certain nombre de caractéristiques importantes qui peuvent être

comparées à un entonnoir (ce qu'a décrit M. Amir comme un [TRADUCTION] « entonnoir d'achat par le consommateur »).

[136] Les prix des billets de Cineplex ne sont pas uniformes pour tous les cinémas et tous les films. Les choix de l'utilisateur concernant le film, le type d'expérience, la salle de cinéma, la date et l'heure ont une incidence sur le prix des billets affiché sur la page des billets.

[137] En se rendant vers la page des billets, après avoir sélectionné un film, l'utilisateur peut avancer en cliquant sur « Achetez Billets » (dans un rectangle bleu) sur le site Web (que ce soit sur un téléphone mobile ou un ordinateur) ou en cliquant sur les dates et les heures de séances dans la rubrique d'achat de billets sur l'application. Les deux affichent (automatiquement) le cinéma Cineplex le plus proche de l'utilisateur où le film est présenté. L'utilisateur a la possibilité de sélectionner la date et l'heure de sa séance. Il peut aussi prévisualiser les sièges, ce qui lui permet d'accéder à une autre page Web où sont affichées les places occupées et libres dans la salle choisie. Sur cette page Web, l'utilisateur peut cliquer sur « Achetez billets » à partir de cet endroit, ce qui l'amène à la page des billets. Il n'a pas besoin d'ouvrir une session sur Cineplex Connect pour prévisualiser les sièges sur le plan de la salle.

[138] Comme je l'ai indiqué précédemment, le prix des billets est affiché sur la page des billets, mais l'utilisateur doit d'abord ouvrir une session sur Cineplex Connect. À cette fin, il saisit son adresse électronique et son mot de passe. Cineplex lui envoie ensuite un code à six chiffres par messagerie texte ou par message vocal automatisé sur son téléphone; il doit inscrire ce code pour s'authentifier. Le site Web et l'application reconnaissent si un utilisateur est un membre de Scène+ (si l'utilisateur a fourni l'information) ou un abonné de CinéClub. En d'autres termes, l'utilisateur doit ouvrir une session sur Cineplex Connect avant que le site Web ou l'application n'affiche les prix.

[139] La page des billets, sur le site Web et sur l'application, est la première page Web où Cineplex annonce le prix des billets de cinéma. Lorsque l'utilisateur atteint cette page, il a la possibilité de cliquer pour sélectionner la catégorie et le nombre de billets qu'il souhaite ajouter à son panier d'achat. L'affichage de la page des billets change alors pour fournir des renseignements supplémentaires qui reflètent les sélections de l'utilisateur. En revanche, aucune nouvelle page Web ne s'ouvre; toutes les modifications sont actualisées automatiquement et

instantanément sur la même page Web. La description suivante de la page des billets est donc divisée en deux sections.

[140] La page des billets (A) – Ce que l'utilisateur voit si aucun billet n'est encore sélectionné : Lorsque l'utilisateur qui a ouvert une session arrive sur la page des billets, des renseignements s'affichent sur le film, le cinéma, la date et l'heure des séances qui correspondent à ses choix. La rubrique dans le haut de la page Web, autant sur le site que sur l'application, indique Billets > Sièges > Paiement.

[141] La page des billets affiche des prix distincts pour trois catégories de consommateurs : admission générale, aîné et enfant. À côté de chaque option, à droite, il y a un bouton rectangulaire bleu avec la mention AJOUTEZ. Il est possible de cliquer sur ce bouton pour ajouter le billet souhaité.

[142] Sous les prix, l'utilisateur peut lire que les taxes applicables seront calculées à la caisse.

[143] Sur la page des billets de son site Internet (en haut à droite sur un ordinateur, et au milieu de la page sur un téléphone mobile), Cineplex annonce les avantages de l'abonnement à CinéClub, y compris l'annulation des frais de gestion en ligne. La publicité indique « Économisez immédiatement sur votre billet » et, plus bas, au troisième point : « Aucuns frais de réservation en ligne ». La publicité ne divulgue pas le montant de ces frais (c'est-à-dire les économies réalisées grâce à l'abonnement à CinéClub). Il y a un rectangle blanc encadré de bleu sur lequel il faut cliquer pour S'ABONNER À CINÉCLUB.

[144] Cette publicité de CinéClub n'apparaît pas sur l'application, de sorte qu'environ 37,5 % des acheteurs de billets de cinéma – ceux qui se rendent sur la page des billets de l'application – ne voient pas la publicité de CinéClub ni la mention « Aucuns frais de réservation en ligne ».

[145] Sur ce qui semble être le bas de la page des billets, on voit le ruban flottant (décrit ci-dessus) qui ne figurait pas sur les pages Web précédentes et qui donne d'autres renseignements. Dans la partie de gauche du ruban flottant se trouve une minuterie qui descend à partir de cinq minutes et indique le « temps restant ». Sur le côté droit du ruban flottant, on peut lire les mots « Sous-total : 0,00 \$ » (parce qu'aucun billet n'a encore été ajouté au panier d'achat), et le bouton TRAITER, toujours dans un rectangle bleu.

[146] L'utilisateur peut ou non faire défiler la page des billets vers le bas. Comme je l'ai indiqué précédemment, le défilement vers le bas n'a pas d'incidence sur le ruban flottant, qui reste toujours visible dans le bas de la fenêtre de l'utilisateur.

[147] D'autres renseignements figurent sur la même page de billets. Il est possible d'entrer un numéro de carte Scène+ et/ou des « Bons commerciaux ou code promotionnel » en cliquant sur un bouton pour saisir les informations requises. Dans le bas de la page des billets apparaît des renseignements sur les frais de gestion en ligne. Il est possible de cliquer sur le « i » encerclé de bleu pour être dirigé vers des renseignements supplémentaires sur ces frais dans une fenêtre contextuelle, décrite plus en détail ci-dessous. Sur cette page Web, on peut lire : « Les frais de gestion sont réduits pour les membres Scène+ et gratuits pour les membres CinéClub. Les taxes applicables seront calculées à la caisse ». À ce stade de la procédure, le montant des frais de gestion en ligne n'est pas affiché; le sous-total indique toujours « 0,00 \$ » parce qu'aucun billet n'a encore été sélectionné.

[148] Un clic sur le « i » encerclé de bleu ouvre une fenêtre contextuelle. Sous le titre « **Frais de gestion en ligne** », l'utilisateur peut lire « **1,50 \$ par billet d'entrée – non remboursables** » et la mention « Les frais de réservation en ligne sont fixés à un maximum de 4 billets par transaction ». Il voit aussi le message « 0 billet d'entrée x 1,50 \$ = **0,00 \$** » (en caractères gras dans l'original).

[149] Selon M. Eckert, les renseignements relatifs aux frais de gestion en ligne à ce stade sur la page des billets se trouvent « sous le pli », c'est-à-dire que pour la majorité des utilisateurs, il est nécessaire de faire défiler la page vers le bas pour les voir. J'y reviendrai sous peu.

[150] **La page des billets (B) – Ce que l'utilisateur voit si un billet est sélectionné :** Lorsque l'utilisateur sélectionne un billet, certains renseignements affichés sur la page des billets et le ruban flottant sont actualisés. Avec un clic, le bouton rectangulaire bleu AJOUTEZ à droite disparaît et est remplacé par le chiffre « 1 » entre les symboles + ou – qui se trouvent à l'intérieur de cercles. L'utilisateur peut modifier le nombre de billets en cliquant sur + ou – (plus ou moins) pour ajouter ou soustraire des billets de l'une des trois catégories. La page Web affiche alors le nombre de billets choisis. La procédure est sensiblement la même sur le site Web mobile et sur l'application.

[151] Lorsque l'utilisateur ajoute un ou plusieurs billets à son panier d'achat, le nombre situé à droite du « sous-total » sur le ruban flottant passe de « 0,00 \$ » à un montant correspondant à la somme du prix des billets plus les frais de gestion en ligne applicables. Par exemple, si l'utilisateur a cliqué pour sélectionner un billet d'admission générale au prix de 15,25 \$, le sous-total sur le ruban flottant indiquera « 16,75 \$ » ou « 16,25 \$ » pour un membre Scène+ qui a précisé ce statut sur le site Web ou l'application, ou bien « 15,25 \$ » si le site Web ou l'application reconnaît l'utilisateur comme un abonné de CinéClub.

[152] Après la sélection des billets, les renseignements sur le ruban flottant ne changent pas pour expliquer la façon dont le sous-total est calculé. Autrement dit, le ruban flottant n'avise pas l'utilisateur que le sous-total reflète le prix total des billets plus les frais de gestion en ligne applicables. L'utilisateur doit donc constater par lui-même que le sous-total n'est pas le nombre de billets multiplié par les prix applicables en faisant le calcul nécessaire. Il doit additionner les prix des billets et déduire cette somme du sous-total indiqué pour savoir quel est le montant des frais de gestion en ligne qui a été ajouté. Le ruban flottant n'indique pas séparément le coût total des billets et le coût total des frais de gestion en ligne.

[153] À cette étape, si l'utilisateur fait défiler l'écran vers le bas de la page des billets sur le site Web et sur l'application, les renseignements affichés à droite des mots « Frais de gestion en ligne » ne sont plus « 0,00 \$ » mais bien le total des frais applicables. Pour un billet, le montant des frais de gestion en ligne est « 1,50 \$ », sauf si l'utilisateur est membre de Scène+ (« 1,00 \$ ») ou abonné de CinéClub (« 0,00 \$ »). Pour un utilisateur qui n'est pas membre de Scène+ ou abonné de CinéClub et qui achète quatre billets ou plus, les frais de gestion en ligne s'élèveront à « 6,00 \$ ».

[154] Un nouveau clic sur le « i » encerclé de bleu ouvre une fenêtre contextuelle dans le haut de la page des billets. Sous le titre « **Frais de gestion en ligne** », l'utilisateur peut lire « **1,50 \$ par billet d'entrée – non remboursables** » et la mention « Les frais de réservation en ligne sont fixés à un maximum de 4 billets par transaction ». Cette fenêtre contextuelle indique désormais le nombre de billets de cinéma et le montant total des frais de gestion en ligne, par exemple, « 4 billets d'entrée x 1,50 \$ = **6,00 \$** » (en caractères gras dans l'original).

[155] Pour voir le total des frais de gestion en ligne sur cette page Web sans faire le calcul nécessaire décrit ci-dessus, l'utilisateur doit faire défiler la page vers le bas ou bien la faire défiler et cliquer sur le « i » encerclé de bleu pour obtenir des renseignements supplémentaires.

[156] L'utilisateur ne peut pas procéder à l'achat d'un billet de cinéma en ligne sans avoir au préalable cliqué sur le bouton AJOUTEZ pour sélectionner au moins un billet de cinéma sur la page des billets. Si le consommateur clique sur le bouton TRAITER sans cliquer sur le bouton AJOUTEZ pour sélectionner un billet de cinéma, une fenêtre d'avertissement s'affiche, et il lui est impossible de poursuivre la transaction tant qu'il n'a pas choisi de billet. Cineplex a qualifié cette fonction de [TRADUCTION] « verrouillage », car elle empêche l'utilisateur de passer à l'étape suivante de la sélection des sièges sur le site Web ou l'application tant qu'il n'a pas choisi au moins un billet.

[157] Cependant, une fois les billets sélectionnés, l'utilisateur n'est pas obligé de faire défiler la page des billets jusqu'en bas (où se trouvent les renseignements sur les frais de gestion en ligne) avant de pouvoir avancer en cliquant sur le bouton TRAITER.

[158] M. McGrath a affirmé dans son témoignage que Cineplex avait très précisément conçu la page des billets pour que le prix total d'achat en ligne (donc le sous-total, c'est-à-dire le prix total des billets plus les frais de gestion en ligne applicables, mais avant les taxes) se trouve juste à côté du bouton TRAITER, ce qui permettait de s'assurer que les consommateurs voient le prix en ligne avant de passer à la page suivante.

[159] **La page de sélection des sièges :** À l'étape suivante, l'utilisateur est invité à sélectionner les sièges pour le film dans le cinéma choisi. Dans la page de sélection des sièges, les renseignements sur le ruban flottant changent comparativement à ceux sur la page des billets. On voit désormais le mot « Total », qui représente la somme du prix de tous les billets, plus la somme des frais de gestion en ligne applicables, plus les taxes. Après avoir sélectionné les sièges, l'utilisateur clique sur le bouton TRAITER pour arriver à la page des modes de paiement.

[160] **La page des modes de paiement :** C'est à cet endroit que l'utilisateur sélectionne la méthode de paiement. Le total indiqué sur le ruban flottant est toujours le prix des billets plus les

frais de gestion en ligne et les taxes applicables. L'utilisateur choisit son mode de paiement, puis clique sur le bouton TRAITER pour accéder à la page de paiement (voir ci-dessous).

[161] La page des modes de paiement sur le site Web (encore une fois, que ce soit sur un ordinateur ou un téléphone mobile) et sur l'application affiche un récapitulatif de la commande, qui indique le nombre de billets d'entrée sélectionnés et leur coût total, les frais de gestion en ligne et leur total ainsi que le total des taxes, puis un total. Un « i » encerclé de bleu apparaît à côté des frais de gestion en ligne, et l'utilisateur peut cliquer dessus pour obtenir des renseignements (les mêmes que sur la page des billets (B) examinée ci-dessus (au paragraphe 154)). Il est important de souligner que le récapitulatif de la commande n'est visible sur le site Web ou l'application que si l'utilisateur fait défiler la page vers le bas pour le voir.

[162] Sous le récapitulatif de la commande, on peut lire la mention : « En continuant après cette page, vous acceptez nos MODALITÉS. »

[163] Le ruban flottant reste dans le bas de la page des modes de paiement sur le site Web et l'application, avec le compte à rebours (« Temps restant ») sur le côté gauche puis, sur le côté droit, le prix total et le bouton rectangulaire bleu cliquable pour procéder à l'achat.

[164] L'utilisateur peut cliquer sur le bouton TRAITER et passer à la page suivante sans avoir à faire défiler la page pour prendre connaissance du récapitulatif de la commande ou de la déclaration relative aux MODALITÉS.

[165] **La page de paiement :** Une fois que l'utilisateur arrive à la page de paiement sur un ordinateur, le ruban flottant affiche un compte à rebours, redémarré à 15:00 (« Temps restant »). La page Web affiche le film sélectionné, la date, l'heure et le lieu choisis, et elle permet à l'utilisateur de vérifier sa commande grâce à un message affiché au-dessus du montant total de la commande. Elle contient des champs pour saisir les informations relatives à la carte de crédit ou à d'autres modes de paiement et, une fois que l'utilisateur a fait défiler la page Web vers le bas, il peut voir le rectangle bleu sur lequel il doit cliquer pour conclure son achat. Lorsque l'utilisateur consulte le site Web sur son téléphone mobile ou sur l'application, les renseignements sur la page de paiement sont essentiellement les mêmes, mais sans ruban flottant avec un compte à rebours.

F. Le défilement et les renseignements au-dessus et au-dessous du pli

[166] Sur certaines pages du site Web et de l'application, l'utilisateur peut ou doit faire défiler la page pour avancer. Il arrive que le film souhaité n'apparaisse pas immédiatement à l'écran et que l'utilisateur soit obligé de le rechercher en faisant défiler la page Web. L'utilisateur peut aussi vouloir aller au cinéma, mais sans avoir encore choisi de film, et parcourt donc le site Web ou l'application pour en trouver un qui l'intéresse. Un autre exemple est lié à l'application où l'utilisateur, après avoir sélectionné un film, arrive sur une page Web d'achat des billets où il choisit une date de représentation. Il doit ensuite faire défiler l'écran vers le bas pour cliquer sur une heure de séance à cette date et à l'endroit choisi, ce qui lui permet d'accéder à la page des billets.

[167] MM. McGrath et Amir ont confirmé que sur la page des billets, après avoir ajouté un billet au panier d'achat, l'utilisateur du site Web sur son appareil mobile ou l'application n'a pas besoin de faire défiler la page des billets jusqu'en bas avant de pouvoir avancer en cliquant sur TRAITER.

[168] M. McGrath a confirmé qu'un ruban flottant sur l'application permet à l'utilisateur de cliquer sur le bouton TRAITER sans jamais faire défiler la page Web jusqu'en bas.

[169] M. Amir a confirmé que, sur tous les téléphones mobiles, un utilisateur peut suivre le processus d'achat sans jamais voir les renseignements qui sont divulgués sous le pli au sujet des frais de gestion en ligne.

[170] M. Amir a expliqué par ailleurs que les sites Web étaient autrefois conçus de manière à obliger le consommateur à faire défiler la page jusqu'au bas de la page avant de cliquer sur un bouton pour passer à la page suivante, mais que les gens ne trouvaient pas le bouton quand ils le souhaitaient. M. Amir a souligné qu'il était plus pratique que le bouton permettant de poursuivre la transaction soit affiché en tout temps, comme c'est le cas actuellement grâce au ruban flottant. En d'autres termes, la conception actuelle (qui n'oblige pas le consommateur à faire défiler la page vers le bas et donc à voir tous les renseignements sur les prix avant de procéder à l'achat) est un choix délibéré que Cineplex a fait. Cineplex pourrait obliger le consommateur à se rendre jusqu'au bas de la page pour cliquer sur le bouton TRAITER si elle le souhaitait.

[171] Comme il est indiqué ci-dessous, M. Eckert a fourni des renseignements de fond et une compréhension solides de cet aspect de la preuve, entre autres, et j'accepte son témoignage.

[172] Dans son rapport, M. Eckert a expliqué que, à l'instar des journaux vendus en kiosque, le concept de « pli » sur une page Web s'applique au marketing numérique et à la conception de sites Web. Comme les pages Web ne se plient pas comme les journaux, la ligne de pliage désigne le bord inférieur de l'écran où le navigateur Web coupe le contenu et oblige l'utilisateur à faire défiler la page vers le bas pour voir le reste du contenu. Tout ce qui se trouve après ce point de défilement est considéré comme étant en dessous du pli.

[173] Le pli est important, parce que le défilement est une action supplémentaire que les utilisateurs doivent effectuer pour accéder au contenu. Indépendamment de la taille de l'écran ou du type d'appareil utilisé, les pratiques exemplaires de marketing en ligne font ressortir que [TRADUCTION] « tout ce qui est de première importance est placé dans la première partie de la page Web que voit l'utilisateur avant d'être obligé de faire défiler la page vers le bas pour obtenir plus de renseignements ». M. Eckert a mentionné une étude du Nielsen Norman Group, fondée sur des preuves quantitatives, qui a révélé une chute spectaculaire de l'attention des utilisateurs à la position du pli de la page – les renseignements situés immédiatement au-dessus du pli étaient vus 102 % plus souvent que ceux qui étaient situés immédiatement en dessous.

[174] Selon le rapport de M. Eckert, lorsque les utilisateurs ne voient pas de renseignements utiles, ils cessent de faire défiler la page. En outre, ils font défiler les pages lorsqu'ils ont une raison de le faire.

G. Le compte à rebours sur le ruban flottant

[175] Un compte à rebours se trouve dans la partie gauche du ruban flottant, à partir de la page des billets. Lorsque l'utilisateur passe à la page Web suivante, la minuterie se réinitialise, mais l'utilisateur n'en est pas informé.

[176] M. McGrath a déclaré que le compte à rebours était justifié pour des raisons matérielles liées à la gestion des ressources informatiques : en fait, il sert à faire en sorte que les transactions abandonnées ou incomplètes n'encombrent pas les communications entre le site Web et le système de billetterie (qui compte les différents cinémas). Il a précisé qu'un compte à rebours

fait partie de l'architecture sous-jacente du logiciel Vista que Cineplex a acquis comme moteur de billetterie en ligne et que la minuterie faisait partie du flux d'achat bien avant l'introduction des frais de gestion en ligne. Autrement dit, selon lui, le compte à rebours n'a rien à voir avec la mise en œuvre des frais de gestion en ligne et vise un objectif différent.

[177] Toutefois, les billets ne sont pas retirés du système (c'est-à-dire qu'ils ne deviennent pas indisponibles) tant que l'utilisateur ne clique pas sur le bouton TRAITER après avoir sélectionné au moins un billet et qu'il ne passe pas à la page de sélection des sièges.

H. Les pages de conversion

[178] M. Eckert a décrit deux principes de configuration pour la conception des pages Web, connus sous le nom de « modèle de lecture en F » (*F-pattern*) et « modèle de lecture en Z » (*Z-pattern*). Le modèle en Z est utilisé pour les pages de conversion qui ont pour seul objectif de convertir les utilisateurs en consommateurs, comme la page des billets sur le site Web et l'application de Cineplex.

[179] Comme on peut le lire dans le rapport de M. Eckert, les pages de conversion [TRADUCTION] « sont conçues pour faire passer rapidement l'utilisateur du chargement initial de la page à la sélection et à l'étape suivante que le propriétaire du site Web souhaite qu'il franchisse dans l'entonnoir des ventes ». Sur une page de conversion, le bouton d'appel à l'action est placé à la fin du Z (c'est-à-dire dans le coin inférieur droit), comme sur le site Web de Cineplex, où le bouton TRAITER est situé à cet endroit sur le ruban flottant.

[180] M. Eckert a admis en contre-interrogatoire que, s'il s'agissait de montrer clairement le prix total au consommateur, Cineplex avait fait du bon travail. Il a également convenu que si l'utilisateur faisait défiler la page vers le bas, il verrait les frais de gestion en ligne séparés du prix des billets dans le sous-total du ruban flottant.

[181] Toutefois, M. Eckert a également fait valoir ce qui suit dans son rapport en ce qui concerne le brouillage du contenu :

[TRADUCTION]

36. Les pages de conversion sont généralement les pages les plus

importantes d'un site Web et sont soigneusement conçues pour optimiser les conversions, que l'objectif soit d'accroître le nombre de pistes ou de mousser les ventes sur le site Web. Il est primordial de comprendre les dimensions de l'écran de l'utilisateur dans ces scénarios pour concevoir une page Web réussie où l'appel à l'action est situé à l'endroit optimal dans l'écran de l'utilisateur, au-dessus du pli de la page.

37. Pour que l'utilisateur voie l'appel à l'action principal au-dessus du pli, Cineplex.com utilise un ruban flottant sur le bord inférieur du navigateur afin que la minuterie et l'appel à l'action principal soient toujours visibles. Cette approche comporte deux éléments importants qui ont un impact sur l'expérience de l'utilisateur en brouillant d'autres contenus de la page Web qui permettent de comprendre les frais supplémentaires associés à l'achat de billets en ligne, ce qui est appelé les frais de gestion en ligne. Le premier est la création d'un faux plancher. Le deuxième est le fait qu'on décourage l'utilisateur de faire défiler la page vers le bas en ajoutant un compte à rebours et un bouton d'appel à l'action au-dessus du pli.

[Non souligné dans l'original.]

[182] Selon M. Eckert, le problème du « faux plancher » dans l'expérience utilisateur survient lorsque la conception de la partie d'une page Web située au-dessus du pli crée [TRADUCTION] « une illusion d'exhaustivité », ce qui peut freiner le défilement. Lorsque le bouton principal d'appel à l'action est également situé au-dessus du pli, il encourage l'utilisateur à se [TRADUCTION] « convertir » (c'est-à-dire à procéder à la transaction) sans avoir à faire défiler la page Web plus loin. En plus d'un compte à rebours, l'ajout d'un bouton d'appel à l'action (ici, le bouton TRAITER sur la page des billets du site Web et de l'application) au-dessus du pli [TRADUCTION] « dissuade l'utilisateur de faire défiler la page puisqu'il peut sélectionner ses billets et se convertir sans avoir à faire défiler la page vers le bas ».

[183] M. Eckert a déclaré à l'audience que le faux plancher encourage l'utilisateur à continuer la transaction sans faire défiler la page, étant donné qu'il n'est pas tenu d'aller plus bas. Selon lui, le consommateur dispose de tous les renseignements nécessaires pour aller de l'avant, et ils sont présentés au-dessus du pli.

[184] J'accepte le témoignage de M. Eckert sur les pages de conversion tel qu'il vient d'être exposé.

I. Ce que voient les utilisateurs du site Web

[185] Le rapport de M. Eckert traite également des dimensions et des résolutions d'écran standards, suivant des paramètres de résolution d'écran acceptés par l'ensemble de l'industrie et tirés de données publiques provenant d'une source qui fournit des mesures de résolution d'écran en temps réel à partir de plus de 5 milliards de pages vues par mois sur plus de 1,5 million de sites Web. À l'audience, il a souligné que la source surveillait plus de 5 milliards de clics (visites de pages Web) par mois et qu'il n'y avait aucune raison de penser que les clients de Cineplex étaient différents des autres. Son entreprise utilise ces statistiques globales lorsqu'elle ne dispose pas d'analytique du site Web d'un client, une pratique qui est d'importance capitale dans le secteur de la conception professionnelle de sites Web et est publiée sur les sites Web des agences et sur les plateformes de test de sites Web de qualité professionnelle.

[186] M. Eckert a indiqué que d'après des statistiques datant de novembre 2023, les concepteurs de sites Web constatent que 69,33 % de tous les internautes utilisent une résolution d'écran maximale avec une hauteur fixe allant jusqu'à 1 080 pixels ou moins, tandis que 2,97 % des internautes disposent d'une résolution maximale de 1 440 pixels ou moins (les chiffres sont indéterminés pour les 28,13 % restants). Sur cineplex.com, les frais de gestion en ligne sur la page des billets sont présentés à un endroit situé bien au-delà de ce que les principaux navigateurs Web peuvent afficher au-dessus du pli, soit à 1 330 pixels sous la limite supérieure de l'écran de navigation.

[187] Par ailleurs, toujours en partant des données sur les résolutions d'écran de novembre 2023, M. Eckert a démontré que plus de 69 % des internautes utilisant un ordinateur ne verraient pas facilement les renseignements sur les frais de gestion en ligne situés sous le pli, près du bas de la page des billets sur le site cineplex.com. Pour la version mobile du site Web et l'application, l'endroit où sont affichés les frais de gestion en ligne dépasse également la zone de visualisation maximale, sans défilement vers le bas, des téléphones mobiles contemporains. M. Eckert a montré que plus de 63 % des utilisateurs de téléphones mobiles ne verraient pas les renseignements sur les frais de gestion en ligne situés sous le pli près du bas de la page des billets sur l'application sans faire défiler la page vers le bas. L'une des captures d'écran de

l'application réalisées par M. Amir confirme que ce qu'il a vu sur la page des billets correspondait au témoignage de M. Eckert.

[188] M. Eckert a mentionné deux études réalisées en 2010 et en 2018 par le Nielsen Normal Group (qu'il a qualifié à l'audience de [TRADUCTION] « chercheurs de renommée mondiale en matière d'expérience utilisateur ») sur la manière dont les internautes consomment le contenu des pages Web et sur la fréquence à laquelle ils font défiler les pages pour voir plus loin que ce qui est affiché initialement. Ces études ont montré que les utilisateurs passaient plus de la moitié de leur temps à prendre connaissance du contenu situé au-dessus du pli. Dans les deux études, les chercheurs ont observé une forte diminution de l'attention dirigée vers ce qui est situé au-dessous du pli.

[189] Voici la conclusion que M. Eckert a formulée au paragraphe 48 :

[TRADUCTION]

La conception de la page des billets de cineplex.com, qui comporte un ruban flottant dans la partie inférieure avec un compte à rebours et un bouton d'appel à l'action, crée un faux plancher sur le site Web de même que sur les applications mobiles. Cette mise en page place les renseignements importants concernant les frais ajoutés aux réservations en ligne sous les limites de profondeur d'écran de la quasi-totalité des dispositifs contemporains. Je suis d'avis que la page des billets de cineplex.com n'encourage pas les utilisateurs à faire défiler la page pour visualiser ce qui se trouve sous le pli. Le ruban flottant est conçu de manière à ce que les utilisateurs puissent se convertir sans faire défiler la page pour découvrir des renseignements supplémentaires.

[Non souligné dans l'original.]

[190] J'accepte le témoignage de M. Eckert.

[191] Les rapports de M. Amir ne mentionnent pas le concept de faux plancher. À l'audience, il a toutefois déclaré que l'industrie parle d'un [TRADUCTION] « plancher flottant » (plutôt que d'un faux plancher) qui aide les utilisateurs à voir le bouton d'appel à l'action. Il a expliqué que les gens font défiler les pages parce qu'ils veulent trouver des renseignements pertinents. Bien qu'il ait évoqué à l'audience les études qu'il a menées auprès d'entreprises montrant qu'un plancher

flottant n'empêche pas les consommateurs de faire défiler les pages (au contraire, il aide les gens à voir le bouton d'appel à l'action), M. Amir n'a pas donné plus de détails sur ses travaux et n'a pas lui-même analysé le site Web ou l'application de Cineplex. M. Amir a critiqué les rapports de M. Eckert en reprochant à ce dernier de ne pas avoir vérifié empiriquement si ses opinions reflétaient fidèlement le comportement des consommateurs et a fait valoir dans son rapport initial que la conclusion de M. Eckert selon laquelle les consommateurs utilisant le site Web de Cineplex étaient dissuadés de faire défiler la page vers le bas restait [TRADUCTION] « entièrement hypothétique et donc trompeuse ». Dans son rapport en contre-réplique, il a affirmé que le rapport de M. Eckert ne s'appuyait sur aucune étude empirique qui aurait permis de savoir si les consommateurs de Cineplex faisaient défiler les pages ou non. Cependant, M. Amir n'a pas offert d'explication raisonnée pour contester l'opinion de M. Eckert sur la conception de sites Web et, contrairement à M. Eckert, il ne s'est reporté à aucun élément de preuve externe pour étayer ses propos. Le témoignage de M. Eckert n'était ni hypothétique ni trompeur.

[192] M. Amir n'a pas commenté l'utilisation que fait M. Eckert d'études externes sur les dimensions et les résolutions des écrans ou sur ce qu'un utilisateur verrait en consultant des pages Web, à part affirmer que M. Eckert n'a ni appliqué ses descriptions aux consommateurs réels de Cineplex ni décrit leurs expériences.

[193] Dans son témoignage en interrogatoire préalable (consigné au dossier à l'audience), Cineplex a souligné qu'elle ne faisait pas de suivi du défilement des utilisateurs sur ses pages Web ou son application. Elle n'a pas produit d'analytique ou d'autres éléments de preuve au sujet des habitudes d'utilisation des consommateurs sur son site Web et, plus précisément, aucune preuve sur la consultation des renseignements au-dessus et au-dessous du pli ou encore au sujet des comportements de défilement sur la page des billets. Elle n'a pas non plus fourni de preuve relative à la conception de son site Web ou à l'expérience et au comportement attendus des utilisateurs de la part de toute personne directement impliquée dans les décisions conceptuelles et stratégiques sous-tendant cineplex.com ou la page des billets.

J. Les statistiques relatives au site Web

[194] Cineplex possède certaines données sur les visites et les visiteurs de son site Web au moyen d'ordinateurs et de téléphones mobiles. L'entreprise ne suit pas ce trafic sur l'application.

[195] Selon les données recueillies, au cours des six derniers mois de 2022, les utilisateurs ont visité le site Web de Cineplex environ 97 millions de fois. Il n’y a aucune information sur le nombre de visiteurs réels ou de visiteurs uniques du site Web. Pour l’ensemble du trafic sur le site Web, environ 11,8 % de visites (et non de visiteurs) ont atteint le panier d’achat d’un utilisateur sur la page des billets. De ce nombre, environ 42 % (soit à peu près 5 % des visites initiales) ont donné lieu à un achat de billets en ligne. Les 58 % restants ne se sont pas conclus par une vente de billet.

[196] Les données relatives au site Web de Cineplex pour l’année civile 2022 (ce qu’on désigne [TRADUCTION] l’« entonnoir de ventes par page vue » ou *Ticketing Funnel by Page Views*) montrent le processus de vente de billets par page vue et par groupe de consommateurs. Au cours de cette période, globalement, environ 52 % des consommateurs ayant visité la page des billets ont sélectionné une quantité de billets (qui ont été placés dans leur panier d’achat), environ 28 % ont accédé à la sélection des sièges, environ 14 % ont consulté les modes de paiement et 6,5 % se sont rendus à l’étape de la commande. Les chiffres sont également ventilés par groupes de consommateurs (soit le nombre et la proportion d’abonnés de CinéClub, de membres de Scène+ et de consommateurs réguliers atteignant chaque étape de la billetterie). À partir de la page des billets du site Web, les données de Cineplex pour l’année civile 2022 concernant l’application et le site Web mobile (dans la section intitulée [TRADUCTION] « Comparaison de l’entonnoir de ventes – retombées » ou *Ticketing Funnel Comparison – Fallout*) montrent également une baisse marquée du nombre de visiteurs au fur et à mesure qu’ils progressent au travers des étapes.

[197] Selon les données de Cineplex, du début à la fin de leur visite, les consommateurs mettent en moyenne trois minutes et une seconde pour effectuer une transaction sur le site Web et deux minutes et 34 secondes sur l’application.

K. Les autres aspects du témoignage de M. McGrath concernant le site Web et l’application

[198] M. McGrath a reconnu qu’il existait d’autres façons de concevoir certaines pages Web et que des renseignements supplémentaires auraient pu être inclus sur certaines pages. Par exemple, Cineplex pourrait afficher le prix tout compris (M. McGrath estimait néanmoins que ce chiffre

serait trompeur) ou ajouter un lien en bleu à côté des renseignements sur les sièges qui permettrait d'afficher le prix des billets achetés au cinéma.

[199] M. McGrath estimait qu'il serait trompeur de préciser un prix tout compris aux consommateurs (c'est-à-dire le [TRADUCTION] « prix de base » du billet plus les frais de gestion en ligne) sur la page des billets, étant donné que, à son avis, les consommateurs paient pour deux produits distincts lorsqu'ils paient le prix du billet de cinéma et les frais de gestion en ligne.

[200] Selon M. McGrath, il y avait [TRADUCTION] « deux produits différents achetés dans le processus de réservation en ligne » : (i) le billet pour la séance et (ii) une place garantie à l'avance pour cette séance. Il a fait remarquer que ces produits ont une valeur et un prix distincts. Il a expliqué que les acheteurs obtiennent la certitude d'avoir le siège de leur choix et une place garantie grâce à l'achat en ligne, peu importe l'endroit où l'utilisateur se trouve à un moment donné (plutôt que d'être obligé de se rendre au cinéma pour acheter les billets et réserver ses places). Les acheteurs reçoivent une copie numérique du billet, qui peut être partagée avec d'autres personnes qui assistent à la séance. M. Amir a souligné qu'à son avis, la sélection préalable des sièges présente une valeur pour les consommateurs, qui ont ainsi [TRADUCTION] « la certitude de savoir qu'ils ont une place réservée et qu'ils peuvent choisir de bons sièges ».

[201] Toutefois, ce qui est ressorti clairement à l'audience, c'est que les acheteurs ne peuvent pas acheter un billet d'entrée sans choisir de siège, que ce soit en ligne ou en personne au cinéma. Voilà qui semble contredire le paragraphe 60 de la déclaration de témoin de M. McGrath, selon qui :

[TRADUCTION]

[...] les consommateurs peuvent acheter des billets dans les cinémas ou sur le site Web ou l'application. Ces deux dernières méthodes permettent aux consommateurs d'acheter des billets à l'avance puis de sélectionner et de réserver immédiatement les places qu'ils veulent.

[Non souligné dans l'original.]

[202] Les mots soulignés donnent l'impression que les achats de billets au cinéma diffèrent des achats en ligne, mais ce n'est pas le cas. M. McGrath a confirmé en contre-interrogatoire qu'il est également possible d'acheter des billets à l'avance au cinéma, que ce soit des heures ou des

jours avant la séance, puis de sélectionner et de réserver immédiatement la place désirée. L'achat préalable de billets au cinéma fait en sorte qu'une place est réservée pour le consommateur et que ce siège n'est plus disponible pour ceux qui achètent des billets en personne ou en ligne. Pour l'achat de billets en ligne ou au cinéma, Cineplex utilise le même système de réservation de sièges (logiciel Vista). Dans les deux cas, si le consommateur qui achète préalablement des billets ne se présente pas à la séance, le siège demeure vide. La différence importante entre les méthodes d'achat, s'il en existe une, c'est que l'utilisateur qui a acheté ses billets de cinéma en ligne a dû payer les frais de gestion associés, mais pas le consommateur qui a acheté les billets au cinéma même.

[203] Bien que le système de réservation interne de Cineplex puisse traiter séparément l'achat du billet de cinéma et le choix de la place correspondante, en pratique, le billet et le siège sont évidemment liés l'un à l'autre. Peu importe que l'achat se fasse en ligne ou en personne au cinéma, il est impossible d'assister à un film Cineplex sans disposer d'un siège dans la salle et il est impossible d'obtenir une place sans acheter de billet d'entrée. Cineplex ne propose pas aux consommateurs deux produits distincts pouvant être achetés ou utilisés séparément.

L. Le début du processus d'achat sur le site Web et l'application

[204] Les parties ont consacré une partie considérable de l'audience à présenter des éléments de preuve relativement au point où s'enclenche le processus d'achat sur cineplex.com et sur l'application. Selon les plaidoiries du commissaire à la fin de l'audience, ce processus commence sur la page d'accueil. Cineplex, soutenue par la déclaration et le témoignage de M. McGrath, estimait que le processus d'achat s'amorce sur la page des billets, au moment où le consommateur sélectionne un produit (c'est-à-dire un billet de cinéma) en cliquant sur le bouton AJOUTEZ. (Voir la section sur la page des billets (B) ci-dessus.)

[205] Je n'ai pas été convaincu que le point où commence le processus d'achat sur le site Web ou l'application jouait un rôle important en l'espèce (si tant est qu'il jouait un rôle). Ni l'alinéa 74.01(1)a), ni le paragraphe 74.01(1.1) de la *Loi sur la concurrence* ne mentionnent l'existence, obligatoire ou pas, d'un « processus d'achat ». Cineplex a indiqué dans ses plaidoiries que la question n'était pas pertinente pour l'application du paragraphe 74.01(1.1) et qu'elle n'entrait pas dans le champ d'application de la loi. Il a également été question de

discussions sur le processus d'achat en lien avec des règles proposées par la US Federal Trade Commission.

[206] Néanmoins, je ferai les constatations et observations factuelles suivantes au cas où le début du processus d'achat était utile pour trancher la présente affaire.

[207] L'ensemble de la preuve n'établit selon moi aucun fondement convaincant qui m'amènerait à conclure que le processus d'achat « commence » sur une page Web particulière, ou à un endroit spécifique de l'application, à l'exception peut-être de la page d'accueil. Le site Web et l'application servent d'entonnoir destiné à convertir les visiteurs en acheteurs de billets. Le processus requérant de cliquer sur le site Web ou l'application est conçu intégralement pour encourager les utilisateurs à sélectionner une séance (c'est-à-dire un film à voir dans un cinéma, à une date et à une heure donnés), puis à acheter un billet pour y assister.

[208] Afin de déterminer où se situait le point de départ du processus d'achat, les parties ont fortement insisté sur le contenu de la page des billets et les actions de l'utilisateur sur cette page. Pourtant, une grande partie du site Web et de l'application dans leur ensemble, depuis la page d'accueil, contient des renseignements relatifs à l'achat de billets de cinéma. Il n'y a pas d'énoncé précis invitant l'utilisateur à entrer dans le processus d'achat ou l'informant qu'il est en train d'y entrer. Selon moi, il y a au moins quatre points différents où l'on pourrait affirmer que le processus d'achat commence.

[209] Avant d'accéder à la page des billets, l'utilisateur doit ouvrir une session en s'identifiant et en saisissant un code d'authentification. Au moins une page Web avant la page des billets présente un contenu qui évoque explicitement l'intention d'acheter des billets, puisque l'utilisateur doit cliquer sur le bouton « Achetez billets » sur le site Web (ou sous la rubrique des billets de l'application) pour passer à la page suivante. Sur l'application, la rubrique des billets apparaît avant que l'utilisateur sélectionne une date, une heure et un cinéma pour voir le film de son choix. Il doit cliquer sur ce bouton pour accéder à la page des billets. Le bouton ou la rubrique permettant l'achat de billets et le fait de cliquer ensuite pour atteindre puis aller au-delà de ces pages Web du site Web ou de l'application pourraient indiquer à l'utilisateur qu'il est entré dans le processus d'achat.

[210] La page des billets elle-même comporte les rubriques Billets > Sièges > Paiement et affiche les prix en offrant la possibilité de cliquer pour ajouter un ou plusieurs billets au panier d'achat. Le simple affichage de cette information pourrait aviser l'utilisateur qu'il est entré dans le processus d'achat (avant de cliquer pour ajouter un billet).

[211] Sur la page des billets, l'utilisateur peut cliquer sur le bouton AJOUTEZ pour ajouter un ou plusieurs billets dans son panier d'achat, ce qui pourrait lui indiquer qu'il est entré dans le processus d'achat. Un sous-total du prix des billets plus les frais de gestion en ligne afférents s'affiche alors. Cependant, à ce stade, aucun billet n'est réellement retiré des billets disponibles.

[212] Le fait de cliquer sur la page de sélection des sièges pourrait indiquer à l'utilisateur qu'il est entré dans le processus d'achat. Les billets sont retirés des billets disponibles et conservés temporairement pour l'utilisateur à ce stade, mais un grand nombre de consommateurs abandonnent (c'est-à-dire qu'ils mettent fin au processus d'achat et quittent le site Web) au moment de la sélection des sièges. Étant donné qu'il est impossible d'acheter un billet sans choisir de siège précis – ce que l'utilisateur n'a pas encore fait en arrivant sur cette page Web – les billets sont ensuite remis parmi les billets disponibles si l'achat est abandonné.

[213] Dans le cas où l'utilisateur choisit de continuer, il passe à la page des modes de paiement, puis à la page d'achat s'il conclut son achat.

[214] À la lumière de ces éléments de preuve, je ne vois rien qui permet d'identifier de façon convaincante la page Web ou le moment précis où le processus d'achat commence, que ce soit sur le site Web ou sur l'application, sauf peut-être la page d'accueil à laquelle l'utilisateur est présumé accéder en premier.

[215] Les données confirment l'observation de Cineplex selon laquelle une vaste majorité d'utilisateurs du site Web ne se rendent pas à la page des billets. Cineplex a fait valoir qu'il est possible d'en conclure que les pages Web précédant la page des billets étaient destinées à permettre aux consommateurs de recueillir des renseignements avant d'entamer l'achat de billets en cliquant sur le bouton AJOUTEZ sur la page des billets. Cependant, il est également vrai que le nombre d'utilisateurs s'amenuise constamment à chaque page suivant la page des billets. Seul un très faible pourcentage des personnes qui accèdent à la page des billets achètent finalement

des billets sur le site Web. La preuve ne montre pas de délimitation claire avant et après le moment où l'utilisateur clique sur le bouton AJOUTEZ de la page des billets.

[216] J'accepte que la page des billets ait été conçue comme une page de « conversion » qui encourage l'utilisateur à cliquer sur le bouton TRAITER pour avancer. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'utilisateur soit nécessairement converti en acheteur ou que le processus d'achat commence nécessairement par un clic sur le bouton AJOUTEZ, étant donné le contenu des pages Web précédant la page des billets, le contenu de la page des billets (A) et les données relatives aux utilisateurs de sites Web.

[217] Compte tenu de l'ensemble des facteurs susmentionnés, il serait artificiel de conclure que les pages Web précédant la page des billets servent uniquement à donner des renseignements et que le processus d'achat ne commence qu'à la page des billets lorsque l'utilisateur clique sur le bouton AJOUTEZ.

V. LES DISPOSITIONS APPLICABLES DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

A. Les dispositions relatives aux comportements susceptibles d'examen

[218] À l'article 74.01, plus précisément l'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.01(1.1), le législateur définit certains comportements liés aux indications données au public qui constituent des comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.1.

[219] Le paragraphe 74.03(4) prévoit qu'« il est entendu » qu'il n'est pas nécessaire, dans toute instance intentée en vertu des articles 74.01 et 74.02, d'établir qu'une personne a été trompée ou induite en erreur.

[220] Le paragraphe 74.03(5) précise que, dans toute instance intentée en vertu de l'article 74.01, pour déterminer si le comportement est susceptible d'examen, il est tenu compte de l'impression générale donnée par les indications ainsi que du sens littéral de celles-ci.

[221] Cineplex n'a pas prétendu qu'elle avait fait preuve de toute la diligence voulue aux termes du paragraphe 74.1(3).

B. Les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses figurant à l'article 74.01

[222] La présente instance met en jeu les objectifs généraux de la *Loi sur la concurrence* et des dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses de la partie VII.1, plus particulièrement les paragraphes 74.01(1) et (1.1).

[223] Dans leurs observations, les parties se sont reportées à l'objet général de la *Loi sur la concurrence* et aux objectifs des paragraphes 74.01(1) et (1.1). Dans ses observations écrites, le commissaire a laissé entendre que le paragraphe 74.01(1.1) vise à [TRADUCTION] « protéger le consommateur », objet qu'il a précisé dans ses plaidoiries pour mieux refléter ce qui constituait, selon lui, les objectifs des dispositions.

[224] Comme le texte qu'elle a remplacé, soit la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, la *Loi sur la concurrence* a pour objet de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale au Canada et de décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne : voir *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 à la p 676; *R c Wholesale Travel Group Inc*, [1991] 3 RCS 154 aux pp 190, 198–199 (le juge en chef Lamer) et aux pp 256–57 (le juge Iacobucci); *Alex Couture Inc c Canada (Procureur général)* (1991), 38 CPR (3d) 293 (CA Qc) aux pp 320, 321b, 324c-d.

[225] L'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* énonce l'objet de la loi :

Objet et définitions	Purpose and Interpretation
Objet	Purpose
Objet	Purpose of Act
1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant	1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time

simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

[226] Dans des affaires antérieures, les cours d'appel et le Tribunal de la concurrence ont analysé cet objet et la manière dont il se rattache à des dispositions précises de la loi : voir, par exemple, *R v Stucky*, 2009 ONCA 151 aux para 39–40; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Supérieur Propane Inc*, 2001 CAF 104, [2001] 3 CF 185 aux para 85–93. D'autres objectifs implicites ont également été identifiés dans la jurisprudence : voir *Shah v LG Chem Ltd*, 2018 ONCA 819 aux para 36–38 et les décisions qui y sont mentionnés.

[227] La Cour d'appel fédérale a déclaré que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de l'article 74.01 « visent à inciter les entreprises à rivaliser sur la base des prix et de la qualité », afin de respecter l'objet énoncé à l'article 1.1, soit d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits : *Canada (Commissaire à la concurrence) c Premier Career Management Group Corp*, 2009 CAF 295, [2010] 4 RCF 413 (« *Premier Career Management Group CAF* ») au para 61. Dans son analyse de l'objet général de la loi et des objectifs visés par les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses, le juge Sexton s'est exprimé en ces termes :

[61] [...] Il est important de remarquer que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses — contrairement à bien d'autres dispositions de la Loi — ne spécifient pas le préjudice à la concurrence comme élément de l'infraction. Ce préjudice n'est donc pas spécifié comme élément de l'infraction dans la présente espèce, mais il va sans dire que la Loi vise toujours à empêcher qu'il soit fait du tort à la concurrence, de sorte qu'on peut présumer que, chaque fois qu'est reconnue la présence des éléments de l'alinéa 74.01(1)a), il y a par définition préjudice à la concurrence.

[62] S'il est permis à une entreprise de donner des indications trompeuses au public, il peut y avoir de plus fortes probabilités que les consommateurs éventuels préfèrent les produits inférieurs de cette entreprise aux produits supérieurs d'un concurrent honnête. Dans un contexte où les consommateurs se voient ainsi communiquer de faux renseignements, les entreprises se trouvent incitées à mentir sur leurs produits ou leurs services, au lieu de produire ou de fournir des biens ou des services de meilleure qualité et moins cher. Par conséquent, ainsi que le soutient l'appelante, lorsqu'une entreprise donne des renseignements trompeurs aux consommateurs éventuels, elle porte nécessairement préjudice au bon fonctionnement du marché, de sorte qu'on est fondé à invoquer ici la Loi, étant donné ses objectifs explicites.

[63] Comme le fait valoir l'appelante, c'est le consommateur qui doit former l'axe de l'analyse dans les affaires de pratiques commerciales trompeuses. S'ils ont raison d'affirmer que la Loi n'est pas un texte de protection des consommateurs, les intimés ont tort de soutenir qu'interpréter de la manière susdite les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses revient à interpréter la Loi comme un texte visant la protection du consommateur. Au contraire, ainsi que l'indique l'analyse qui précède, la focalisation sur le consommateur n'est pas un signe de l'objectif de la Loi, mais une considération préalable à son objectif fondamental, à savoir le maintien du bon fonctionnement du marché afin de préserver un choix de produits et la qualité de ceux-ci.

[228] On trouve des déclarations similaires au paragraphe 87 de la décision du Tribunal *La commissaire de la concurrence c Premier Career Management Group et al*, 2008 Trib conc 18 (« *Premier Career Management Group TC* ») et dans une publication citée par la juge Simpson dans cette affaire : document du ministère de la Consommation et des Corporations daté d'avril 1976 : *Étape 1, politique de concurrence, Précis d'information*, p 38. Dans la décision *Commissaire de la concurrence c Gestion Lebski inc*, 2006 Trib conc 32, le juge Blanchard a conclu que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses visaient « à assurer la qualité et l'exactitude des renseignements commerciaux et à prévenir les pratiques commerciales trompeuses » : au para 264. Il était également d'avis que la protection du consommateur était un objectif sous-jacent de l'alinéa 74.01(1)b) : au para 97.

[229] Dans la décision *La commissaire de la concurrence c Imperial Brush Co Ltd et Kel Kem Ltd (faisant affaire sous le nom d'Imperial Manufacturing Group)*, 2008 Trib conc 2, le Tribunal

(le juge Phelan) a émis le commentaire suivant au nom du Tribunal dans une instance fondée sur l'alinéa 74.01(1)b :

[76] [...], de façon générale, l'alinéa 74.01(1)b vise à diminuer la publicité trompeuse. Cependant, dans la présente affaire, le mot « trompeuse » renvoie, non pas à de la publicité qui est « fausse », mais plutôt à des indications hypothétiques ou sans fondement au sujet du rendement, de l'efficacité ou de la durée utile du produit. L'objectif est d'empêcher certaines indications sans fondement. À cette fin, il est nécessaire d'exiger que ces indications se fondent sur des épreuves objectives. La déclaration selon laquelle un produit fera telle ou telle chose vise à convaincre l'acheteur de l'existence d'un fondement objectif sur lequel il peut s'appuyer.

[77] La disposition énonce également une exigence relative à la justification, dont la preuve incombe au vendeur. Elle vise ainsi à corriger le déséquilibre des connaissances entre le consommateur et le vendeur. Elle protège le consommateur en veillant à ce que celui-ci puisse se fier aux indications données au sujet du rendement, de l'efficacité ou de la durée utile d'un produit, étant donné que ces indications doivent se fonder sur des épreuves suffisantes et appropriées.

[...]

[79] L'amélioration de la qualité des renseignements donnés au consommateur profite non seulement au consommateur lui-même, mais également aux entreprises qui vendent des produits concurrents et au fonctionnement du marché. La Commission royale d'enquête sur les écarts de prix a souligné que les mesures destinées à protéger le consommateur profitent également aux vendeurs.

[80] Sur la foi de la preuve portée à l'attention du Tribunal, je conclus donc que l'alinéa 74.01(1)b vise à protéger les consommateurs, les concurrents et le bon fonctionnement du marché des préjudices causés par des indications sans fondement au sujet du rendement, de l'efficacité ou de la durée utile d'un produit.

[Non souligné dans l'original.]

Voir également le paragraphe 74.

[230] Dans la décision *Sears*, le Tribunal (la juge Dawson) a fait les commentaires suivants sur les objectifs de la disposition relative au prix habituel du paragraphe 74.01(3) :

[82] La Loi cherche à préserver et à favoriser la concurrence et l'objectif de la disposition contestée est de le faire en améliorant la qualité et l'exactitude des renseignements sur le marché et en décourageant les pratiques commerciales trompeuses.

[...]

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

[Non souligné dans l'original.]

[231] Avant la promulgation des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses en 1999, un comité consultatif a déposé un rapport au commissaire qui mentionnait le « tort causé à la concurrence, notamment aux consommateurs, aux concurrents et à d'autres » : E Ratushny, cr, président, *Rapport du Comité consultatif sur la modification de la Loi sur la concurrence*, daté du 6 mars 1996 à la p 21.

[232] Conformément à ces décisions, la Cour fédérale a souligné que la protection des consommateurs est un des « objectifs sous-jacents » de la *Loi sur la concurrence* : *Lin c Airbnb, Inc*, 2019 CF 1563 au para 57 (appel rejeté par suite du règlement de l'action collective : 2022 CAF 3).

[233] En résumé, la *Loi sur la concurrence* n'est pas une loi sur la protection des consommateurs. Elle vise plutôt des objectifs économiques plus larges, comme l'énonce expressément l'article 1.1. Le consommateur se trouve au centre des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de la *Loi sur la concurrence*, qui sont conçues pour soutenir l'objet déclaré par le législateur, soit d'assurer aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix dans les produits. Ces dispositions visent plusieurs buts précis qui sont liés à l'intégrité de l'information sur les marchés. Il s'agit des suivants : améliorer et protéger le bon fonctionnement des marchés, afin que ceux-ci ne soient pas faussés par des informations erronées; protéger les consommateurs contre la vente de biens ou de services reposant sur des informations inexactes; encourager la concurrence fondée sur les qualités intrinsèques en incitant les entreprises à fournir des informations exactes et véridiques au public, notamment en ce qui concerne le prix des biens et des services, dans l'intérêt à la fois des consommateurs et des concurrents honnêtes; et soutenir la production et la fourniture de biens et de services de meilleure qualité à des prix moindres.

C. Le fardeau de la preuve et la nature du comportement susceptible d'examen visé à la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence*

[234] La norme de preuve dans la présente instance est la même qu'en matière civile, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités : *Gestion Lebski*, aux para 53, 152, 191; *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 RCS 161 au para 66; *Toronto Real Estate Board c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 RCF 563 aux para 48, 87; *FH c McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 RCS 41 aux para 45-46, 49.

[235] Dans certaines de leurs observations, les parties ont désigné le comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.01 comme étant [TRADUCTION] « une infraction » ou [TRADUCTION] « une infraction susceptible d'examen ». Le mot « infraction » a été utilisé dans divers contextes : voir *Premier Career Management Group CAF*, au para 61. Historiquement, comme aujourd'hui, il existait dans la *Loi sur la concurrence* une infraction qui consistait à donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses et trompeuses sur un point important : voir article 52.

[236] Toutefois, l'article 74.01, par le truchement de l'article 74.1, ne crée pas d'« infraction » au sens des dispositions pénales de la partie VI (dont fait partie l'article 52) ou des infractions prévues à l'article 66 de la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal a conclu dans la décision *Gestion Lebski* que les instances en vertu des alinéas 74.01(1)a) et b) ne sont pas des procédures criminelles, que les sanctions prévues au paragraphe 74.1(1) ne constituent pas de véritables conséquences pénales et que la personne contre laquelle le commissaire intente une instance au titre des alinéas 74.01(1)a) et b) n'est pas un « inculpé » au sens de l'article 11 de la Charte : *Gestion Lebski*, aux para 43–70. Il a reconnu que le comportement susceptible d'examen présente certaines similitudes conceptuelles avec une infraction de responsabilité stricte (par exemple, le fait que ni l'un ni l'autre n'exige la preuve d'une intention), mais il a confirmé que la norme de preuve applicable aux comportements susceptibles d'examen repose sur la prépondérance des probabilités, et non sur une preuve hors de tout doute raisonnable comme dans les instances pénales : *Gestion Lebski*, au para 53.

[237] À mon humble avis, il est préférable de désigner les instances fondées sur les comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.01 comme étant de nature civile (*Premier Career Management Group CAF*, aux para 27, 39; *Gestion Lebski*, aux para 50–55, 152, 264) et de rattacher le terme « infractions » aux dispositions pénales de la *Loi sur la concurrence* qui interdisent un comportement et infligent des conséquences pénales.

VI. LES INDICATIONS

A. Les indications données sur le site Web et l'application de Cineplex

[238] Le commissaire a reproché à Cineplex de donner sur son site Web des indications au sujet du prix des billets de cinéma qui sont fausses ou trompeuses sur un point important, ce qui est prohibé à l'alinéa 74.01(1)a). Selon le commissaire, les indications de Cineplex relatives au prix des billets ne sont pas atteignables en raison de frais obligatoires fixes, comme l'énonce le paragraphe 74.01(1.1).

[239] Les indications de prix se rapportent au prix des billets individuels pour les films (général, aîné ou enfant) affichés sur la page des billets du site Web et de l'application avant que le consommateur ne clique sur le bouton AJOUTEZ afin de choisir un ou plusieurs billets pour

un film (c'est-à-dire à l'étape de la page des billets (A) décrite ci-dessus). Le commissaire a soutenu que ces indications de prix inatteignables continuent d'être affichées sur la page des billets même après que l'utilisateur eut cliqué sur le bouton AJOUTEZ et que les frais de gestion en ligne aient été ajoutés au montant à payer (c'est-à-dire à l'étape de la page des billets (B) décrite ci-dessus).

[240] Le Tribunal conclut que ces affichages sur le site Web de Cineplex consistent en une « indication » donnée au public au sens de l'alinéa 74.01(1)a) et en l'« indication d'un prix » au sens du paragraphe 74.01(1.1).

B. Le sens littéral des indications et l'impression générale qu'elles donnent

[241] Le paragraphe 74.03(5) exige que le Tribunal, dans toute instance intentée en vertu de l'article 74.01, tienne compte de l'impression générale que les indications donnent ainsi que de leur sens littéral.

(1) Les critères juridiques applicables

(a) Le sens littéral

[242] Le sens littéral d'une indication est conceptuellement incontestable : c'est ce qu'elle dit à première vue lorsqu'elle est interprétée dans son sens ordinaire : *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8, [2012] 1 RCS 265 au para 47; *Sears*, aux para 327, 330–331.

(b) L'impression générale – la position des parties sur le critère juridique approprié

[243] Les parties n'étaient pas d'accord sur le critère juridique à appliquer pour déterminer l'impression générale donnée par les indications contestées. Le commissaire a plaidé en faveur du concept de la « personne crédule et inexpérimentée » en se basant sur l'arrêt *Richard*, tandis que Cineplex a soutenu qu'il fallait utiliser la perspective du « consommateur moyen ».

[244] Le commissaire a fait valoir que le Tribunal devrait tenir compte de l'impression générale donnée par l'indication au « consommateur crédule et inexpérimenté », concept décrit dans l'arrêt *Richard*, aux para 63–78; *Canada (Commissioner of Competition) v Chatr Wireless Inc*,

2013 ONSC 5315 (« *Chatr 2013* ») aux para 123–132; *Bell Canada v Cogeco Cable Canada*, 2016 ONSC 6044, aux para 25–26.

[245] Dans ses plaidoiries, le commissaire a souligné que les caractéristiques du consommateur qui regarde la publicité revêtent une importance fondamentale dans toute affaire d'indications fausses. À son avis, avant l'arrêt *Richard*, le critère applicable pour établir l'impression générale était celui du « consommateur moyen », c'est-à-dire moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux. Il a affirmé que, depuis cet arrêt, on ne peut plus tenir compte du consommateur moyen qui est prudent et averti, mais plutôt du consommateur qui est un cran en dessous – celui qui est crédule et non aguerrri lorsque vient le temps de déceler les faussetés.

[246] Le commissaire a fait remarquer que, dans la décision *Chatr 2013*, la Cour supérieure de l'Ontario a appliqué la norme du consommateur crédule et techniquement inexpérimenté. Il a soutenu que la norme était appropriée, mais que le tribunal ontarien avait commis une erreur en interprétant l'adjectif « inexpérimenté » comme s'il désignait le consommateur inexpérimenté face au produit ou à la technologie en cause dans cette affaire, et non le consommateur qui n'est pas aguerrri pour déceler les faussetés et les subtilités dans les indications commerciales destinées aux consommateurs (d'après l'arrêt *Richard*, au para 71). Le commissaire a souligné par ailleurs que la Cour fédérale s'est reportée à la norme décrite dans la décision *Chatr 2013* dans sa décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c Canada Tax Reviews Inc*, 2021 CF 921 aux para 82–85; et *Energizer Brands, LLC c Gillette Company*, 2023 CF 804 au para 178.

[247] Pour sa part, Cineplex a invoqué le concept du « consommateur moyen » (à partir de la décision du Tribunal *Premier Career Management Group TC*, au para 208, et de l'article d'Anita Banicevic, « Assessing General Impression under the *Competition Act*: The Credulous Man Who Was Never There », 29 *Canadian Competition Law Rev* 57 (2016)). S'appuyant sur plusieurs arrêts et décisions, Cineplex a fait valoir que les tribunaux, lorsqu'ils doivent décider si une indication était fausse ou trompeuse, tiennent compte des caractéristiques du public visé et se concentrent sur ce qui pourrait raisonnablement être compris par le consommateur moyen. Le consommateur moyen varie en fonction du public auquel s'adresse la publicité.

[248] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis partiellement d'accord avec chacune des parties au sujet de la norme juridique applicable. Je conclus également que les deux parties ont raison de dire que les caractéristiques du public visé peuvent être importantes et devraient être prises en considération dans chaque cas.

[249] Comme je l'explique ci-dessous, la perspective appropriée dans toute évaluation de l'impression générale que donne une indication aux termes de l'article 74.01 est celle du citoyen ordinaire. Dans la plupart des cas, il s'agira du consommateur ordinaire à qui l'indication est donnée ou destinée. Quand on applique la méthode d'analyse envisagée dans l'arrêt *Richard*, la norme du citoyen ou du consommateur ordinaire concorde davantage avec l'objet énoncé à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* et les objectifs des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Cette norme permet au tribunal de s'adapter aux circonstances propres à chaque cas en tenant compte des caractéristiques du consommateur ordinaire à qui l'indication est donnée ou destinée, comme l'énonce la jurisprudence portant sur la responsabilité au titre des articles 74.01 et 52 de la *Loi sur la concurrence*.

(i) L'impression générale – les affaires antérieures à l'arrêt *Richard*

[250] Avant l'arrêt *Richard*, la Cour d'appel fédérale avait jugé que, lorsqu'il faut interpréter des indications données au public, la perspective appropriée pour l'application de l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi sur la concurrence* était celle du « citoyen ordinaire », possédant une raison et une intelligence ordinaires ainsi que le sens commun : *Premier Career Management Group CAF*, au para 72, d'après *R v Kenitex Canada Ltd et al* (1980), 51 CPR (2d) 103 (Ont Cc) à la p 107 (appel d'un particulier accusé autorisé (1981), 34 OR (2d) 665 (CA)).

[251] Le Tribunal avait déjà appliqué la même norme : *Sears*, aux para 325–327; *Gestion Lebski*, aux para 153, 191. Dans les deux cas, le Tribunal a cité le passage intégral de *Kenitex*, comme suit :

[TRADUCTION]

Par définition, le citoyen ordinaire est un échantillon représentatif fictif du grand public qui n'a pas l'expertise pertinente, mais qui possède par ailleurs la raison ordinaire ainsi que le bon sens et l'intelligence qu'un tel échantillon représentatif du public révélerait inévitablement. Par

conséquent, en fin de compte, il incombe au juge des faits de déterminer quelle impression une indication donnerait, non pas en appliquant sa propre raison, sa propre intelligence et son propre bon sens, mais plutôt en définissant l'impression que le citoyen ordinaire fictif retiendrait en lisant ou en entendant l'indication.

(ii) L'impression générale – les affaires postérieures à l'arrêt *Richard*

[252] Depuis l'arrêt *Richard*, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas prononcée sur l'opportunité d'appliquer aux instances fondées sur l'article 74.01 la norme du consommateur « crédule et inexpérimenté » qui y a été établie. La Cour d'appel de l'Ontario a laissé la question ouverte dans *Rebuck v Ford Motor Company*, 2023 ONCA 121 au para 26 (autorisation du pourvoi refusée, dossier 40698 de la CSC, 2 novembre 2023).

[253] Les tribunaux de première instance ont pris en compte les caractéristiques du public visé dans leurs analyses. Aucune de ces décisions ne lie le Tribunal, mais elles font autorité.

[254] Dans la décision *Chatr 2013*, le tribunal ontarien a souligné que la différence entre les objectifs de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec (« LPC ») et ceux de la *Loi sur la concurrence* était une considération pertinente lorsqu'il s'agit de définir le consommateur dont la perspective devait être appliquée aux indications dans cette affaire : *Chatr 2013*, aux para 126–127. Le juge Marrocco a adapté la notion de consommateur crédule et inexpérimenté dont il est question dans l'arrêt *Richard* aux consommateurs auxquels les indications étaient destinées et a conclu que la perspective appropriée était celle du [TRADUCTION] « consommateur crédule et techniquement inexpérimenté dans les services sans fil » : *Chatr 2013*, aux para 128–132. Je fais remarquer au passage que la Cour, dans la décision *Kenitex* a décrit le citoyen ordinaire comme étant une personne [TRADUCTION] « qui n'a pas l'expertise pertinente ».

[255] Le commissaire a invoqué la décision *Bell Canada v Cogeco Cable Canada*, dans laquelle la juge Matheson a émis une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de donner des indications. Au premier stade de l'analyse applicable à l'octroi d'une injonction, la juge a estimé qu'il y avait une question sérieuse à trancher concernant une indication donnée sur la page d'accueil de la défenderesse, où celle-ci annonçait qu'elle fournissait [TRADUCTION] « le meilleur service Internet dans votre quartier », en partie à cause de l'impression générale donnée

au citoyen ordinaire ou au consommateur moyen : voir para 24–25. La juge Matheson a adopté le point de vue du consommateur crédule et technologiquement inexpérimenté de services Internet : *Bell Canada v Cogeco Cable Canada*, au para 25 (d’après la décision *Chatr 2013*, aux para 128–132).

[256] Dans la décision *Canada Tax Reviews*, le juge en chef Crampton a tenu pour acquis, uniquement pour les besoins de cette affaire, que cette norme s’appliquait : au para 83.

[257] Dans la décision *Energizer*, la juge Fuhrer a conclu qu’il fallait déterminer l’impression générale que donne une publicité en tenant compte de la nature du segment de la population auquel elle s’adresse. Elle a ajouté que l’impression générale doit être évaluée du point de vue du consommateur ciblé par les indications données, soit « un consommateur de piles qui n’est pas particulièrement aguerri et qui n’a pas d’expérience sur le plan technique, c’est-à-dire qui n’a pas d’expérience eu égard à l’information technique contenue dans les déclarations comparatives sur le rendement » : *Energizer*, aux para 176, 178. Autrement dit, selon la juge Fuhrer, la perspective qu’il convient d’adopter pour apprécier l’impression générale « est celle du consommateur ordinaire pressé “qui ne prête rien de plus qu’une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d’un premier contact avec une publicité” et non la perspective du consommateur prudent et diligent » : *Energizer*, au para 180, d’après l’arrêt *Richard*, aux para 66–67. Elle a aussi fait le lien avec le critère qui doit être appliqué afin de déterminer si une marque crée de la confusion : au para 183.

[258] La perspective du public approprié a fait l’objet de commentaires dans la doctrine avant et après l’arrêt *Richard* : voir Banicevic, aux pp 58, 61–68; Adam Newman, « Richard v Time: The Return of the Credulous Man? », 26 *Canadian Competition Law Rev* 275 (2013) aux pp 278–280; George N Addy, « Deceptive Marketing Practices », dans R S Khemani et W T Stansbury, dir, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991) aux pp 391–392; M E Rice et M D Rice, « Section 52(1)(a) of the *Competition Act*: Who is the Average Person? », 15 *Canadian Business Law Review* 97 (1989); Vaughan Black, « A Brief Word about Advertising », 20 *Ottawa Law Rev* 509 aux pp 528–534.

[259] Compte tenu des positions divergentes des parties et de l'état de la jurisprudence, je me tourne vers l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Richard* et les premiers principes qui y sont énoncés.

(iii) L'arrêt *Richard c Time Inc* de la Cour suprême

[260] Dans cet arrêt, la Cour suprême n'a pas annulé ni mentionné le critère du « citoyen ordinaire » énoncé dans l'arrêt *Premier Career Management Group CAF* ou la décision *Kenitex*, et elle ne s'est pas non plus prononcée directement sur la perspective appropriée à adopter pour appliquer l'article 74.01 (ou l'article 52) de la *Loi sur la concurrence*. Elle a cependant donné des directives quant à la manière d'identifier la méthode à suivre pour déterminer l'impression générale.

[261] Dans l'arrêt *Richard*, la Cour suprême interprétait une disposition de la LPC du Québec relative à la pratique de commerce interdite qui consiste à faire, par quelque moyen que ce soit, une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur. L'article 218 de la LPC du Québec expose la méthode prescrite pour déterminer si une représentation doit être considérée comme une pratique interdite. Son libellé est « fortement inspiré » de celui du paragraphe 52(4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (devenu le paragraphe 52(4) de la *Loi sur la concurrence*) : *Richard*, au para 45.

[262] D'après la LPC du Québec, comme dans les autres lois, il faut tenir compte à la fois du sens littéral et de l'impression générale : *Richard*, aux para 44–45; voir *Loi sur la concurrence* aux para 52(4) et 74.03(5), tels qu'édictés à l'origine par 23-24 Eliz II, c 76, art 18 (1976); 46-47-48 Eliz II, c 2, aux para 12(2) et 22 (1999). Dans son analyse, la Cour suprême a reconnu les liens entre le critère de l'impression générale énoncé dans les lois et la jurisprudence appliquant la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions* et la LPC du Québec : *Richard*, aux para 44–45, 69. La Cour a également souligné la relation entre la méthode appropriée pour évaluer l'impression générale et celle qui doit être appliquée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* afin de déterminer si une marque de commerce crée de la confusion : *Richard*, au para 57.

[263] La Cour suprême a signalé dans l'arrêt *Richard* que la jurisprudence québécoise récente renvoyait au concept du « consommateur moyen » afin de désigner le consommateur pertinent visé par la LPC du Québec. Selon la Cour, ce consommateur « demeure le produit d'une fiction juridique incarnée par un consommateur mythique auquel on impute un degré de discernement qui reflète le but de la *L.p.c.* » : au para 62.

[264] Fait important, la Cour suprême a déclaré que « le nœud de la question consiste à déterminer si le degré de discernement du consommateur moyen conceptualisé par la Cour d'appel respecte les objectifs poursuivis par la *L.p.c.* » : *Richard*, au para 62.

[265] Après avoir exposé les positions des parties, la Cour a souligné que la LPC du Québec appartient à l'ensemble de lois destinées à protéger les consommateurs et que la jurisprudence découlant de l'application de ces dispositions utilise souvent le « critère du consommateur moyen » : au para 65. Elle s'est reportée au critère de l'« acheteur ordinaire pressé » protégé par la *Loi sur les marques de commerce* : au para 66. Au paragraphe 68 de l'arrêt, elle s'est exprimée comme suit :

Les adjectifs utilisés pour qualifier le consommateur moyen sont évidemment susceptibles de varier d'une loi à l'autre. Ces variations reflètent la diversité des réalités économiques visées par chaque loi et des objectifs qui leur sont propres. L'essentiel ne réside pas dans ces épithètes, mais plutôt dans le choix du degré de discernement attendu du consommateur.

[266] La Cour suprême a tiré la conclusion suivante :

[71] Ainsi, le concept du « consommateur moyen » n'évoque pas, en droit québécois de la consommation, la notion de personne raisonnablement prudente et diligente. Il renvoie encore moins à la notion de personne avertie. Afin de réaliser les objectifs de la *L.p.c.*, les tribunaux considèrent que le consommateur moyen n'est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une représentation commerciale.

[72] Les qualificatifs « crédule et inexpérimenté » expriment donc la conception du consommateur moyen qu'adopte la *L.p.c.* Cette description du consommateur moyen respecte la volonté législative de protéger les

personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires. Le terme « crédule » reconnaît que le consommateur moyen est disposé à faire confiance à un commerçant sur la base de l'impression générale que la publicité qu'il reçoit lui donne. Cependant, il ne suggère pas que le consommateur moyen est incapable de comprendre le sens littéral des termes employés dans une publicité, pourvu que la facture générale de celle-ci ne vienne pas brouiller l'intelligibilité des termes employés.

[267] L'arrêt *Richard* a énoncé explicitement que les objectifs des différentes lois peuvent être différents et que les adjectifs décrivant les caractéristiques du « consommateur moyen » peuvent aussi varier d'une loi à l'autre compte tenu des objectifs de chaque texte législatif. Dans les paragraphes cités ci-dessus, la Cour suprême a par ailleurs clairement limité son analyse aux objectifs de la LPC du Québec. En écartant la définition du consommateur proposée par la Cour d'appel du Québec, la Cour suprême a établi une norme juridique qui permet de refléter et de mettre en œuvre les intentions du législateur dans la LPC du Québec : voir para 73, 78.

(iv) Le critère approprié pour évaluer l'impression générale aux fins de l'application de l'article 74.01 et du paragraphe 74.03(5) de la *Loi sur la concurrence*

[268] En l'espèce, conformément aux directives données dans l'arrêt *Richard*, la perspective appropriée qui sert à évaluer le critère de l'impression générale pour l'application de l'article 74.01 et du paragraphe 73.03(5) devrait refléter l'objet général de la *Loi sur la concurrence*, les objectifs des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses, la portée de l'article 74.01 et la diversité des situations dans lesquelles des indications données au public peuvent être visées par l'article 74.01.

[269] L'analyse part des objectifs de la *Loi sur la concurrence* et des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses, en particulier le paragraphe 74.01(1). Comme nous l'avons vu plus haut, l'article 1.1 énonce que la *Loi sur la concurrence* a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada afin d'atteindre quatre objectifs, dont celui « d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Les objectifs des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses ont déjà été exposés. L'accent est mis sur le consommateur et les dispositions s'attachent au bon fonctionnement des marchés, sans

distorsion attribuable à des indications fausses ou trompeuses, dans l'intérêt des consommateurs et des concurrents honnêtes et dans le but d'inciter les entreprises à rivaliser en fonction des prix et de la qualité.

[270] Le comportement susceptible d'examen visé au paragraphe 74.01(1) englobe une gamme d'indications commerciales. Selon sa disposition liminaire, ce paragraphe concerne les indications qui servent à promouvoir (directement ou indirectement) la fourniture ou l'usage d'un produit ou bien à promouvoir (directement ou indirectement) des intérêts commerciaux quelconques, « de quelque manière que ce soit ». À l'alinéa 74.01(1)a), le comportement susceptible d'examen est le fait de donner « au public » des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

[271] Les détaillants et autres vendeurs donnent des indications sur leurs biens et services au public dans de nombreux médias, notamment à la télévision, sous forme de fenêtres éclairés lors de la diffusion d'événements en direct, sur des sites Web et des applications mobiles, dans les médias sociaux, sur des panneaux d'affichage et des abribus, à la radio, en ligne ou en personne et, bien sûr, dans des publicités imprimées. Les indications prennent des formes et des tailles diverses. Il peut s'agir de mots, d'images, de sons ou d'un mélange. Les mots peuvent avoir plus d'un sens (dont un peut être exact et l'autre, non). Les mots peuvent aussi être vrais, mais les images qui les accompagnent donnent une impression trompeuse.

[272] Une indication peut être donnée au grand public ou s'adresser à un segment précis de la population. Par exemple, une indication peut être donnée à des consommateurs très avertis (membres du public) qui sont bien informés sur l'objet des indications et qui ne sont pas facilement trompés ou induits en erreur. Une autre pourrait être donnée à un groupe de personnes vulnérables et faciles à tromper. En outre, la nature et les caractéristiques du produit peuvent être importantes : par exemple, certains biens et services peuvent avoir des qualités techniques peu connues, coûter cher ou n'être achetés que rarement par les consommateurs, ce qui affine encore les caractéristiques des membres du public ciblé.

[273] Dans ce contexte, l'article 74.01, y compris le critère de l'impression générale, doit pouvoir répondre à la grande diversité des indications de prix et d'autres renseignements donnés au public – ou à un sous-ensemble du public, comme dans l'affaire *Premier Career Management*

Group CAF – en fonction de la nature de l’indication, du contexte dans lequel elle a été donnée et des caractéristiques des membres du public auxquels les indications peuvent être données ou destinées, en vue de protéger et de favoriser des marchés exempts de distorsion et une concurrence loyale.

[274] Les analyses de l’impression générale faites par les cours et le Tribunal montrent que les caractéristiques du public ne sont pas immuables ou prédéfinies par la jurisprudence. Dans certains cas, il n’a pas été nécessaire d’examiner expressément les caractéristiques du public : voir, par exemple, *Commissaire de la concurrence c PVI International Inc*, 2002 Trib conc 24 et *Commissioner of Competition v Yellow Page Marketing*, 2012 ONSC 927, deux décisions dans lesquelles les indications ont été envoyées à des milliers d’entreprises, de particuliers et d’organisations dans tout le Canada. Dans d’autres cas, la nature de l’indication et les caractéristiques particulières du public ont été expressément prises en compte dans l’évaluation de l’impression générale donnée par l’indication, et plus généralement dans l’analyse servant à déterminer si l’indication était fausse ou trompeuse sur un point important. Voir *Chatr 2013*, aux para 123–132; *Maritime Travel Inc v Go Travel Direct Inc*, 2008 NSSC 163 (« *Maritime Travel NSSC* ») aux para 42–44, 68, 86 (conf par 2009 NSCA 42 aux para 25, 127, 130, 132); *Purolator Courier Ltd v United Parcel Service Canada Ltd*, 1995 CanLII 7313 (C Ont (DG)) aux para 40, 55, 58; *Premier Career Management Group TC*, aux para 211–212 (conf par *Premier Career Management Group CAF*, aux para 18–19, 72, 74–78); *Sears*, aux para 203–212, 213–217, 341.

[275] Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettront d’illustrer les principes en jeu. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s’est penchée sur les caractéristiques du public visé par des publicités sur des voyages à forfait dans l’affaire *Maritime Travel NSSC*. Afin de déterminer l’impression générale donnée par une publicité, la juge Hood a tenu compte du degré de discernement du public visé et du soin que le lecteur apporterait à la lecture de la publicité ainsi que du média utilisé et des clauses de non-responsabilité figurant dans la publicité : aux para 42–44. Elle a conclu qu’un consommateur envisageant de dépenser entre 700 et 1000 \$ par personne pour un séjour de quatre personnes dans le Sud serait [TRADUCTION] « une personne instruite d’intelligence moyenne » : au para 43. Le tribunal a estimé que le consommateur lirait attentivement la publicité avant de s’engager à dépenser l’argent nécessaire et qu’il saisirait l’importance des mots « jusqu’à concurrence de », étant donné que cette expression se retrouve

couramment dans les publicités. Puisque les indications contestées ont été données dans une publicité figurant dans un journal, le tribunal était d'avis que le consommateur aurait [TRADUCTION] « amplement l'occasion d'examiner attentivement la publicité et son libellé ». Dans la même décision, la juge Hood a pris en considération le même public cible pour d'autres publicités relatives à des forfaits vacances : aux para 68, 86. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a approuvé l'analyse de la juge Hood fondée sur les consommateurs visés par les publicités en cause : *Go Travel Direct.Com Inc v Maritime Travel Inc*, 2009 NSCA 42 aux para 25, 127, 130, 132.

[276] Dans la décision *Premier Career Management Group TC*, le Tribunal a considéré que le client potentiel moyen de l'entreprise, qui était susceptible d'avoir effectué des études postsecondaires, possédait une certaine expérience de travail et avait accès aux fonds requis pour payer les honoraires de Premier Career. Ces personnes « n'étaient généralement pas crédules », mais elles étaient « susceptibles d'accepter ou de croire ce qu'on leur laissait entendre qui semblait raisonnable, sans en faire une analyse critique parce que, à des degrés divers, elles étaient dans une situation difficile » : aux para 211–212. Les extraits cités figurent dans la description par la Cour d'appel fédérale de la décision du Tribunal sur la question de savoir si les indications étaient fausses ou trompeuses : *Premier Career Management Group CAF*, aux para 18–19. La Cour d'appel a conclu que le Tribunal avait offert une interprétation juste des indications, mais il est clair que le juge Sexton a appliqué le critère du citoyen, de la personne ou du consommateur « ordinaire » dans son analyse des arguments en appel : aux para 72, 74–75. La Cour d'appel a pris en considération le « client typique » des intimés dans son analyse, où elle a rejeté les arguments selon lesquels le Tribunal avait commis une erreur en concluant que les indications étaient fausses ou trompeuses sur un point important : aux para 76–77, 79.

[277] De même, dans la décision *Sears*, le Tribunal a évalué l'importance des indications trompeuses visées aux paragraphes 74.01(3) et 74.01(5) en tenant compte du temps que les consommateurs consacraient à chercher des pneus et de leur capacité limitée d'évaluer les qualités intrinsèques des pneus : *Sears*, aux para 203–204, 213–217, 341. Voir aussi *Purolator Courier Ltd v United Parcel Service Canada Ltd*, aux para 40 (les consommateurs peu fréquents étaient particulièrement sensibles au message transmis dans les publicités), 55 (le degré de

discernement qu'affichaient les membres du public auxquels la publicité était destinée), 58 (les consommateurs n'étaient pas totalement naïfs; il s'agissait de gens d'affaires).

[278] Dans ce contexte, je conclus que le Tribunal ne devrait pas adopter la norme de la personne « crédule et inexpérimentée » établie dans l'arrêt *Richard* aux fins de son analyse de l'impression générale dont il est question à l'article 74.01 et au paragraphe 74.03(5) de la *Loi sur la concurrence*. Comme l'énonce la Cour suprême dans l'arrêt *Richard*, la norme juridique devrait plutôt être adaptée en fonction de l'objet de la *Loi sur la concurrence* et des objectifs des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses qu'elle contient. La perspective servant à l'application, en droit, du critère de l'impression générale doit rester celle du consommateur ordinaire du produit ou du service, qui peut être affinée selon la nature de l'indication en cause, les caractéristiques des membres du public auxquels l'indication a été donnée ou destinée, la nature du produit ou du service concerné et les circonstances particulières de l'affaire.

(c) **La méthodologie et les éléments de preuve relatifs à l'impression générale**

[279] Dans l'arrêt *Richard*, la Cour suprême a jugé qu'en vertu de la LPC du Québec, lorsqu'il s'agit d'une publicité écrite, un tribunal doit faire une analyse objective de l'impression générale donnée par l'ensemble de la publicité (plutôt que de simples bribes de son contenu). Le tribunal ne doit pas procéder à un décorticage minutieux du texte, mais plutôt effectuer une seule lecture d'ensemble pour apprécier l'impression générale qui s'en dégage : *Richard*, au para 56. De même, comme l'a souligné la Cour, le critère qui sert à évaluer si une marque crée de la confusion aux termes de la *Loi sur les marques de commerce* est celui de la première impression que laisse dans l'esprit du consommateur occasionnel plutôt pressé la vue d'un nom (peut-être susceptible de créer une confusion avec la marque), alors qu'il n'a qu'un vague souvenir de la marque en question et ne s'arrête pas pour réfléchir à la question en profondeur, pas plus que pour examiner de près les ressemblances et les différences entre les marques : *Richard*, au para 57, qui renvoie aux arrêts *Veuve Clicquot Ponsardin c Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 RCS 824 au para 20; *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, 2011 CSC 27, [2011] 2 RCS 387 au para 41.

[280] Il appartient au Tribunal de statuer sur la question de l'impression générale servant à l'application de la *Loi sur la concurrence* et de déterminer quelles sont les caractéristiques du public cible : *Sears*, aux para 327–332; *PVI International*, aux para 11–12, 15, 25, 46, 50–51; *Gestion Lebski*, aux para 167, 216, 247, 249–250. C'est l'approche qui a été adoptée par la Cour suprême et par les cours d'appel et de première instance des provinces : *Richard*, aux para 84–87; *Rebuck*, aux para 21–22, 26; *Maritime Travel NSCA*, aux para 15–26; *Bell Mobility Inc v Telus Communications Company*, 2006 BCCA 578 aux para 20, 28; *Energizer*, aux para 184, 203, 215; *Yellow Page Marketing*, aux para 36–37 (conf par 2013 ONCA 71); *Drynan v Bausch Health Companies Inc*, 2021 ONSC 7423 aux para 98–104 [détermination objective en vertu de la LPC de l'Ontario]. Cette approche est cohérente avec la jurisprudence plus ancienne en appel concernant des instances intentées sous le régime de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en matière d'indications fausses ou trompeuses, où les tribunaux ont également entrepris leurs propres évaluations des indications données au public qui étaient contestées : voir *Regina v RM Lowe Real Estate Ltd and Pastoria Holdings Ltd*, 1978 CanLII 2500, 40 CCC (2d) 529 (CA Ont) à la p 531; *The Queen v Viceroy Construction Co Ltd*, 1975 CanLII 606, 11 OR (2d) 485 (CA). C'était le cas aussi des deux affaires fondées sur la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* citées par la Cour suprême dans l'arrêt *Richard : R v Imperial Tobacco Products Ltd*, [1971] 5 WWR 409 (CS Alta, DA) aux para 16, 51–54, 56; *R v Colgate-Palmolive Ltd*, 1969 CanLII 1005 (CS Ont), [1970] 1 CCC 100 à la p 103.

[281] Je constate que, dans certaines circonstances, le Tribunal s'est appuyé sur le témoignage d'experts pour décider si une indication était fausse ou trompeuse sur un point important : voir, par exemple, *PVI International*, aux para 190–191, 213–219, 247–249; *Sears*, aux para 203, 211, 341. Je n'exclus pas la possibilité qu'un témoignage d'expert puisse aider à évaluer l'impression générale dans certains cas, comme il peut être utilisé pour déterminer si une marque crée de la confusion au sens de la *Loi sur les marques de commerce* : voir *Richard*, au para 57 et les affaires qui y sont mentionnées. Toutefois, la jurisprudence relative à la responsabilité au titre de l'article 74.01 (ou de l'article 52) de la *Loi sur la concurrence* ne laisse pas entendre qu'un témoignage d'expert est nécessaire ou requis à ces fins.

[282] Je souligne également qu'aucune des parties en l'espèce n'a mis en lumière de décision dans laquelle une cour ou le Tribunal a exigé des données d'enquête ou d'autres renseignements

empiriques afin d'évaluer l'impression générale pour l'application des paragraphes 74.01(1) et 74.03(5) de la *Loi sur la concurrence*. En effet, aucune des parties n'a produit d'éléments de preuve sous forme d'enquêtes ou d'analyses du site Web ou de l'application pour établir l'impression générale créée chez de vrais consommateurs de Cineplex.

[283] Je reviens maintenant aux indications dans le cas présent.

(2) L'application des critères juridiques

(a) Le sens littéral

[284] Selon le sens littéral des indications de prix, à la fois sur la page des billets du site Web et de l'application, les billets pour un film déterminé à une heure, à une date et à un cinéma déterminés peuvent être achetés aux prix affichés par billet pour l'admission générale, les aînés et les enfants que l'on voit sur la page des billets. À première vue, la page des billets ne fait pas de distinction entre les prix des billets au cinéma et les prix des billets en ligne et n'indique pas expressément qu'il s'agit de prix « au cinéma » ou de prix « en ligne ». Elle n'attire d'aucune autre façon l'attention du consommateur sur le fait que les prix peuvent varier en fonction du mode d'achat.

(b) L'impression générale

[285] Pour l'application du critère de l'impression générale, il faut tenir compte des indications données sur la page des billets du point de vue du consommateur ordinaire – le cinéphile ordinaire qui navigue sur le site Web ou l'application. Ces indications sont les prix des billets de cinéma pour l'admission générale, les aînés ou les enfants. Le montant précisé pour chaque billet n'inclut pas les frais de gestion en ligne.

[286] Dans l'ensemble, sur la base des éléments de preuve, je conclus que le cinéphile ordinaire naviguant sur la page des billets (A) a l'impression générale qu'il peut acheter des billets sur le site Web et l'application pour les prix indiqués sur cette page. En d'autres termes, le citoyen ordinaire aurait l'impression que Cineplex offre des billets de cinéma pour l'achat en ligne, à la fois sur le site Web et sur l'application, aux prix par billet indiqués sur la page des billets pour

l'admission générale, les aînés et les enfants. Le consommateur ordinaire a l'impression générale que le prix des billets indiqué représente le prix total ou intégral facturé par Cineplex (plus les taxes applicables). L'impression générale créée chez le consommateur ordinaire correspond au sens littéral des prix affichés.

[287] À l'appui de cette conclusion, je m'attaquerai à un certain nombre de points soulevés par les parties en ce qui concerne l'impression générale, puis je formulerai des conclusions supplémentaires à leur sujet.

[288] Premièrement, le commissaire a soutenu que les indications de prix de Cineplex donnent l'impression générale qu'un billet peut être acheté à un prix inférieur à celui qui est vraiment facturé par Cineplex, c'est-à-dire que le prix indiqué sur la page des billets pour les billets sélectionnés par le consommateur est le montant qu'il paiera en réalité. Le commissaire a également fait valoir que les consommateurs sur le site Web ou l'application sont crédules et :

[TRADUCTION]

[...] sont prêts à croire les indications initiales des prix qu'ils peuvent voir à l'écran [...], qu'ils n'ont aucune raison d'être curieux au sujet de ce qui se trouve sous le faux plancher et que le consommateur n'est pas aguerré pour déceler les faussetés ou les subtilités qu'on peut trouver dans les indications commerciales. Les consommateurs ne vont pas s'attarder longuement au sous-total pour voir s'il concorde avec le prix des billets, ce qui signifie qu'ils ne vont pas faire défiler la page, parce que Cineplex ne leur donne aucune raison du faire.

[289] Ces observations abordent plusieurs questions, y compris les caractéristiques d'un membre du public ciblé.

[290] J'ai déjà exprimé mon désaccord avec la position du commissaire sur le point de départ juridique de l'impression générale, qui devrait tenir compte, selon lui, de l'impression générale donnée par l'indication au « consommateur crédule et inexpérimenté ». Le commissaire n'a pas avancé de preuve permettant de croire qu'un consommateur ordinaire qui visite le site Web de Cineplex possède des caractéristiques inhabituelles qui le rendent crédule ou enclin à croire les indications à l'écran, et je n'en trouve aucune.

[291] Deuxièmement, Cineplex n'a pas présenté d'observations détaillées sur les caractéristiques du public aux fins de l'analyse de l'impression générale. Elle n'a pas fait valoir que les consommateurs utilisant le site Web ou l'application présentaient des caractéristiques particulières, un degré de discernement plus élevé ou de plus grandes vulnérabilités, ni que les indications de prix ciblaient un groupe ou un sous-ensemble particulier de la population canadienne susceptible d'influer sur la perspective que le Tribunal devrait prendre en compte pour évaluer les indications de prix. Elle a affirmé toutefois que tous savent comment faire défiler les pages des sites Web et des applications mobiles, comme l'application de Cineplex, et qu'ils le font.

[292] Troisièmement, aucune des parties n'a tenté de distinguer le public qui prend connaissance des indications de prix sur un ordinateur et celui qui les voit sur le site Web mobile ou sur l'application à partir de son téléphone mobile. Bien que des films différents puissent attirer des publics ayant des caractéristiques démographiques différentes, les allégations et les éléments de preuve en l'espèce étaient fondés sur la catégorie générale des indications de prix données sur la page des billets et non pas sur des indications concernant les prix des billets pour des séances précises dans des lieux précis.

[293] Quatrièmement, le contexte suivant dans lequel sont données les indications de prix est pertinent lorsqu'il faut évaluer l'impression générale :

- (a) Les indications relatives au prix des billets de cinéma de Cineplex ont été données sur son site Web, qui est un support interactif quelque peu différent d'une publicité imprimée statique ou d'un publipostage. Cineplex a le contrôle de son site Web et de chacune de ses pages, y compris les renseignements affichés, l'ordre dans lequel ils sont présentés, le flux de navigation de l'utilisateur, la conception de chaque page et ce qui est présenté au-dessus et au-dessous du pli.
- (b) En tant que site Web commercial, cineplex.com est conçu comme un « entonnoir » dont les objectifs sont notamment d'aider les utilisateurs à trouver un film qui les intéresse, puis de les convertir en consommateurs par l'achat d'un ou de plusieurs billets. Le site Web a été conçu pour permettre à l'utilisateur de s'y déplacer facilement et rapidement de même que pour encourager la conversion de l'utilisateur en détenteur de billet.

- (c) La présence d'un compte à rebours sur le ruban flottant, à partir de la page des billets, donne au consommateur ordinaire un certain sentiment d'urgence ou l'impression de devoir procéder rapidement à la transaction.
- (d) Un utilisateur qui achète des billets sur le site Web passe environ trois minutes au total sur le site.
- (e) Contrairement à ce qui était le cas dans la décision *Maritime Travel NSSC*, le montant en jeu est relativement modeste : moins de 20 \$ par billet, même en incluant les frais de gestion en ligne. Le montant maximum des frais de gestion en ligne par transaction est de 6 \$, soit 1,50 \$ pour les quatre premiers billets.

[294] Ce contexte n'entraînerait pas le consommateur ordinaire à réfléchir en profondeur ou à prêter une attention particulière au prix des billets ou à tout autre renseignement affiché sur la page des billets. En particulier, le consommateur ordinaire ne prendrait pas le temps d'examiner ou d'analyser attentivement les indications de prix et les autres renseignements figurant sur la page des billets (A). Il ne s'arrêterait pas non plus à la page des billets (B) pour faire le calcul nécessaire en voyant le sous-total indiqué sur le ruban flottant afin de s'assurer qu'il s'agit du montant exact avant de cliquer sur le bouton TRAITER pour passer à la page de sélection des sièges. (Je constate qu'en interrogatoire préalable et à l'audience, même M. McGrath n'a pas été en mesure de faire rapidement le calcul nécessaire lorsqu'on lui a spontanément demandé de calculer le sous-total (avec les frais de gestion en ligne) que le consommateur achetant un certain nombre de billets de différentes catégories d'âge aurait à payer.)

[295] Cinquièmement, en ce qui concerne l'impression générale, que voit le consommateur ordinaire sur la page des billets?

[296] Selon le commissaire, pour déterminer l'impression générale du consommateur moyen, il faut se baser sur les renseignements que ce dernier voit à l'écran sur la page des billets à l'étape (A) – c'est-à-dire les renseignements situés au-dessus du pli. Le commissaire a cité la décision *Bell Canada v Cogeco Cable Canada*, dans laquelle la juge Matheson a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[26] Dans le contexte d'Internet, la question se pose de savoir ce qui

constitue le fait de regarder la publicité dans son ensemble. Il n'est pas nécessaire d'y répondre maintenant. Toutefois, aux fins de la présente requête, je n'accepte pas l'argument de Cogeco selon lequel je devrais tenir compte de la totalité de ce qu'un consommateur peut faire défiler vers le bas ou afficher en cliquant sur un lien. La page d'accueil de Cogeco se compose de cinq pages de texte, d'éléments graphiques et d'hyperliens ainsi que de deux pages des incontournables conditions générales en petits caractères. Cogeco me demande de partir du principe que le consommateur verrait ou devrait voir l'ensemble de ces renseignements. Comme je l'ai indiqué à l'audience, j'ai quelques difficultés avec cette affirmation. Ce type de page d'accueil sur Internet n'est pas comparable à une annonce publiée sur une seule page d'un journal ou d'un magazine imprimé : voir, par exemple, *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8, [2012] 1 RCS 265.

[27] On peut au moins soutenir que, aux fins de l'article 52, le tribunal devrait prendre en considération ce que le consommateur verrait sur un seul écran, y compris les étiquettes des hyperliens. Je reconnais que la quantité de contenu présentée à l'écran pourrait dépendre dans une certaine mesure de la taille de l'écran de l'appareil choisi par le consommateur. Même alors, une grande partie de ce que Cogeco cherche à invoquer n'apparaîtrait pas sur ce premier écran.

[297] Cineplex a peu insisté dans ses arguments sur l'impression générale (sauf relativement à la norme juridique), mais elle a adopté une position plus large selon laquelle l'ensemble de la page des billets devrait être pris en considération (à la fois au-dessus et au-dessous du pli). Après tout, a-t-elle affirmé, [TRADUCTION] « tout le monde fait défiler des pages » sur les ordinateurs et les téléphones mobiles. Cineplex s'est aussi centrée sur les renseignements figurant sur la page des billets (B), c'est-à-dire après que le consommateur ait eut sélectionné un ou plusieurs billets. Elle a mentionné l'arrêt *Bell Mobility Inc v Telus Communications Company*, dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré que l'impression générale [TRADUCTION] « est déterminée par la perception qu'a le consommateur moyen des renseignements contenus aux quatre coins des publicités contestées » : *Bell Mobility Inc v Telus Communications Company*, au para 20. Voir également *Maritime Travel NSSC*, aux para 39 (# 3), 42–46. Pour Cineplex, les « quatre coins » de la publicité comprennent en l'espèce la totalité de la page des billets, y compris le contenu que voit le consommateur après avoir fait défiler la page jusqu'en bas.

[298] Je suis d'accord avec la position du commissaire sur ce point. L'impression générale du consommateur ordinaire doit être déterminée à partir des renseignements situés au-dessus du pli – ce qui est visible pour la plupart des consommateurs lorsqu'ils arrivent sur la page des billets, et ce, avant de sélectionner un billet. Premièrement, le témoignage de M. Eckert a démontré, au moyen de statistiques récentes, fiables et publiques portant sur la consultation des pages Web à l'échelle mondiale, qu'une solide majorité (environ les deux tiers) des utilisateurs du site Web et de l'application verraient ce qui est affiché sur leur écran – c'est-à-dire au-dessus du pli – lorsqu'ils arrivent sur la page des billets où leur sont présentée pour la première fois des renseignements sur les prix des billets. Deuxièmement, j'accepte le témoignage de M. Eckert selon lequel les consommateurs font défiler une page vers le bas sur un site Web ou une application si on leur donne une raison de le faire. Pour le consommateur ordinaire, il n'y a pas de raison évidente de le faire sur la page des billets de Cineplex. Troisièmement, j'estime, selon les éléments de preuve, que le site Web de Cineplex a été conçu pour dissuader le consommateur ordinaire de faire défiler la page vers le bas (et, selon la prépondérance des probabilités, a probablement eu cet effet). Le site Web permet plutôt au consommateur ordinaire, et l'encourage à le faire, de cliquer sur le bouton TRAITER sur le ruban flottant et de poursuivre l'achat de billets de cinéma sans faire défiler la page vers le bas – et donc sans voir les renseignements sur les frais de gestion en ligne situés sous le pli une fois que les billets sont sélectionnés sur la page des billets.

[299] En résumé, pour ce qui est de l'impression générale du consommateur ordinaire, les renseignements contenus dans les « quatre coins » de la publicité sont ceux que le citoyen ordinaire voit sur la page des billets, au-dessus du pli et sans défilement.

[300] Sixièmement, quelle information l'indication des prix donnée sur la page billets transmettrait-elle au consommateur ordinaire concernant les prix des billets en ligne par rapport aux prix des billets au cinéma?

[301] Cineplex a fait valoir que le prix affiché sur la page des billets (A) était [TRADUCTION] « une publicité sur les prix », c'est-à-dire une indication du prix du billet pour le cinéma sélectionné s'il était acheté en personne, sur place. Selon Cineplex, à ce moment, sur la page des billets, les prix affichés correspondent aux prix d'achat au cinéma que paierait l'utilisateur du

site Web s'il achetait ses billets à la billetterie, à un comptoir alimentaire ou à un guichet libre-service. Pour Cineplex, le consommateur a deux options à ce stade – et il s'agit d'un [TRADUCTION] « choix fondamental » : il peut se rendre en personne au cinéma et payer le prix des billets de cinéma sélectionnés (c'est-à-dire le montant affiché sur la page Web) ou il peut cliquer sur le bouton AJOUTEZ et procéder à son achat en ligne. Une fois que le consommateur a cliqué sur ce bouton pour sélectionner un ou plusieurs billets, Cineplex considère qu'il est entré dans le processus d'achat en ligne et que le prix « annoncé » devient un [TRADUCTION] « prix de base » sur la page des billets (B) – auquel seront ajoutés les frais de gestion en ligne applicables. À cette étape, la page des billets affiche immédiatement le prix global tout compris des billets en tant que sous-total sur le ruban flottant, à côté du bouton TRAITER.

[302] Je ne suis pas d'accord avec la position de Cineplex selon laquelle les prix affichés sur la page des billets (A) sont une indication du prix au cinéma seulement. J'estime qu'un citoyen ordinaire considérerait les prix des billets affichés sur la page des billets du site Web de Cineplex et de l'application comme le prix des billets pour le film à l'affiche dans le cinéma choisi à l'heure choisie, indépendamment du mode d'achat. Le consommateur doit avoir déjà ouvert une session et cliqué sur le bouton nécessaire pour acheter des billets sur le site Web ou l'application. Le titre de la page des billets et le bouton AJOUTEZ indiquent clairement que les billets sont disponibles sur ces deux canaux en ligne. Les prix affichés sur la page des billets indiqueraient au consommateur ordinaire que les billets de cinéma sont disponibles à ce prix sur ces canaux, c'est-à-dire là où le consommateur voit les indications. Comme l'ont confirmé les témoins, rien n'indique sur la page des billets que le prix affiché est uniquement le prix d'achat au cinéma. Lorsqu'on regarde la page des billets de manière objective et neutre, l'impression naturelle qui se dégage est que les billets de cinéma sont disponibles aux prix indiqués sur le site Web ou l'application à l'endroit où le consommateur les voit.

[303] Autrement dit, Cineplex a fait valoir que les prix affichés sur la page des billets correspondent aux billets de la séance choisie s'ils sont achetés dans le cinéma sélectionné. Pour un consommateur ordinaire, le prix affiché sur la page des billets est plus susceptible de représenter le prix des billets pour la séance au cinéma sélectionné – et non le prix que le consommateur devra déboursier s'il décide d'acheter ses billets en personne à ce cinéma. Comme Cineplex a déjà indiqué au consommateur qu'il pouvait acheter des billets sur le site Web ou sur

l'application où les prix sont affichés et où le consommateur les voit, ce dernier a l'impression générale qu'il peut acheter les billets sur ces canaux en ligne aux prix affichés sur la page des billets.

[304] Septièmement, quel est l'effet de la publicité relative au CinéClub affichée dans le coin supérieur droit de la page des billets (A) du site Web (et qui, comme je l'ai déjà mentionné, n'apparaît pas sur l'application)? Compte tenu des modèles de lecture en F et en Z des sites Web (examinés ci-dessus à la section H) reconnus par M. Eckert et M. Amir, un citoyen ordinaire remarquerait probablement la publicité. Certains consommateurs pourraient alors s'arrêter suffisamment longtemps pour remarquer le troisième point, qui mentionne des frais de gestion en ligne. Cependant, le consommateur ordinaire ne verrait aucun renseignement sur le montant des frais de gestion en ligne ni sur l'incidence de ces frais ajoutés au prix des billets de cinéma pour la grande majorité des cinéphiles (selon les données du site Web de Cineplex, seul un petit nombre de visiteurs qui accèdent à la page des billets sont des abonnés de CinéClub). La publicité ne fournit qu'une brève information sur les frais de gestion en ligne.

[305] Après avoir tiré des conclusions factuelles détaillées et des conclusions relatives à l'impression générale, je me penche sur les questions à trancher aux termes de l'article 74.01.

VII. CINEPLEX S'EST-ELLE LIVRÉE À UN COMPORTEMENT SUSCEPTIBLE D'EXAMEN?

A. Les questions à trancher pour l'application de l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence*

[306] Cineplex ne conteste pas que les indications figurant sur son site Web et son application visent à promouvoir ses intérêts commerciaux (ce qui est évoqué dans la disposition liminaire du paragraphe 74.01(1)) et qu'elles sont données « au public » comme l'énonce l'alinéa 74.01(1)a). Elle ne soutient pas non plus que les frais de gestion en ligne « ne représentent que le montant imposé sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale » aux termes du paragraphe 74.01(1.1).

[307] Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si Cineplex avait donné des indications « fausses ou trompeuses sur un point important ». Leurs arguments portaient

essentiellement sur la façon dont il convenait d'interpréter et d'appliquer le paragraphe 74.01(1.1).

[308] Afin de déterminer si Cineplex s'est livrée à un comportement susceptible d'examen, le Tribunal doit se prononcer sur les questions suivantes :

- Le paragraphe 74.01(1.1) s'applique-t-il à la présente instance?
- Les indications données sur la page des billets étaient-elles « fausses ou trompeuses » aux termes de l'alinéa 74.01(1)a), indépendamment du paragraphe 74.01(1.1)?
- Les indications étaient-elles fausses ou trompeuses « sur un point important »?

B. La position générale des parties concernant le paragraphe 74.01(1.1)

[309] L'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.01(1.1) sont formulés ainsi :

Pratiques commerciales
trompeuses

Comportement susceptible
d'examen

Indications trompeuses

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

a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

[...]

Deceptive Marketing
Practices

Reviewable Matters

Misrepresentations to public

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

(a) makes a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

[...]

Indication de prix partiel

(1.1) Il est entendu que l'indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent constitue une indication fautive ou trompeuse, sauf si les frais obligatoires ne représentent que le montant imposé sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

Drip pricing

(1.1) For greater certainty, the making of a representation of a price that is not attainable due to fixed obligatory charges or fees constitutes a false or misleading representation, unless the obligatory charges or fees represent only an amount imposed by or under an Act of Parliament or the legislature of a province.

[310] Les parties étaient généralement d'accord sur le fait que le paragraphe 74.01(1.1) concerne les indications de prix « partiel », soit une pratique qui consiste en général, pour un détaillant, à annoncer un produit ou un service à un prix donné pour ensuite y ajouter des frais additionnels, de sorte que le consommateur se retrouve à payer plus que le prix initialement annoncé. Au paragraphe 74.01(1.1), les termes « *drip pricing* » et « indication de prix partiel » apparaissent en tant que notes marginales dans le texte mais ne font pas partie de celui-ci, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information : *Loi d'interprétation*, LRC (1985), c I-21, art 14.

[311] Les parties ne s'entendaient pas sur l'effet général du paragraphe 74.01(1.1) et son lien avec l'alinéa 74.01(1)a), sur le sens des mots et des expressions qu'il contient et sur son application aux faits en l'espèce. Les deux parties affirmaient que la disposition était claire et sans équivoque, mais elles n'étaient pas d'accord sur sa signification.

[312] Selon la position générale du commissaire relativement au paragraphe 74.01(1.1), les prix indiqués par Cineplex sur la page des billets n'étaient pas atteignables en raison de frais obligatoires fixes, à savoir les frais de gestion en ligne. Le commissaire a fait valoir que le comportement de Cineplex doit être considéré, compte tenu du paragraphe 74.01(1.1), comme étant faux ou trompeur. Il a soutenu que les prix indiqués sur la page des billets n'étaient en effet pas « atteignable[s] » en raison des frais de gestion en ligne, qui constituent des frais obligatoires fixes visés par ce paragraphe. Cineplex a pour sa part plaidé que les prix indiqués sur la page des billets étaient atteignables et que les frais de gestion en ligne n'étaient ni fixes ni obligatoires au

sens du paragraphe 74.01(1.1). Le commissaire et Cineplex ont également présenté des arguments juridiques portant sur l'interprétation appropriée du paragraphe 74.01(1.1).

[313] Selon le commissaire, la preuve montre que les prix indiqués sur le site Web et l'application de Cineplex ne sont pas atteignables, car les consommateurs doivent payer des frais de gestion pour acheter des billets en ligne, à moins d'être membres d'un programme de Cineplex.

[314] Selon Cineplex, le commissaire a fondé sa position concernant le paragraphe 74.01(1.1) sur une interprétation erronée du processus d'achat sur le site Web et l'application de même que sur une mauvaise compréhension et une mauvaise application de la loi. Cineplex est d'avis que le paragraphe 74.01(1.1) constitue un [TRADUCTION] « code complet » qui décrit ce qu'est une indication de prix partiel.

[315] Dans la preuve qu'elle a présentée, Cineplex a soutenu que les prix indiqués sur son site Web et l'application étaient atteignables et qu'ils n'étaient ni « fixes » ni « obligatoires », parce que les consommateurs peuvent acheter des billets en personne (au cinéma) ou en ligne (à partir du site Web ou de l'application). Les frais de gestion en ligne ne s'appliquent pas aux billets achetés en personne dans les cinémas Cineplex (à la billetterie, à un comptoir alimentaire ou à un guichet libre-service). En conséquence, les prix annoncés sur la page des billets du site Web et de l'application, ce que Cineplex appelle le [TRADUCTION] « prix de base », sont atteignables.

[316] Dans l'ensemble, Cineplex a fait valoir qu'aucun prix annoncé n'était inatteignable. Les prix de base sont atteignables au cinéma choisi par le consommateur, comme il est indiqué sur la page des billets. Les frais de gestion en ligne ne sont donc pas obligatoires, parce que les consommateurs peuvent éviter de les payer en achetant leur billet en personne, au cinéma.

[317] Cineplex a soutenu que les prix de ses billets n'étaient pas fixes. Il n'y a pas de prix unique pour un billet de cinéma, qu'il soit acheté en personne ou en ligne. Divers facteurs influent sur le prix : l'âge du cinéophile, l'expérience cinématographique choisie (par exemple, IMAX, VIP ou normale), le jour de la semaine, l'emplacement du cinéma, le fait d'être abonné à CinéClub ou membre du programme de fidélisation Scène+ et la méthode d'achat (en personne ou en ligne).

[318] Cineplex a également affirmé que les éléments du paragraphe 74.01(1.1), notamment le caractère « atteignable » des prix ainsi que la nature fixe et obligatoire des frais de gestion en ligne, étaient de pures questions de fait pour lesquelles les témoignages d'opinion, plus particulièrement ceux de M^{me} Morwitz et de M. Eckert, n'étaient d'aucune aide au Tribunal. Cineplex a fait valoir qu'aucun des points mentionnés par M^{me} Morwitz et M. Eckert ne se rattachait aux éléments et aux faits permettant au Tribunal de juger si les prix annoncés sur le site Web et l'application étaient atteignables et si les frais de gestion en ligne étaient fixes et obligatoires.

[319] Pour sa part, le commissaire a soutenu à l'audience que les témoignages de M. Eckert et de M^{me} Morwitz étaient pertinents et nécessaires afin d'aider le Tribunal à interpréter le paragraphe 74.01(1.1), pour tous les motifs exposés dans ses arguments écrits.

C. L'interprétation appropriée du paragraphe 74.01(1.1)

[320] Le législateur a édicté le paragraphe 74.01(1.1) en 2022 par l'article 258 de la *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, LC 2022, c 10. Aucune décision portant sur l'application du paragraphe 74.01(1.1) n'a encore été rendue, de sorte que le Tribunal se penche pour la première fois sur l'interprétation et l'application de cette disposition.

(1) Les principes de droit applicables

[321] Le Tribunal interprète une disposition législative en appliquant le principe moderne en matière d'interprétation des lois. Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653 aux para 117–118, renvoyant à *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 RCS 27 au para 21 et à *Bell ExpressVu Limited Partnership c Rex*, [2002] 2 RCS 559, 2002 CSC 42 au para 26; *Pioneer Corp c Godfrey*, [2019] 3 RCS 295, 2019 CSC 42 au para 42; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Secure Energy Services Inc*, 2022 CAF 25 au para 49.

[322] Le processus d'interprétation suppose généralement une analyse du texte de la disposition qui tient compte de l'économie de la loi et de son objet. C'est uniquement à partir du texte de loi, de l'objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble qu'il est possible de saisir l'intention du législateur : *Vavilov*, au para 118. Bien que l'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet dans l'interprétation d'une loi puisse varier d'une instance à une autre, il faut chercher, « dans tous les cas », à interpréter les dispositions d'un texte législatif « comme formant un tout harmonieux » : *Canada (Procureur général) c Fédération de la police nationale*, 2023 CAF 75 au para 47, renvoyant à *Hypothèques Trustco Canada c Canada*, [2005] 2 RCS 601, 2005 CSC 54 au para 10.

[323] Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco*, la Cour suprême a déclaré que lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. Cependant, les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux : *Hypothèques Trustco*, au para 10; *9354-9186 Québec inc c Callidus Capital Corp*, [2020] 1 RCS 521, 2020 CSC 10 au para 60.

[324] Les versions anglaise et française du paragraphe 74.01(1.1) font pareillement autorité. Suivant les principes d'interprétation des lois, les deux versions doivent être lues ensemble et il faut en dégager le sens commun. S'il y a divergence entre les deux versions ou si elles sont inconciliables, des règles permettent de résoudre les questions d'interprétation : voir *Charte canadienne des droits et libertés*, para 18(1); *Canada (Procureur général) c Redman*, 2020 CAF 209 au para 22; *R c Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 RCS 217 aux para 26–27; *Le commissaire de la concurrence c HarperCollins Publishers LLC et HarperCollins Canada Limited*, 2017 Trib conc 10 au para 182.

[325] L'article 12 de la *Loi d'interprétation* est libellé ainsi :

Solution de droit	Enactments Remedial
Principe et interprétation	Enactments deemed remedial
12 Tout texte est censé apporter	12 Every enactment is deemed

une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[326] Les débats parlementaires peuvent guider le Tribunal dans le processus d'interprétation, mais il ne faut pas oublier qu'une telle preuve extrinsèque n'est pas plus importante que le texte législatif : voir, par exemple, *R c Khill*, 2021 CSC 37 au para 111; *MédiaQMI inc c Kamel*, [2021] 1 RCS 899, 2021 CSC 23 aux para 37–38. En l'espèce, les extraits du harsard déposés par les parties ne permettent pas de dégager le sens des mots et des expressions figurant au paragraphe 74.01(1.1). Les extraits renvoient aux indications de prix partiel de manière générale, mais ils n'aident guère le Tribunal à interpréter la disposition législative.

[327] Je prends acte du fait que le commissaire a signé des ententes de consentement concernant les indications de prix partiel et que le Tribunal les a enregistrées conformément à l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, aucune partie n'y a fait référence et n'a plaidé qu'elles étaient pertinentes pour l'interprétation du paragraphe 74.01(1.1).

(2) L'interprétation du paragraphe 74.01(1.1), dont le texte, le contexte et l'objet

[328] Le paragraphe 74.01(1.1), qui fait partie des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de la *Loi sur la concurrence*, suit immédiatement le paragraphe 74.01(1).

[329] Les parties n'étaient pas d'accord sur la façon de qualifier le paragraphe 74.01(1.1), à savoir s'il s'agissait d'une disposition [TRADUCTION] « déterminative » (selon le commissaire) ou encore d'une disposition limitative ou d'un [TRADUCTION] « code complet » de ce qu'est une indication de prix partiel (selon Cineplex). On pourrait aussi la considérer comme une directive de la part du législateur selon laquelle une inférence précise doit être tirée lorsque des conditions factuelles particulières sont remplies (inférence qui peut être obligatoire et qui, à première vue, n'est pas visée par le paragraphe 74.01(5)).

[330] Il n'est pas nécessaire de qualifier la disposition d'une façon ou d'une autre. Il suffit d'analyser le texte du paragraphe 74.01(1.1) dans son contexte, et en tenant compte de l'objet des

dispositions et de la loi, et de veiller à ce qu'il soit interprété conformément aux autres dispositions et à l'économie de la loi.

[331] Le paragraphe 74.01(1.1) n'a pas pour effet de créer un autre comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.1. Le texte du paragraphe 74.01(1.1), lu conjointement avec le paragraphe 74.01(1) qui le précède, renvoie à deux éléments de l'alinéa 74.01(1)a) : le fait de donner une indication et le caractère faux ou trompeur de celle-ci. Le paragraphe 74.01(1.1) prévoit quant à lui que l'indication d'un prix « constitue » une indication fausse ou trompeuse lorsque des conditions factuelles particulières sont remplies, à moins que d'autres conditions ne s'appliquent.

[332] Plus précisément, le paragraphe 74.01(1.1) traite d'un type d'indication au public (l'« indication d'un prix ») et énonce que, si les conditions sont remplies (le prix n'est « pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent »), un des éléments de l'alinéa 74.01(1)a) dénotant un comportement susceptible d'examen est présent : l'indication est fausse ou trompeuse. Il convient de faire remarquer que, dans toute instance intentée en vertu de l'article 74.01, il n'est pas nécessaire d'établir qu'une personne ait été trompée ou induite en erreur : voir *Loi sur la concurrence*, alinéa 74.03(4)a).

[333] Le paragraphe 74.01(1.1) favorise l'atteinte des objectifs de la *Loi sur la concurrence* et des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de deux manières. D'abord, le législateur y décrit les indications de prix qu'il considère comme fausses ou trompeuses. Les détaillants et les autres personnes donnant des indications commerciales au public dans le but de vendre leurs produits et services sont donc expressément informés des comportements prohibés. Le législateur cherche également à susciter la confiance des consommateurs dans les indications de prix qui leur sont données en favorisant la clarté et à la transparence. Ensuite, le paragraphe 74.01(1.1) appuie l'atteinte des objectifs de la loi par un moyen précis : il simplifie l'évaluation du Tribunal, car celui-ci n'a pas à procéder à une analyse distincte pour déterminer si une indication de prix qui répond aux conditions énoncées est fausse ou trompeuse comme l'entend l'alinéa 74.01(1)a). Ce paragraphe confirme également que le comportement est susceptible d'examen si les autres éléments prévus à l'alinéa 74.01(1)a) sont présents.

[334] Les versions anglaise et française du paragraphe 74.01(1.1) ont un sens commun. Le texte de chaque version correspond à l'autre, à l'exception de l'expression « qui s'y ajoutent » dans la version française. Quand on compare le libellé de la disposition dans les deux versions (« [...] *a representation of a price that is not attainable due to fixed obligatory fees or charges constitutes* [...] » et « [...] l'indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent constitue [...] »), on constate que l'expression « qui s'y ajoutent » dans la version française signifie que les frais obligatoires fixes s'ajoutent au prix indiqué. À mon avis, cette idée est implicite dans la version anglaise : si un prix indiqué n'est pas « atteignable » en raison de frais obligatoires fixes, c'est que les frais s'ajoutent nécessairement au prix annoncé.

[335] Dans leurs arguments, les parties ont cherché à définir les adjectifs « atteignable », « fixes » et « obligatoires » employés au paragraphe 74.01(1.1), puis à appliquer les définitions proposées à la preuve afin d'appuyer chacune leur position. Étant donné la portée de l'alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.01(1.1) et le large éventail d'indications commerciales auxquelles peuvent s'appliquer ces dispositions, je ne crois pas que le Tribunal doive tenter de définir ces adjectifs de façon générale ou à toutes les fins possibles. J'exposerai plutôt, ci-après, les conclusions que j'ai tirées à partir de la preuve dans la présente affaire et les raisons pour lesquelles je souscris ou non aux positions des parties.

(3) Le prix tout compris

[336] Avant de passer à l'application du paragraphe 74.01(1.1), j'ouvre une parenthèse pour traiter d'une question soulevée par les deux parties : le paragraphe 74.01(1.1) envisage-t-il la possibilité d'un prix tout compris?

[337] Le commissaire était d'avis que le premier prix annoncé devait inclure tous les frais obligatoires fixes. Les différents éléments constituant le prix tout compris peuvent être indiqués séparément plus tard dans le processus d'achat, mais le premier prix annoncé doit être un prix tout compris. (Le commissaire a précisé qu'il ne soutenait pas que chaque prix indiqué en ligne devait correspondre au prix tout compris pour un canal donné. Cineplex pourrait annoncer deux prix, à la condition que ce soit clair.) Pour sa part, Cineplex a fait valoir que, selon le paragraphe 74.01(1.1), le prix tout compris sans les taxes applicables devait être indiqué et

atteignable. Cineplex a soutenu que le ruban flottant sur la page des billets (B) indiquait le prix total des billets choisis par le consommateur (frais de gestion en ligne inclus, le cas échéant).

[338] Des lois provinciales contiennent des dispositions concernant les prix tout compris : voir la LPC du Québec, alinéa 224c); *Loi de 2017 sur la vente de billets*, LO 2017, c 33, annexe III, article 6; voir aussi Kenneth Jull et Nicole Spadotto, « Digital Advertising and Purchasing: Fun or a New Type of Deception? » (2020) 33:1 *Canadian Competition Law Review* à la p 9. Le libellé du paragraphe 74.01(1.1) ne reflète pas les dispositions provinciales. Par exemple, l'alinéa 224c) de la LPC du Québec énonce que « [...] le prix annoncé doit comprendre le total des sommes que le consommateur devra déboursier pour l'obtention du bien ou du service ». Une telle formulation expresse ne figure pas dans la *Loi sur la concurrence*.

[339] En l'espèce, il n'est pas nécessaire de savoir si une indication de prix « tout compris » est une exigence implicite découlant de l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 74.01(1.1). Je laisse à un autre tribunal le soin de trancher cette question et de définir ce qui constitue une indication de prix « tout compris ».

D. Le paragraphe 74.01(1.1) s'applique-t-il à la présente instance?

[340] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les prix des billets indiqués ne sont pas atteignables en raison des frais de gestion en ligne, qui sont des frais obligatoires fixes s'ajoutant aux prix indiqués.

(1) « L'indication d'un prix [...] »

[341] Les indications contestées, dont leur sens littéral et l'impression générale qu'elles donnent au consommateur, ont été définies et décrites précédemment.

[342] Nul ne conteste que Cineplex donne des indications de prix pour des billets de cinéma sur la page des billets de son site Web et de l'application. Les prix annoncés sur la page des billets sont des « indication[s] [de] prix » aux termes du paragraphe 74.01(1.1) qui concernent plus précisément l'admission générale, les aînés et les enfants.

- (2) « [...] qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent [...] »

[343] Je suis d'accord avec Cineplex pour dire qu'une indication de prix est visée par le paragraphe 74.01(1.1) seulement lorsqu'elle n'est pas atteignable « en raison de » frais obligatoires fixes. Les principales questions à trancher sont celles de savoir si les frais de gestion en ligne sont « fixes » et « obligatoires ».

(a) **Les frais de gestion en ligne sont « fixes »**

[344] Le commissaire a soutenu que les frais de gestion en ligne étaient « fixes » aux termes du paragraphe 74.01(1.1).

[345] Selon le commissaire, afin de déterminer si des frais sont fixes pour l'application du paragraphe 74.01(1.1), il faut se demander si l'annonceur a établi le montant des frais avant de donner l'indication de prix. Dans l'affirmative, les frais sont fixes. À l'inverse, lorsque l'annonceur ne sait pas si des frais s'appliqueront ni à combien ils s'élèveront avant de donner l'indication de prix (par exemple, lorsque les frais varient en fonction de la méthode et du lieu de livraison d'un produit), les frais ne sont pas fixes.

[346] En l'espèce, le commissaire a fait valoir que Cineplex avait établi les frais de gestion en ligne à 1,50 \$ pour les consommateurs réguliers et à 1 \$ pour les membres de Scène+ en juin 2022 et que le montant des frais n'avait pas changé depuis. Cineplex connaît le montant des frais qui s'appliquent à une transaction donnée bien avant que le consommateur ne voie pour la première fois les prix des billets indiqués sur le site Web ou l'application, car ces prix ne s'affichent pas tant que le consommateur n'a pas ouvert de session. Ce renseignement permet à Cineplex de calculer le montant des frais de gestion en ligne, le cas échéant. Les frais sont donc fixes.

[347] Cineplex a soutenu pour sa part que les frais de gestion en ligne n'étaient pas fixes. Elle a présenté des arguments juridiques sur le sens de l'adjectif « fixe », qui signifierait essentiellement [TRADUCTION] « qui ne varie pas ». D'après Cineplex, la condition selon laquelle les frais doivent être « fixes » établit une distinction évidente entre les frais visés par la

disposition et les frais variables qui dépendent des choix faits par le consommateur. Cineplex a fait valoir que les frais de gestion en ligne variaient selon le type de consommateur (régulier, membre de Scène+ ou abonné de CinéClub), le nombre de billets achetés et l'utilisation d'un code de promotion ou d'un coupon. Ils sont également variables parce qu'ils s'appliquent à un maximum de quatre billets.

[348] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus, compte tenu de la preuve, que les frais de gestion en ligne sont « fixes ». Je suis d'avis qu'il est inutile et peu judicieux de tenter de définir l'adjectif « fixes » employé au paragraphe 74.01(1.1) pour tous les cas de figure possibles, soit de prévoir tous les types de frais susceptibles d'être perçus par une personne donnant des indications de prix.

[349] Premièrement, il ressort de la preuve que Cineplex a établi les frais de gestion en ligne à 1,50 \$ avant de les instaurer en juin 2022. Ce montant n'a pas changé depuis. La grande majorité des personnes qui achètent des billets en ligne paient les frais de gestion dans leur intégralité, soit 1,50 \$. Les frais de gestion que doivent payer les membres de Scène+ et les abonnés de CinéClub ont également été fixés avant le mois de juin 2022 et n'ont pas été modifiés depuis cette date. Cineplex a établi des prévisions de recettes à l'interne en fonction de ces frais et du nombre attendu de cinéphiles dans chaque catégorie. Elle a instauré les frais de gestion en ligne et en a fixé le montant pour ces trois catégories de consommateurs avant de donner une quelconque indication de prix sur son site Web et son application.

[350] Deuxièmement, les frais de gestion en ligne sont fixes lorsque Cineplex indique le prix des billets sur la page des billets, lorsque le consommateur voit le prix indiqué et lorsqu'il décide de se les procurer en cliquant sur le bouton AJOUTEZ. Le consommateur doit avoir ouvert une session sur Cineplex Connect pour accéder à la page des billets et consulter les prix. Une fois que le consommateur a ouvert une session, Cineplex sait s'il est un consommateur régulier, un membre de Scène+ ou un abonné de CinéClub. C'est ce renseignement qui détermine le montant des frais de gestion en ligne qui s'applique. (Si le consommateur n'a pas saisi de renseignements liés au programme Scène+ ou à l'abonnement CinéClub dans son compte Cineplex Connect, des frais de gestion en ligne de 1,50 \$ sont appliqués par défaut.) Par conséquent, lorsqu'une personne accède à la page des billets (A), les frais de gestion en ligne sont fixes non seulement

pour chaque catégorie de consommateur (régulier, membre de Scène+ ou abonné de CinéClub), mais aussi pour ce consommateur en particulier. Le site Web et l'application sont en mesure de savoir quelle est la catégorie applicable et d'ajouter immédiatement les frais de gestion en ligne au prix des billets sélectionnés lorsque le consommateur clique sur le bouton AJOUTEZ.

[351] Troisièmement, le commissaire a accordé une certaine importance au fait que la somme préétablie de 1,50 \$ correspond au montant régulier des frais de gestion en ligne, qui est réduit (à 1 \$) pour les membres de Scène+ et annulé pour les abonnés de CinéClub.

[352] J'adopte un point de vue plus étroit : la variation du montant préétabli des frais de gestion en ligne d'un consommateur à l'autre ne change rien au caractère « fixe » des frais pour chaque consommateur et chaque catégorie. Il importe peu que les frais soient considérés comme réduits ou annulés : les membres de Scène+ se trouvent simplement à payer des frais fixes dont le montant diffère de celui payé par les consommateurs réguliers, et les abonnés de CinéClub en sont exemptés. Cette conclusion concorde avec la position du commissaire selon laquelle Cineplex ne peut éviter l'application du paragraphe 74.01(1.1) pour la seule raison qu'elle ait créé différentes catégories de consommateurs pour qui les frais sont réduits ou annulés.

[353] Passons aux arguments de Cineplex. Cineplex s'est appuyée sur le témoignage de M. Amir, qui a déclaré que les frais de gestion en ligne ne sont pas fixes, parce que [TRADUCTION] « le montant peut varier ». M. Amir était aussi d'avis que les frais de gestion en ligne n'étaient pas fixes, car ils variaient selon le nombre de billets achetés dans une même transaction. Le témoignage de M. McGrath, qui allait dans le même sens que celui de M. Amir, correspondait à la position corporative de Cineplex. Je ne souscris pas à ces arguments. M. Amir a admis qu'on ne lui avait pas demandé de donner son avis sur l'interprétation du paragraphe 74.01(1.1) ou des mots qui y sont employés, puisque cette question ne relevait pas de sa compétence à titre d'expert. Quoi qu'il en soit, le caractère « variable » du total des frais de gestion en ligne d'après le nombre de billets achetés ne change rien au fait que Cineplex ajoute des frais fixes au prix de chaque billet. Même si les frais de gestion en ligne s'appliquent à un maximum de quatre billets, il n'en demeure pas moins que les frais sont « fixes », comme je l'explique plus haut. Dans tous les cas, un très faible pourcentage des transactions en ligne a bénéficié du plafonnement des frais de gestion.

[354] Cineplex a présenté l'argument juridique selon lequel les frais « fixes » mentionnés au paragraphe 74.01(1.1) étaient, par définition, des frais qui ne [TRADUCTION] « vari[ai]ent » pas. Elle a soutenu que [TRADUCTION] « l'intention manifeste du législateur était d'éviter de contraindre les commerçants qui annoncent des produits pour lesquels des frais variables ou optionnels peuvent s'appliquer, par exemple des frais de livraison ou une assurance à l'achat du produit, des produits mis aux enchères, comme sur eBay, et des produits faisant l'objet d'une commission à taux variable ».

[355] Cependant, avec cet argument, Cineplex a cherché à définir l'adjectif « fixe » par ce qu'il ne signifie pas, à savoir [TRADUCTION] « qui ne varient pas ». Le législateur n'a pas employé l'expression [TRADUCTION] « qui ne varient pas » au paragraphe 74.01(1.1). Cineplex n'a présenté aucun élément de preuve révélant l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a employé l'adjectif « fixe ». Les extraits du harsard déposés par les parties n'apportent aucune précision à cet égard. Il n'y a rien dans la preuve ou les arguments juridiques des parties qui montre que des frais [TRADUCTION] « qui ne varient pas » sont toujours « fixes » ou que des frais « fixes » « ne varient [jamais] ». Je ne statuerai pas sur la question de savoir si, effectivement, des frais de livraison par exemple ne sont pas « fixes » par définition, comme l'a affirmé Cineplex, puisqu'il ne s'agit pas d'une question en litige dans la présente affaire; je ne formulerai aucun commentaire à ce sujet non plus.

[356] Cineplex a également fait valoir que ses frais de gestion en ligne n'étaient pas fixes, car ils dépendaient des choix faits par le consommateur. Cette seule affirmation est trop générale et vague pour être retenue par le Tribunal lorsqu'il examine la signification juridique de frais « fixes » pour l'application du paragraphe 74.01(1.1).

[357] Enfin, l'argument de Cineplex selon lequel les frais de gestion en ligne sont [TRADUCTION] « variables » compromet, au lieu de promouvoir, l'atteinte de l'objectif que poursuivait le législateur lorsqu'il a ajouté le paragraphe 74.01(1.1) à la partie de la *Loi sur la concurrence* relative aux pratiques commerciales trompeuses, de manière générale, et à l'article 74.01, plus particulièrement. Rien dans le libellé du paragraphe 74.01(1.1) ni dans la preuve n'indique qu'un commerçant peut éviter d'être visé par la disposition simplement parce qu'il a établi plusieurs niveaux de frais fixes dont le montant varie selon la catégorie de

consommateur à laquelle ils s'appliquent. Rien ne porte à croire non plus que le législateur entendait soustraire une indication de prix au paragraphe 74.01(1.1) pour la seule raison que l'achat de plus d'un article entraîne la multiplication des frais. Si le Tribunal retenait la position de Cineplex, un détaillant pourrait facilement ne pas être visé par la disposition en établissant des frais obligatoires fixes qui diffèrent d'une catégorie de consommateurs à l'autre. Comme la *Loi sur la concurrence* est censée apporter une solution de droit, il est difficile de voir comment l'interprétation que donne Cineplex à la disposition soit compatible avec l'objet de la loi, de manière générale, ou avec les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses, plus particulièrement (voir *Loi d'interprétation*, art 12; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Air Canada (CA)*, [1994] 1 CF 15 aux pp 186–187; *Rakuten Kobo Inc c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2018 CF 64, [2018] 4 RCF 111 aux para 102–104; *Bédard c Kellogg Canada Inc*, 2007 CF 516 au para 39; *Le commissaire de la concurrence c HarperCollins Publishers LLC et HarperCollins Canada Limited*, aux para 118–123; *Le commissaire de la concurrence c Direct Energy Marketing Limited*, 2015 Trib conc 2 aux para 39–40).

[358] Par conséquent, je conclus que les frais de gestion en ligne sont « fixes » aux termes du paragraphe 74.01(1.1).

(b) Les frais de gestion en ligne sont « obligatoires »

[359] Selon le commissaire, les frais de gestion en ligne sont obligatoires parce qu'ils doivent être payés par les consommateurs auxquels ils s'appliquent (soit les consommateurs réguliers et les membres de Scène+). Ils ne sont pas optionnels. Le paiement des frais est obligatoire pour tous les consommateurs qui n'en sont pas exemptés et qui souhaitent acheter des billets de cinéma à partir du site Web ou de l'application. Il est impossible d'acheter un billet de cinéma en ligne sans payer les frais de gestion, sauf si le consommateur est un abonné de CinéClub, auquel cas les frais sont annulés. Par conséquent, pour acheter un billet de cinéma en ligne, le consommateur doit payer les frais applicables.

[360] Durant les plaidoiries, le commissaire a confirmé que, selon lui, la question pertinente à se poser concernant les frais « obligatoires » visés au paragraphe 74.01(1.1) est la suivante : peu

importe le canal par lequel le consommateur achète le billet, les frais de gestion en ligne sont-ils obligatoires pour que l'achat puisse être conclu sur le canal en question? En d'autres mots, une fois le processus d'achat entamé, les frais sont obligatoires si le consommateur doit les payer pour effectuer la transaction sur le canal choisi.

[361] Selon Cineplex, les frais de gestion en ligne ne sont pas obligatoires pour l'achat de billets au cinéma. Ils sont [TRADUCTION] « pleinement évitables » lorsqu'on achète un billet en personne, au cinéma. Cineplex a déclaré qu'un consommateur pouvait à tout moment quitter le site Web ou l'application et faire son achat en personne, au cinéma, de manière à éviter de payer les frais de gestion en ligne. De son point de vue, l'existence de cette autre méthode d'achat met fin, ou devrait mettre fin, à l'enquête et à l'analyse du Tribunal.

[362] Cineplex a cherché à distinguer sa situation de celles où les consommateurs ne peuvent pas se rendre sur place à un point de vente physique pour acheter le produit désiré et de celles où des frais sont ajoutés « au comptoir », après que le consommateur eut effectué une réservation en ligne ou à son arrivée sur place au point de vente physique (comme les frais de séjour).

[363] Cineplex a présenté des arguments sur le thème général du choix du consommateur et sur le caractère atteignable des prix des billets annoncés en s'appuyant sur des extraits de la déclaration de témoin de M. McGrath. Ce dernier a affirmé que le consommateur avait un [TRADUCTION] « choix important » et un exercice de pondération à faire en matière de prix et de commodité sur la page des billets, puisqu'il peut [TRADUCTION] « soit acheter les billets au cinéma au prix de base, soit sélectionner le nombre de billets qu'il veut acheter au prix en ligne. » Le [TRADUCTION] « prix de base » correspond au prix du billet qui est affiché avant que le consommateur ne sélectionne ses billets (il s'agit du prix annoncé sur la page des billets (A)). D'après la déclaration de témoin de M. McGrath, les billets peuvent être [TRADUCTION] « achetés au prix de base ou au prix en ligne, selon que le consommateur choisit de procéder à l'achat au cinéma ou en ligne ». (Il a fait remarquer que le prix de base pouvait être obtenu en ligne par les abonnés de CinéClub.)

[364] Cineplex est d'avis que le choix qu'elle offre aux consommateurs est compatible avec l'objet de la *Loi sur la concurrence* énoncé à l'article 1.1, soit « d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Elle estime que le choix des mots

« atteignable » et « obligatoires » par le législateur au paragraphe 74.01(1.1) montre bien qu'il est nécessaire que le consommateur n'ait pas d'autre option à sa disposition.

[365] Compte tenu de la preuve, je conclus que les frais de gestion en ligne sur le site Web et l'application sont « obligatoires » aux termes du paragraphe 74.01(1.1).

[366] D'abord, tous les consommateurs qui achètent des billets de cinéma à partir du site Web ou de l'application doivent payer les frais de gestion en ligne, à moins qu'ils ne soient abonnés à CinéClub. MM. McGrath et Amir ont tous deux déclaré que les consommateurs qui n'étaient pas des abonnés de CinéClub devaient payer les frais de gestion s'ils souhaitaient acheter des billets en ligne (c'est la question qui dû être posée à plusieurs reprises à M. McGrath en contre-interrogatoire avant qu'il n'y réponde directement – voir le paragraphe 20 des présents motifs). Rien ne porte à croire qu'un consommateur autre qu'un abonné de CinéClub ait pu acheter un billet sur le site Web ou l'application sans payer les frais de gestion en ligne depuis que ceux-ci ont été instaurés le 15 juin 2022. En guise de contexte, je soulignerai que les ventes en ligne représentent un peu plus de la moitié des billets vendus par Cineplex. Il convient également de rappeler que les frais de gestion en ligne ont généré des recettes considérables de 11 678 336 \$ en 2022 et de 27,3 millions de dollars en 2023 pour Cineplex.

[367] Je ne suis pas convaincu que les frais de gestion en ligne ne soient pas obligatoires simplement parce qu'un consommateur peut laisser tomber l'achat des billets en ligne et aller les acheter au cinéma de manière à éviter de payer les frais. Je suis d'accord avec le commissaire pour dire que la question consiste à savoir si les frais sont obligatoires pour les consommateurs qui souhaitent acheter un billet de cinéma à partir du site Web ou de l'application, et la réponse est affirmative : ils le sont.

[368] L'affichage des prix sur la page des billets amènerait un consommateur ordinaire à croire que les chiffres indiqués sur le site Web ou l'application correspondent aux prix des billets en ligne. Comme je le mentionne plus haut, il n'est pas indiqué que les prix annoncés sur le site Web et l'application sont les prix « au cinéma » et il n'est pas non plus précisé sur la page des billets que le consommateur ne peut obtenir le prix annoncé (c'est-à-dire sans les frais de gestion en ligne) qu'en laissant tomber son achat en ligne et en se rendant au cinéma pour faire la transaction.

[369] La position de Cineplex n'est pas étayée par la preuve relative à la page des billets. Il est possible que le consommateur sache qu'il peut acheter son billet au cinéma, mais la question pertinente est celle de savoir si le consommateur sait qu'il peut acheter son billet en ligne et payer les frais supplémentaires ou bien acheter son billet au cinéma et éviter ces frais. Cette dernière question reflète correctement l'objet de la loi et des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Le choix offert au consommateur n'est pas indiqué clairement sur la page des billets.

[370] Cineplex et M. McGrath, dans sa déclaration de témoin, ont tous deux qualifié le prix des billets de [TRADUCTION] « prix de base » pouvant être obtenu au cinéma, mais la page des billets (A) n'informe pas le consommateur que le prix annoncé correspond au prix « au cinéma » ou au « prix de base » auquel s'ajoutent des frais supplémentaires pour les transactions effectuées en ligne. La page Web n'indique pas non plus que le prix des billets diffère selon qu'ils sont achetés au cinéma ou en ligne. Cineplex ne précise pas au consommateur que des frais de gestion peuvent s'appliquer à l'achat de billets en ligne ni, s'il a ouvert une session Cineplex Connect, que des frais de gestion s'appliqueront à lui particulièrement.

[371] Le sous-total figurant sur le ruban flottant n'informe pas le consommateur qu'il peut acheter son billet au cinéma et éviter de payer les frais de gestion en ligne et ne l'avise pas non plus, comme je le mentionne dans les présents motifs, de l'existence de ces frais, étant donné le calcul que le consommateur doit faire pour le savoir. MM. McGrath et Amir ont déclaré en contre-interrogatoire que rien n'indiquait que des consommateurs avaient pris connaissance des frais de gestion en ligne et avaient ensuite laissé tomber l'achat des billets en ligne pour procéder à leur achat au cinéma. De nombreuses raisons peuvent en effet expliquer qu'un consommateur quitte le site Web ou l'application sans terminer la transaction, comme c'est souvent le cas. Cineplex n'a produit aucune preuve démontrant que les consommateurs connaissaient réellement le choix pertinent qui s'offrait à eux.

[372] Il est juste de dire que l'achat de billets en ligne offre un choix au consommateur en lui permettant d'acheter des billets à l'avance, et ce, sans devoir se rendre sur place. La preuve montre que le consommateur peut acheter des billets de cinéma à partir du site Web ou de l'application plusieurs jours avant la séance et même plus tôt encore. M. McGrath a déclaré que,

de l'avis de Cineplex, les consommateurs trouvent utile et instinctivement attrayant de pouvoir acheter des billets de cinéma à l'avance, ce qu'a confirmé M. Amir.

[373] Il importe toutefois de souligner que l'argument invoqué par Cineplex relativement au [TRADUCTION] « choix important » offert au consommateur peut difficilement être retenu lorsqu'il s'agit de l'application du paragraphe 74.01(1.1), étant donné qu'il n'y a pas de consommateur dûment informé – qui est au courant du choix qui lui est offert et du coût réel des deux options dont il dispose. L'absence de renseignements importants sur la page des billets, comme je viens de le mentionner, affaiblit l'argument de Cineplex.

[374] Enfin, pour revenir à la question du caractère obligatoire, les frais de gestion en ligne s'appliquent à un maximum de quatre billets achetés dans une même transaction. Cependant, très peu de transactions excèdent quatre billets. Le fait que les frais de gestion en ligne ne s'appliquent qu'à un maximum de quatre billets pour les consommateurs réguliers et les membres de Scène+ ne change en rien leur caractère obligatoire.

[375] Par conséquent, je conclus que les frais de gestion en ligne sont « obligatoires » aux termes du paragraphe 74.01(1.1).

(3) Les indications de prix des billets de cinéma ne sont pas « atteignables » en raison des frais de gestion en ligne

[376] Le commissaire a fait valoir que les indications de prix de Cineplex n'étaient pas atteignables à cause des frais de gestion en ligne, c'est-à-dire plus précisément que les prix indiqués sur la page des billets (A) n'étaient pas atteignables pour les achats effectués sur le site Web et l'application à cause de ces frais.

[377] Cineplex n'était pas d'accord et a soutenu que le prix d'un billet, y compris celui d'un billet acheté préalablement assorti d'un siège sélectionné, était toujours atteignable si le consommateur se rendait au cinéma choisi pour l'acheter. De son point de vue, le [TRADUCTION] « prix de base » annoncé sur la page des billets du site Web et de l'application était donc atteignable. Cineplex a fait observer que près de la moitié des billets étaient achetés au [TRADUCTION] « prix de base » dans les cinémas. De même, comme je le mentionne plus haut, Cineplex a fait valoir qu'aucun prix annoncé n'était inatteignable : le prix annoncé sur la page

des billets est atteignable au cinéma choisi par le consommateur et le prix total annoncé sur le ruban flottant (le sous-total), qui comprend les frais de gestion, est atteignable en ligne si le consommateur choisit cette méthode d'achat.

[378] Cineplex s'est appuyée sur les propos tenus par M. Zimmerman en contre-interrogatoire. Ce témoin a admis que les prix annoncés sur la page des billets étaient atteignables si l'achat avait lieu au cinéma ou s'il était effectué en ligne par un abonné de CinéClub. MM. McGrath et Amir ont également souligné que les consommateurs qui utilisent certains coupons de promotion n'avaient pas à payer les frais de gestion en ligne.

[379] Je suis d'accord avec le commissaire. Lorsque le Tribunal se demande si les indications de prix de Cineplex « [ne sont] pas atteignable[s] en raison de[s] » frais de gestion en ligne visés au paragraphe 74.01(1.1), son analyse porte essentiellement sur les indications de prix contestées, le canal sur lequel ces indications sont données et où les consommateurs les voient puis sur la question de savoir si les consommateurs doivent payer des frais obligatoires fixes pour effectuer un achat sur ce même canal.

[380] Cineplex donne les indications de prix contestées pour des billets de cinéma sur son site Web et son application. Que ce soit du point de vue du consommateur ordinaire ou du Tribunal, qui a eu l'occasion d'examiner en détail la page des billets durant l'audience, les prix annoncés sur le site Web et l'application sont présentés comme étant ceux que doivent payer les consommateurs pour acheter un billet sur ces mêmes canaux, c'est-à-dire ceux où les indications de prix sont données et vues et qui servent à l'achat de billets. Le site Web et l'application ne donnent aucun autre renseignement, de manière expresse ou implicite; le consommateur n'y est pas avisé que les prix annoncés ne s'appliquent pas au canal même sur lequel les indications sont données, où il en a pris connaissance et où il peut acheter des billets. En outre, ni le sens littéral des indications de prix ni l'impression générale qu'elles donnent ne permettent au consommateur de savoir que les prix annoncés sont atteignables uniquement au cinéma.

[381] Ainsi, le fait que les indications de prix sur le site Web et l'application soient atteignables si le consommateur achète les billets au cinéma n'est pas pertinent pour déterminer si elles sont « atteignable[s] », aux termes du paragraphe 74.01(1.1), sur un autre canal où elles sont données et où les billets peuvent être achetés.

(4) « [...] sauf si [...] »

[382] Nul ne conteste que les frais de gestion en ligne ne représentent pas un montant imposé sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

(5) Conclusion relative à l'application du paragraphe 74.01(1.1)

[383] En conséquence, par application du paragraphe 74.01(1.1), les indications de prix des billets données par Cineplex sur son site Web et son application constituent des indications fausses ou trompeuses.

E. Les indications sur la page des billets étaient-elles « fausses ou trompeuses » aux termes de l'alinéa 74.01(1)a)?

[384] Dans le cas où les indications de prix des billets ne sont pas fausses ou trompeuses au sens du paragraphe 74.01(1.1), il faut savoir si elles sont fausses ou trompeuses aux termes de l'alinéa 74.01(1)a).

(1) Le paragraphe 74.01(1.1) est-il un [TRADUCTION] « code complet »?

[385] Cineplex a fait valoir que le paragraphe 74.01(1.1) était un [TRADUCTION] « code complet ». Elle se reporte aux termes « [i]l est entendu que » pour soutenir que la disposition énonçait de manière exhaustive ce qui constituait une indication de prix « partiel » sous le régime de la *Loi sur la concurrence*. Dans cette perspective, le Tribunal ne peut trancher, en droit, la question de savoir si les indications de prix « partiel » qu'aurait données Cineplex sont fausses ou trompeuses sur le seul fondement de l'alinéa 74.01(1)a), sans tenir compte du paragraphe 74.01(1.1).

[386] Cineplex a qualifié de [TRADUCTION] « subsidiaire » l'argument du commissaire portant qu'une indication de prix partiel est trompeuse sur un point important, aux termes de l'alinéa 74.01(1)a), lorsque le consommateur n'est pas informé du montant des frais de gestion en ligne. Elle est d'avis que le paragraphe 74.01(1.1) ne permet pas de retenir l'argument subsidiaire du commissaire, car les termes « [i]l est entendu que » font clairement ressortir que la disposition est [TRADUCTION] « définitoire et exhaustive » en matière d'indication de prix partiel.

De ce point de vue, il est évident qu'il ne s'agit d'une indication de prix partiel que lorsque le prix total (à l'exclusion des taxes applicables) n'est pas atteignable, et *ce n'est qu'à ce moment* que l'indication est trompeuse aux termes de l'article 74.01. Autrement, les mots « [i]l est entendu que » ne seraient pas nécessaires. Cineplex a fait valoir qu'à l'inverse, par conséquent, si un produit pouvait être acheté au prix total indiqué, alors le prix total n'est pas trompeur suivant les dispositions relatives aux indications de prix partiel. Selon Cineplex, l'argument subsidiaire du commissaire n'est pas compatible avec le paragraphe 74.01(1.1) et l'intention manifeste du législateur.

[387] En réponse, le commissaire a soutenu que le paragraphe 74.01(1.1) n'était pas un code complet, puisqu'il ne traitait que d'un seul élément de ce qui constituait un comportement susceptible d'examen selon l'alinéa 74.01(1)a), à savoir le caractère faux ou trompeur d'une indication. Le paragraphe 74.01(1.1) n'est pas une disposition qui définit à elle seule ce qu'est un comportement susceptible d'examen. De l'avis du commissaire, le paragraphe 74.01(1.1) n'élargit ni ne restreint la portée d'application de l'alinéa 74.01(1)a) : il ne fait que préciser que certaines indications de prix sont réputées fausses ou trompeuses. Le paragraphe 74.01(1.1) vise à faciliter la preuve de l'un des éléments de l'alinéa 74.01(1)a). Le commissaire a fait valoir que le fait d'empêcher le Tribunal d'évaluer si les indications de prix sont fausses ou trompeuses indépendamment du paragraphe 74.01(1.1) conduirait à un résultat absurde, contraire aux principes d'interprétation des lois : une entreprise pourrait ainsi donner [TRADUCTION] « des indications de prix hautement trompeuses tant qu'elles ne satisfont pas aux conditions énoncées au [paragraphe 74.01(1.1)], par exemple, en ajoutant des frais supplémentaires variables communiqués en caractères minuscules ou en exigeant du consommateur qu'il clique sur un lien caché ».

[388] Je ne peux pas conclure que le paragraphe 74.01(1.1) est un code complet ni qu'il exclut une analyse distincte au titre de l'alinéa 74.01(1)a). Premièrement, le paragraphe 74.01(1.1) n'offre pas une définition indépendante de ce qu'est un comportement susceptible d'examen. Le commissaire ne pourrait pas simplement démontrer que les conditions énoncées au paragraphe 74.01(1.1) sont remplies et demander au Tribunal de rendre une ordonnance. Le législateur a plutôt prévu que certaines indications de prix étaient fausses ou trompeuses. Pour prouver qu'une partie défenderesse a eu un comportement susceptible d'examen, il faut encore

démontrer que les autres éléments de ce qui constitue un tel comportement selon l'alinéa 74.01(1)a) sont présents.

[389] Deuxièmement, le libellé des dispositions ne permet pas d'établir une règle juridique qui exclut toute enquête au titre de l'alinéa 74.01(1)a) dès qu'il est prouvé que les conditions énoncées au paragraphe 74.01(1.1) sont remplies. Les deux dispositions ne visent pas les mêmes indications : l'alinéa 74.01(1)a) ne concerne pas seulement les indications de prix, alors que le paragraphe 74.01(1.1) porte expressément sur ces dernières. Par ailleurs, je ne vois pas pourquoi le législateur ne pourrait pas prévoir qu'une indication peut être fausse ou trompeuse pour différentes raisons lorsqu'il s'agit de déterminer si un comportement est susceptible d'examen. Une indication pourrait être fausse ou trompeuse parce qu'elle satisfait aux conditions du paragraphe 74.01(1.1), en plus d'être fausse ou trompeuse pour une autre raison au titre de l'alinéa 74.01(1)a).

[390] Cineplex soutient essentiellement que le paragraphe 74.01(1.1) est [TRADUCTION] « exhaustif » et décrit toutes les circonstances dans lesquelles une indication de prix est fausse ou trompeuse et constitue une indication de prix « partiel », mais il est difficile de comprendre à quel égard le paragraphe est exhaustif. Par la promulgation du paragraphe 74.01(1.1), le législateur peut avoir défini un type d'indication fausse ou trompeuse ou un type d'indication de prix partiel (lorsqu'un prix est composé de différents frais) qui permet de conclure qu'un comportement est susceptible d'examen.

[391] Troisièmement, le simple ajout par le législateur du paragraphe 74.01(1.1) ne veut pas dire que l'indication fausse ou trompeuse visée par ce paragraphe n'était pas déjà sanctionnée à l'alinéa 74.01(1)a). L'édiction du paragraphe 74.01(1.1) en 2022 ne signifie pas que le législateur a changé la loi. Le paragraphe 45(2) de la *Loi d'interprétation* est formulé ainsi :

Absence de présomption de droit nouveau

45 (2) La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de

Amendment does not imply change in law

45 (2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was

celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

[392] De plus, le paragraphe 45(3) prévoit que la modification d'un texte ne doit pas être considérée comme une déclaration sur l'état antérieur du droit :

Absence de présomption de droit nouveau

45 (3) La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

Repeal does not declare previous law

45 (3) The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

Voir l'arrêt *Premier Career Management Group CAF*, au para 57.

[393] Pour les motifs exposés précédemment, rien n'empêche le Tribunal de tenir compte de l'alinéa 74.01(1)a).

(2) Les indications étaient-elles « fausses ou trompeuses »?

[394] Comme les deux parties ont présenté des éléments de preuve et des arguments juridiques centrés essentiellement sur le paragraphe 74.01(1.1), elles ont accordé beaucoup moins d'attention à la question de savoir si les indications de prix étaient fausses ou trompeuses aux termes de l'alinéa 74.01(1)a).

[395] Le commissaire a fait valoir que le site Web et l'application étaient conçus de sorte que l'existence et le montant des frais de gestion en ligne soient cachés sous le pli et invisibles à l'écran pour la grande majorité des consommateurs. Selon le commissaire, les renseignements relatifs aux frais de gestion en ligne situés sous le pli ne sont pas visibles pour ceux qui utilisent

leur téléphone et pour la plupart des consommateurs qui achètent des billets par l'intermédiaire de leur ordinateur. Il a soutenu que le bouton d'appel à l'action a pour effet d'attirer l'attention du consommateur pour qu'il passe à l'étape suivante du processus d'achat sans parcourir le reste de la page Web. Il estime que Cineplex présente les frais de gestion en ligne de manière peu conviviale, ce qui accroît aussi la probabilité que les consommateurs achètent un billet en ligne et n'aient pas vraiment conscience du coût final de ces billets achetés en ligne. Le commissaire a souligné que c'est seulement après que le consommateur eut réagi aux indications de prix données par Cineplex que l'on lui donne les renseignements sur les frais de gestion en ligne. Il s'est appuyé sur le témoignage de M^{me} Morwitz, en particulier concernant les « attributs cachés », les prix dissociés ou les indications de prix partiel.

[396] En raison de ses diverses positions décrites ci-dessus, Cineplex a présenté peu d'observations portant uniquement sur le caractère faux ou trompeur de ses indications de prix aux termes de l'alinéa 74.01(1)a). Elle a souligné que sa tarification n'était pas trompeuse parce que le prix total tout compris à payer pour les billets est indiqué sur le ruban flottant, à côté des mots « sous-total » dans le bas de l'écran sur la page des billets (B), dès qu'un consommateur clique sur le bouton AJOUTEZ pour ajouter un billet. Elle a également fait valoir que l'existence et le montant des frais de gestion en ligne sont divulgués tout au long du processus d'achat, que ce soit au moyen de la publicité de CinéClub sur la page des billets, des renseignements figurant dans le bas des pages des billets (A) et (B) ou des renseignements supplémentaires que le consommateur peut obtenir en cliquant sur le « i » encerclé de bleu.

[397] Je conclus que les indications de prix de Cineplex sont fausses ou trompeuses aux termes de l'alinéa 74.01(1)a). Le prix des billets affiché n'est pas exact, parce qu'il faut payer un montant « de plus » pour toute transaction allant jusqu'à quatre billets sur le site Web ou l'application. En outre, comme je l'explique ci-dessous, le consommateur est trompé ou induit en erreur par les renseignements contradictoires et incomplets qui apparaissent sur la page des billets une fois qu'il a cliqué sur le bouton AJOUTEZ pour ajouter un ou plusieurs billets.

[398] Comme nous l'avons vu ci-dessus à plusieurs reprises, la page des billets n'affiche pas simultanément les prix des billets et les frais supplémentaires lorsqu'un achat est effectué sur le site Web ou l'application. Étant donné que l'existence et le montant de cet élément de prix

supplémentaire ne sont pas indiqués sur la page des billets (A), le consommateur peut acheter ses billets sans jamais se rendre compte qu'il doit payer – ou qu'il a payé – un supplément. Une fois que le consommateur a ajouté un billet et vu la page des billets (B), le prix affiché par billet ne change pas, mais le sous-total sur le ruban flottant indique la somme du prix affiché des billets sélectionnés plus les frais de gestion en ligne applicables. Le consommateur ordinaire (qui ne prend pas le temps de faire le calcul nécessaire, comme nous l'avons déjà vu) est induit en erreur, car rien n'indique que le sous-total correspond à autre chose que la somme des prix affichés des billets sélectionnés – alors qu'il s'agit en fait d'un montant plus élevé. Même le consommateur qui réussit à faire le calcul nécessaire et remarque un écart constate et ressent immédiatement le caractère trompeur du prix affiché.

[399] L'existence et le montant des frais de gestion en ligne sont cachés parce que les renseignements à ce sujet sont placés dans le bas de la page des billets, sans que rien n'indique au consommateur dans la zone visible de la page qu'il peut obtenir des renseignements supplémentaires en faisant défiler la page vers le bas. Or il ne le fera pas si ce n'est pas nécessaire, si on ne lui indique pas qu'il doit le faire ou, au minimum, s'il y a un élément qui lui suggère qu'il devrait le faire pour obtenir plus de renseignements. Rien de tout cela ne se passe sur la page des billets : les consommateurs peuvent cliquer sur TRAITER pour passer à la page suivante sans faire défiler la page vers le bas (et, en pratique, ils sont exactement encouragés à omettre cette étape), rien ne leur bloque le passage à la page suivante s'ils ne défilent pas d'abord la page vers le bas (quoiqu'il serait possible de les empêcher d'aller directement à la page suivante) et rien ne leur indique qu'ils peuvent obtenir davantage de renseignements sur le prix en faisant défiler la page vers le bas (là encore, ce serait possible d'ajouter une indication à cette fin).

[400] Avant que le consommateur clique pour ajouter un billet à son panier d'achat, le montant des frais de gestion en ligne n'est pas affiché au-dessus du pli. Pour connaître le montant, il doit faire défiler la page vers le bas et cliquer sur le « i » encerclé de bleu, ce qui ouvre une fenêtre contextuelle contenant les renseignements et le montant. Une fois que le consommateur a cliqué pour ajouter un billet à son panier d'achat (ce qui fait apparaître la page des billets (B)), l'existence et le montant des frais supplémentaires à payer sont cachés. À ce stade, le montant des frais de gestion en ligne est inclus dans le sous-total affiché sur le ruban flottant, mais le

consommateur n'en est pas informé et le ruban flottant ne ventile pas le chiffre qui est affiché et n'explique pas non plus comment le sous-total est calculé.

[401] Sur la page suivante, où le consommateur peut procéder à la sélection des sièges, le sous-total indiqué sur le ruban flottant change pour afficher le coût total, soit la somme du prix de tous les billets, plus tous les frais de gestion en ligne applicables; les taxes sont alors aussi ajoutées. Bien que cette modification permette au consommateur de connaître le montant total qu'il devra finalement payer, elle ne lui donne aucune information sur l'existence ou le montant des frais de gestion en ligne qui ont pu s'ajouter.

[402] En accédant à la page des modes de paiement sur le site Web ou sur l'application, le consommateur peut trouver un récapitulatif de la commande, qui indique le nombre de billets de cinéma achetés et leur coût total, les frais de gestion en ligne et leur coût total, le total des taxes applicables et un montant total. Il est important de souligner que le récapitulatif de la commande n'est pas visible au-dessus du pli sur le site Web ou l'application et que le consommateur doit faire défiler la page vers le bas pour le voir. Là encore, il n'est pas nécessaire que le consommateur fasse défiler la page avant d'effectuer l'achat.

[403] Ainsi, comme l'ont reconnu MM. McGrath et Amir, un consommateur peut suivre le processus sans se rendre compte qu'il doit payer des frais de gestion en ligne. En effet, un consommateur peut acheter ses billets sans se rendre compte qu'il a finalement payé plus que le prix du billet initialement indiqué, avec les taxes applicables en sus.

[404] Je souligne que cette analyse globale porte sur les indications données relativement au prix des billets. Elle ne concerne pas la non-divulcation des frais de gestion en ligne, mais deux affichages connexes de renseignements inexacts et trompeurs sur la page des billets. L'affichage initial des prix des billets est inexact ou trompeur en soi. La page des billets reste trompeuse même après l'affichage du sous-total sur le ruban flottant, car ce sous-total semble inexact lorsqu'il est visualisé en même temps que les prix par billet, sans qu'aucun renseignement supplémentaire ne soit donné au sujet du montant des frais de gestion en ligne par billet. L'inexactitude du prix des billets indiqué sur la page des billets (A) et la différence trompeuse et inexpliquée entre la somme des prix par billet indiqués et le sous-total qui apparaît sur la page des billets (B) sont toutes deux liées au fait que Cineplex omet de communiquer des

renseignements relativement aux frais de gestion en ligne sur la page des billets (à la fois au-dessus du pli et dans l'ensemble de la page).

[405] À ce titre, la présente instance se distingue facilement, au point de vue factuel, des affaires qui reposent uniquement sur la non-divulgence d'un défaut et où il n'y avait pas d'indications claires données au public : voir, par exemple, *Arora v Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657 aux para 50–51; *Palmer v Teva Canada Ltd*, 2022 ONSC 4690 au para 253 (conf par *Palmer v Teva Canada Limited*, 2024 ONCA 220 aux para 94–96); *Rebuck*, au para 45; *Hoy v Expedia Group Inc*, 2022 ONSC 6650 au para 117; *Gaudette c Whirlpool Canada*, 2020 QCCS 1423 au para 61. Elle se rapproche davantage de la décision *Vallance v DHL Express (Canada), Ltd*, 2024 BCSC 140 aux para 55–56, 58–61, mais elle est plus solide sur le plan des faits que cette dernière. Il n'est pas nécessaire d'examiner les circonstances dans lesquelles un énoncé partiel des faits ou une omission semblable peuvent, à eux seuls, constituer une indication visée à l'alinéa 74.01(1)a).

[406] Au-delà de cette analyse de la preuve factuelle, l'opinion d'expert de M^{me} Morwitz vient étayer la conclusion selon laquelle les indications sont fausses ou trompeuses aux termes de l'alinéa 74.01(1)a). Selon M^{me} Morwitz, les frais de gestion en ligne constituaient un « attribut caché » au sens de la littérature didactique. Il s'agit de frais séparés du prix du billet et présentés de manière séquentielle (c'est-à-dire que le prix du billet est présenté en premier et que les frais s'ajoutent plus tard). Elle a souligné que les frais étaient cachés en raison du nombre d'étapes que le consommateur doit franchir pour trouver ou obtenir des renseignements sur les frais de gestion en ligne par billet. Il s'agit des étapes suivantes : (i) la nécessité de cliquer sur le bouton AJOUTEZ pour que les renseignements relatifs aux frais s'affichent, (ii) l'absence de toute mention des frais à côté du prix du billet affiché, (iii) le fait que les renseignements relatifs aux frais de gestion en ligne soient présentés dans le bas de la page des billets (sous le pli) et que les consommateurs soient obligés de faire défiler la page vers le bas pour les trouver, (iv) la nécessité de faire le calcul nécessaire à partir du sous-total pour se rendre compte que des frais sont ajoutés, (v) la police de caractères utilisée pour afficher les frais, (vi) la nécessité de cliquer sur le « i » encerclé de bleu pour obtenir des renseignements sur les frais supplémentaires et (vii) l'utilisation d'un compte à rebours pour créer un sentiment d'urgence.

[407] M^{me} Morwitz a décrit l'effet qu'a la séparation des différents éléments du prix global à payer sur les consommateurs. À son avis, notamment, la manière dont les prix des billets et les frais de gestion en ligne sont présentés sur le site Web et l'application diminue la perception qu'ont les consommateurs du prix total à payer et affecte leur comportement d'achat en les amenant à sous-estimer le prix total des billets qu'ils veulent acheter.

[408] M^{me} Morwitz a résumé la littérature didactique et donné sa propre analyse du site Web et de l'application de Cineplex. Comme je l'ai mentionné dans mon analyse des arguments présentés par Cineplex pour s'opposer à l'admissibilité du témoignage de M^{me} Morwitz, j'estime que les opinions de cette dernière sur ces questions n'ont pas été modifiées ou compromises de façon importante à l'audience. Je suis également conscient que M^{me} Morwitz n'a pas mené d'étude pour savoir si les consommateurs ont été induits en erreur par le site Web ou l'application de Cineplex, ou si la dissociation des prix a effectivement modifié les perceptions relatives au prix du billet ou les comportements d'achat. Comme l'a rappelé le commissaire, on ne lui a pas demandé de réaliser une étude à ce sujet (et la *Loi sur la concurrence* n'obligeait pas non plus le commissaire à en faire la démonstration).

[409] Cineplex s'est appuyée sur le témoignage de M. Amir, qui a affirmé que pratiquement aucun consommateur n'a été induit en erreur par les frais de gestion en ligne. Je conviens que des éléments de preuve de cette nature, s'ils sont bien étayés, pourraient être pertinents pour l'évaluation du Tribunal, mais je souligne encore une fois que le Commissaire n'est pas tenu d'établir qu'une personne a été trompée : voir alinéa 74.03(4)a).

[410] Dans son rapport, M. Amir a déclaré qu'il y a eu 97 millions de visites sur le site Web de Cineplex en 2022. Malgré tout, seulement sept plaintes ont été déposées au Bureau de la concurrence, toutes après que le commissaire a eu déposé l'avis de demande dans la présente instance, soit environ un an après l'introduction des frais de gestion en ligne. Ce chiffre représentait 0,0000072 % des visites au [TRADUCTION] « flux du consommateur de Cineplex » (pour reprendre les termes de M. Amir). M. Amir en a conclu que, [TRADUCTION] « d'un point de vue scientifique, presque aucun des consommateurs ayant consulté le site Web de Cineplex n'a trouvé les frais de gestion en ligne trompeurs ». Ce fait n'était pas surprenant aux yeux de M. Amir, parce que son analyse du site Web de Cineplex l'avait amené à conclure que

[TRADUCTION] « la conception du site, le flux du consommateur qui achète un billet et la présentation des frais de gestion en ligne sont conformes aux pratiques exemplaires en matière de marketing et de conception utilisateur ainsi qu'aux normes de l'industrie ».

[411] À l'audience, M. Amir a déclaré qu'il pouvait en tirer la [TRADUCTION] « conclusion scientifique » que les frais de gestion en ligne n'étaient pas trompeurs pour la quasi-totalité des consommateurs du site Web de Cineplex.

[412] Je n'accepte pas cet argument. Il n'est ni scientifique ni fiable. Le contre-interrogatoire a démontré que le numérateur utilisé par M. Amir (c'est-à-dire le nombre de plaintes faites au Bureau de la concurrence) était inexact et peu fiable en tant que mesure des personnes effectivement trompées ou induites en erreur. En plus, le dénominateur était largement surévalué. Le contre-interrogatoire a révélé aussi que l'hypothèse de base (97 millions de visites sur le site Web) ne reflétait pas le nombre réel de visiteurs. Le nombre de visiteurs du site Web est nécessairement plus faible et indéterminé, et M. Amir a reconnu qu'il était nettement inférieur à 97 millions. En outre, il a utilisé l'année civile 2022 pour calculer le nombre de visites, mais les frais de gestion en ligne n'ont été mis en œuvre que le 15 juin 2022, ce qui signifie que le nombre de « visites » est surestimé puisque les 5,5 premiers mois de l'année civile sont comptés.

[413] Il est évident par ailleurs que pour avoir une idée raisonnable du nombre de consommateurs qui ont été ou non induits en erreur par les prix affichés, il faudrait prendre en compte uniquement ceux qui ont été exposés aux prix des billets sur la page des billets. Or un utilisateur ne peut pas voir les renseignements sur les prix sans ouvrir une session et, comme l'a reconnu M. Amir dans son rapport, environ 85,7 millions de « visites » n'ont pas atteint la page des billets. Seuls 11,8 % d'entre elles se sont rendues à la page des billets, et un nombre encore plus faible est passé à la page suivante.

[414] Enfin, l'analyse de M. Amir a pris en considération les visites sur la page des billets du site Web, mais pas les visites sur l'application, et ce, même si environ 37,5 % des acheteurs utilisent l'application.

[415] Je n'accorde aucun poids à l'analyse de M. Amir quant aux visites sur le site Web et aux plaintes des consommateurs, pas plus qu'à la conclusion qu'il en a tirée, soit que pratiquement

personne n'a été induit en erreur. Le fait que cette conclusion concorde avec d'autres aspects du rapport de M. Amir est sans importance, étant donné l'étendue limitée de son expertise lui permettant de témoigner sur la conception utilisateur et sur les pratiques exemplaires relativement aux sites Web.

[416] La preuve factuelle présentée au Tribunal m'amène à conclure que les indications relatives aux prix des billets sur le site Web et l'application de Cineplex étaient fausses ou trompeuses. Cette conclusion est également complétée et étayée par l'opinion d'expert de M^{me} Morwitz.

[417] Le commissaire a établi la nature fautive ou trompeuse des indications visées à l'alinéa 74.01(1)a).

F. Les indications étaient-elles fausses ou trompeuses « sur un point important » aux termes de l'alinéa 74.01(1)a)?

[418] Une indication est importante aux termes de l'alinéa 74.01(1)a si elle est [TRADUCTION] « pertinente ou essentielle à un point tel qu'elle pourrait influencer sur la décision d'achat » : *Apotex Inc v Hoffman La-Roche Ltd* (2000), 195 DLR (4th) 244 (CA Ont), 2000 CanLII 16984 au para 16. Voir aussi *Premier Career Management Group CAF*, aux para 20 (renvoyant à *Apotex*), 65, 80; *Sears*, aux para 333–336 (une « influence importante dans l'esprit d'un consommateur »); *Gestion Lebski*, aux para 154, 163, 288; *Yellow Page Marketing*, au para 34.

[419] Les indications en litige dans la présente affaire étaient importantes. Elles étaient liées au prix des billets de cinéma. Contrairement au commissaire, je ne crois pas que le Tribunal devrait présumer que les indications de prix sont importantes parce qu'elles influent toujours sur la décision d'achat, mais il est vrai que ce sera très souvent le cas – comme en l'espèce. Les indications ont eu une influence importante sur la réflexion des consommateurs et sur leur décision d'acheter des billets de cinéma. Les frais de gestion en ligne représentent une part importante du prix des billets affiché. La propre étude de Cineplex sur les consommateurs réalisée dans les mois précédant l'adoption des frais de gestion en ligne comportait une évaluation de l'incidence sur la « substitution » de changements qui représentaient entre 1 et 2 \$ sur le prix de base des billets, et elle a montré que ce supplément de 1 à 2 \$ était important pour

les consommateurs (en ce sens qu'il était suffisant pour influencer leur comportement). Cineplex a établi les frais de gestion en ligne à 1,50 \$. Elle savait aussi, au moment de la mise en œuvre des frais, qu'ils entraînaient en réalité une augmentation de prix. En outre, M^{me} Morwitz a affirmé dans son témoignage que la dissociation des prix haussait vraisemblablement la probabilité que les consommateurs achètent des billets en ligne (et paient les frais de gestion en ligne). Pour les raisons déjà évoquées, l'affichage du sous-total sur le ruban flottant (qui inclut tous les frais de gestion en ligne applicables) ne permet pas de remédier à la situation.

G. Conclusion

[420] Le commissaire a établi que les indications du prix des billets sur le site Web et l'application de Cineplex constituent un comportement susceptible d'examen visé à l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi sur la concurrence*.

VIII. LES MESURES CORRECTIVES

A. Les positions des parties

[421] Le commissaire a demandé au Tribunal d'ordonner des mesures correctives de nature comportementale et pécuniaire, y compris une ordonnance d'interdiction à l'échelle du Canada et soit une ordonnance de restitution, soit une sanction administrative pécuniaire [TRADUCTION] « importante » – une SAP.

[422] Le commissaire a fait valoir que Cineplex avait engrangé environ 40 millions de dollars en raison de son comportement trompeur. Selon les observations préliminaires du commissaire à l'audience, le montant de la SAP devrait s'élever à [TRADUCTION] « au moins » 40 millions de dollars. Dans ses plaidoiries écrites finales, il a soutenu que la SAP devrait être équivalente [TRADUCTION] « au montant obtenu par Cineplex en se livrant à son comportement trompeur ». Il a souligné qu'une SAP de 40 millions de dollars est [TRADUCTION] « loin de s'approcher » de la SAP maximale que le Tribunal peut ordonner en vertu de l'alinéa 74.1(1)c) de la *Loi sur la concurrence*.

[423] En ce qui concerne la SAP, le commissaire s'est reporté aux facteurs aggravants et atténuants suivants qui sont énoncés au paragraphe 74.1(5) :

- (a) Les indications fausses ont été fréquentes et étendues : elles remontent au 15 juin 2022 et ont touché les consommateurs qui ont acheté des millions de billets dans tout le Canada;
- (b) Les indications fausses étaient importantes et ont influencé le comportement d'achat des consommateurs, ce qui a accru la probabilité qu'une personne achète des billets;
- (c) Cineplex a perçu des revenus importants, de l'ordre de 39 millions de dollars au 31 décembre 2023, en facturant des frais de gestion en ligne;
- (d) Cineplex est le plus grand présentateur de films au Canada et, au 31 décembre 2023, possédait, louait ou exploitait en coentreprise un réseau de 1 631 écrans dans 158 cinémas;
- (e) En 2023, les recettes de Cineplex s'élevaient à environ 1,4 milliard de dollars. Après la pandémie, l'entreprise a renoué avec la rentabilité au cours des deux dernières années;
- (f) Il est peu probable que Cineplex modifie son comportement volontairement : elle aurait pu y mettre fin bien avant que le commissaire ne dépose sa demande dans la présente instance. Cineplex a adopté le comportement qui lui est reproché le même mois où le paragraphe 74.01(1.1) a été édicté;
- (g) Cineplex n'a pas invoqué l'existence d'un programme de conformité d'entreprise efficace comme facteur atténuant, n'a pas demandé d'avis consultatif au Bureau de la concurrence au sujet de son comportement et n'a pas non plus apporté de preuve qu'elle aurait reçu un avis juridique énonçant que sa conduite était conforme à la *Loi sur la concurrence*.

[424] Le commissaire a également fait valoir que le Tribunal peut ordonner à Cineplex de rembourser les consommateurs en vertu de l'alinéa 74.1(1)d) et qu'il y avait des raisons impérieuses d'ordonner une [TRADUCTION] « restitution au lieu d'une SAP » en l'espèce. Il a précisé ce qui suit :

- (a) Le montant des frais de gestion en ligne facturés aux consommateurs n'est pas contesté;
- (b) Le montant payé par les consommateurs est directement lié au comportement susceptible d'examen;

- (c) Cineplex comptabilise les recettes provenant des frais de gestion en ligne séparément des autres sources de recettes dans ses rapports annuels et trimestriels, de sorte que le montant total à payer aux consommateurs est vérifiable;
- (d) Les consommateurs touchés peuvent être identifiés, car chaque personne qui a acheté des billets en ligne a d'abord dû créer un compte Cineplex Connect, ce qui nécessitait au minimum de fournir à Cineplex une adresse électronique et un numéro de téléphone. Comme l'a montré le témoignage de M. Zimmerman, il faut se connecter à ce compte avant d'être en mesure de voir les prix ou d'acheter des billets sur le site Web ou l'application;
- (e) Cineplex faisait déjà le suivi de l'historique d'achat de chaque consommateur avant la mise en œuvre des frais de gestion en ligne, de sorte que les consommateurs peuvent être identifiés et que les frais payés peuvent leur être remboursés;
- (f) Cineplex a admis en interrogatoire préalable que la restitution est techniquement faisable.

[425] Dans ses observations, le commissaire a signalé qu'avant que Cineplex affiche le prix des billets, le consommateur doit s'être connecté à son compte Cineplex Connect et avoir sélectionné un film, un cinéma, une heure et un type d'expérience. Cineplex sait que le consommateur, s'il n'est pas abonné à CinéClub, devra payer des frais de gestion en ligne au moins une fois pour effectuer son achat. Cependant, elle n'en informe pas le consommateur et attend que ce dernier réagisse aux indications de prix avant d'ajouter les frais de gestion en ligne au prix d'achat des billets.

[426] Bien que Cineplex ait nié avoir commis un acte répréhensible visé à la *Loi sur la concurrence*, elle a soutenu subsidiairement que le Tribunal ne devrait pas imposer de SAP étant donné qu'il s'agit de la première instance qu'il entend sur le fondement du paragraphe 74.01(1.1), de la première interprétation de cette disposition et d'une affaire nouvelle. Dans ses brèves observations écrites sur les mesures correctives, Cineplex a fait valoir que l'approche du commissaire à l'égard de ce paragraphe allait [TRADUCTION] « au-delà de l'interprétation claire ou évidente de la disposition et au-delà de toute orientation que le commissaire a donnée au milieu des affaires ». Cineplex n'a pas lié ses observations à la preuve

présentée par le Bureau de la concurrence sur les indications de prix partiel (ou à des ententes de consentement antérieures enregistrées auprès du Tribunal). Toutefois, si le Tribunal était enclin à infliger une SAP, Cineplex était d'avis que le montant ne devrait pas dépasser 500 000 \$, sanction qui a été infligée dans la décision *Canada (Commissioner of Competition) v Chatr Wireless Inc*, 2014 ONSC 1146 au para 77.

[427] En ce qui concerne les circonstances aggravantes et atténuantes qui sous-tendent une SAP, Cineplex a fait valoir ce qui suit :

- (a) Cineplex n'a pas été reconnue coupable d'avoir eu un comportement illégal visé à la *Loi sur la concurrence* (ce qui veut dire, selon moi, qu'elle n'a jamais adopté dans le passé un comportement susceptible d'examen au titre de la *Loi sur la concurrence*);
- (b) La preuve montre incontestablement que l'intention de Cineplex était d'offrir aux consommateurs un choix propice à leur bien-être (ce qui est confirmé en partie par les propos de M. Amir, soit que les consommateurs étaient en mesure de choisir l'expérience qu'ils souhaitaient à différents prix ou de décider s'ils voulaient payer plus pour obtenir l'avantage de la réservation);
- (c) Les consommateurs qui achètent en ligne ont obtenu une contrepartie, notamment la valeur qui se rattache à la sélection préalable des sièges;
- (d) Il n'y a pas eu de plaintes qui auraient pu informer Cineplex des préoccupations soulevées par le commissaire;
- (e) La preuve montre incontestablement que Cineplex croyait que sa page Web était tout à fait conforme à la *Loi sur la concurrence* et qu'elle fournissait aux consommateurs tous les renseignements pertinents, notamment en les empêchant de procéder à leur achat en ligne tant qu'ils n'avaient pas sélectionné de billets et vu le prix total à payer, dont les frais de gestion en ligne (plus les taxes applicables).

[428] Cineplex a fait valoir qu'une ordonnance de restitution ne serait pas appropriée en l'espèce, vu que les consommateurs ont reçu les avantages offerts en contrepartie des frais de

gestion en ligne, à savoir un billet de cinéma avec une sélection de siège en ligne. Selon Cineplex, [TRADUCTION] « il ne s'agit pas de frais cachés qui ne procurent aucune valeur ».

[429] Cineplex s'est reportée au paragraphe 74.1(4), qui dispose que les conditions de l'ordonnance rendue en vertu des alinéas 74.1(1)b), c) ou d) – qui peut imposer une sanction pécuniaire ou la restitution – « sont fixées de façon à encourager le contrevenant à adopter un comportement compatible avec les objectifs de la présente partie et non pas à le punir ».

B. Décision concernant les mesures correctives

(1) Une ordonnance visée à l'alinéa 74.1(1)a)?

[430] À l'instar du commissaire, je suis d'avis que le Tribunal devrait rendre l'ordonnance prévue à l'alinéa 74.1(1)a) enjoignant à Cineplex de ne pas se livrer au comportement susceptible d'examen qui lui est reproché ou d'une manière essentiellement semblable. Le commissaire n'a pas proposé de libellé pour cette partie de l'ordonnance du Tribunal, qui sera rédigée suivant les termes de l'alinéa 74.1(1)a) et donnera à Cineplex un préavis suffisant compte tenu des conséquences possibles sur son comportement futur : article 66.

[431] Comme le prévoit le paragraphe 74.1(2), cette partie de l'ordonnance du Tribunal s'appliquera pendant une période de dix (10) ans. Cineplex n'a pas soutenu le contraire.

(2) Les dispositions ayant une incidence sur l'ordonnance prévue aux alinéas 74.1(1)b), c) et d)

[432] L'article 74.1 précise l'objet de l'ordonnance fondée sur les alinéas 74.1(1)b), c) et d) et impose certaines limites.

[433] Au paragraphe 74.1(4), les conditions de l'ordonnance rendue en vertu des alinéas (1)b), c) ou d) sont fixées de façon à encourager le contrevenant à adopter un comportement compatible avec les objectifs de la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence*. Ce paragraphe interdit expressément l'imposition d'une mesure visant à punir le défendeur.

[434] Les mesures correctives qui peuvent être infligées par le Tribunal sont également limitées au titre de la somme à payer par le sous-alinéa 74.1(1)c)(ii) et les termes de l'alinéa 74.1(1)d).

Ainsi, pour une ordonnance qui n'est pas une « ordonnance subséquente » (comme c'est le cas ici, car il n'y a pas d'ordonnance antérieure), la SAP maximale dans le cas d'une personne morale équivaut au montant le plus élevé entre 10 millions de dollars et trois fois « la valeur du bénéfice tiré du comportement trompeur » si ce montant peut être déterminé raisonnablement : division 74.1(1)c(ii)(B). Le montant à payer selon l'alinéa 74.1(1)d ne peut excéder « la somme totale payée au contrevenant pour [les] produits » visés par le comportement. Il convient de noter que, dans les deux cas, le montant à payer est lié aux sommes obtenues par le défendeur grâce au comportement susceptible d'examen.

[435] Il y a trois autres commentaires à formuler d'emblée. Premièrement, la *Loi sur la concurrence* précise que les mesures correctives prévues aux alinéas 74.1(1)b), c) et d) peuvent et doivent fonctionner ensemble – elles doivent atteindre un objectif commun selon le paragraphe 74.1(4), et l'alinéa 74.1(1)c) énonce qu'un élément doit être pris en considération dans l'établissement du montant de la SAP, soit toute décision à l'égard d'une demande d'ordonnance présentée au titre de l'alinéa 74.1(1)d) : voir l'alinéa 74.1(5)j).

[436] Deuxièmement, les alinéas 74.1(1)c) et d) accordent tous deux un pouvoir discrétionnaire au Tribunal quant au libellé de son ordonnance. Un défendeur peut être enjoint à payer une SAP au titre de l'alinéa c) « selon les modalités que le tribunal peut préciser » jusqu'à concurrence d'un certain montant. À l'alinéa d), on voit que le tribunal peut ordonner le paiement d'une somme devant être répartie « de la manière qu'il estime indiquée ».

[437] Troisièmement, pour encourager les comportements compatibles avec la *Loi sur la concurrence*, comme le prévoit le paragraphe 74.1(4), le Tribunal peut, dans les circonstances appropriées, rendre une ordonnance au titre des paragraphes 74.1(1)c) et/ou d) afin de s'assurer qu'un défendeur ne tire aucun profit ni aucun autre gain financier de son comportement faux ou trompeur.

[438] Je vais m'attarder à ce troisième point. Les objectifs de la partie VII.1 ont été décrits ci-dessus. L'accent est mis sur le consommateur et sur l'exactitude des indications données au public afin de préserver l'intégrité de l'information sur les marchés et d'éviter tout préjudice à la concurrence qui découle par définition d'indications fausses ou trompeuses : *Premier Career Management Group CAF*, au para 61. À mon avis, le Tribunal devrait choisir des mesures

incitatives à l'endroit d'un défendeur qui permettent d'atteindre les objectifs des dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses et favorisent la conformité à la *Loi sur la concurrence*. Bien souvent, il devra donc imposer une SAP ou prononcer une ordonnance de restitution (ou les deux) qui tient compte en priorité de la somme obtenue par le défendeur grâce à son comportement susceptible d'examen, et ce, en s'assurant de satisfaire aux exigences du paragraphe 74.1(4), mais sans infliger de punition. Autrement dit, dans ces cas, le défendeur ne devrait conserver aucun des gains financiers qu'il a obtenus grâce à ses indications fausses ou trompeuses.

[439] Lorsqu'il évalue les mesures correctives à imposer devant un comportement susceptible d'examen visé à la partie VII.1, le Tribunal devrait également tenir compte de la possibilité que les conséquences financières de son ordonnance fonctionnent comme des redevances (par exemple, si les gains financiers l'emportent sur les conséquences négatives possibles du comportement susceptible d'examen). Une mesure corrective infligée en raison d'un comportement avéré susceptible d'examen visé à la partie VII.1 ne devrait pas constituer un coût d'exploitation pour les entreprises, car elle nuirait aux objectifs des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses et ne favoriserait pas la conformité avec la loi.

(3) Une ordonnance au titre de l'alinéa 74.1(1)d?

[440] Le commissaire a fait valoir dans ses plaidoiries qu'une ordonnance de « restitution » est possible en vertu de la *Loi sur la concurrence* en tant que mesure corrective visant à encourager la conformité avec la loi. Je conviens qu'une mesure corrective fondée sur l'alinéa 74.1(1)d peut avoir cet effet incitatif.

[441] L'alinéa 74.1(1)d permet au Tribunal de rendre l'ordonnance qui suit à l'endroit d'un défendeur :

Décision et ordonnance

74.1 (1) [...]

d) s'agissant du comportement visé à l'alinéa 74.01(1)a), de payer aux personnes auxquelles

Determination of reviewable conduct and judicial order

74.1 (1) [...]

(d) in the case of conduct that is reviewable under paragraph 74.01(1)(a), to pay an amount,

les produits visés par le comportement ont été vendus — sauf les grossistes, détaillants ou autres distributeurs, dans la mesure où ils ont revendu ou distribué les produits — une somme — ne pouvant excéder la somme totale payée au contrevenant pour ces produits — devant être répartie entre elles de la manière qu’il estime indiquée.

not exceeding the total of the amounts paid to the person for the products in respect of which the conduct was engaged in, to be distributed among the persons to whom the products were sold — except wholesalers, retailers or other distributors, to the extent that they have resold or distributed the products — in any manner that the court considers appropriate.

[442] La mesure corrective proposée par le commissaire en application de l’alinéa 74.1(1)d visait à obtenir une « restitution » fondée sur le gain réalisé par Cineplex grâce à son comportement susceptible d’examen. Les deux parties ont souligné également l’emploi du mot « restitution » dans la *Loi sur la concurrence*.

[443] L’alinéa 74.1(1)d) mentionne une « somme » à payer devant être répartie entre les personnes auxquelles les produits ont été vendus. Il ne décrit pas la somme en question ni sa fonction et ne contient pas non plus le terme « restitution ». Toutefois, comme Cineplex l’a mentionné pendant les plaidoiries, on retrouve à l’alinéa 74.1(5)k) et au paragraphe 74.1(7) la mention d’une ordonnance de « restitution » (*restitution*), d’une ordonnance de « remboursement » (*refund*) et de « toute autre forme de dédommagement » (*other compensation*) qui peuvent être prononcées au titre de l’alinéa 74.1(1)d). Ce sont là quelques-unes des options qui s’offrent manifestement au Tribunal.

[444] Le montant infligé en vertu de l’alinéa 74.1(1)d) ne doit pas excéder « la somme totale payée au contrevenant pour [les] produits [visés par le comportement] ». La somme payée par les cinéphiles à Cineplex au titre des frais de gestion en ligne s’est élevée à 11 678 336 \$ en 2022 et à 27,3 millions de dollars en 2023, pour un total de 38,978 millions de dollars depuis la mise en œuvre de ces frais, en juin 2022, jusqu’au 31 décembre 2023. Le montant maximum qui pourrait être ordonné sur le fondement de l’alinéa 74.1(1)d) – compte tenu des éléments de preuve et des arguments présentés dans la présente affaire – se chiffre donc à 38,978 millions de dollars.

[445] Je suis d'accord avec le commissaire pour dire que l'affaire en l'espèce présente des caractéristiques qui pourraient justifier une ordonnance enjoignant à Cineplex de verser un montant à répartir entre les personnes qui ont payé les frais de gestion en ligne – il s'agirait d'un remboursement aux consommateurs. Par exemple, comme l'a souligné le commissaire, le montant total des frais de gestion en ligne facturés aux consommateurs n'est pas contesté et se distingue facilement des montants payés par les consommateurs qui se rapportent uniquement aux billets de cinéma. Les sommes reçues des consommateurs au titre des frais de gestion en ligne sont directement liées au comportement susceptible d'examen. Les consommateurs touchés par le comportement peuvent également être identifiés, car chaque personne qui a acheté des billets en ligne a d'abord dû créer un compte Cineplex Connect. Comme l'a expliqué M. Zimmerman, il faut ouvrir une session grâce à ce compte avant de pouvoir connaître les prix ou acheter des billets sur le site Web ou l'application. Cineplex a également confirmé dans ses réponses aux engagements, qui ont été versées au dossier à l'audience, qu'elle disposait d'un historique des achats en ligne des consommateurs remontant au 15 juin 2022, et cet historique indique le nombre de billets achetés, la date de l'achat et le fait que la personne était membre de Scène+ ou abonnée de CinéClub à ce moment-là. Cineplex pourrait générer des rapports afin de savoir qui a payé des frais de gestion en ligne depuis juin 2022 et de calculer le total de ces frais facturés à chaque consommateur. Elle aurait besoin d'un certain temps pour y parvenir.

[446] Je ne suis pas convaincu par l'observation de Cineplex selon laquelle une ordonnance au titre de l'alinéa 74.1(1)d) est inappropriée parce que les consommateurs ont obtenu [TRADUCTION] « la valeur à laquelle ils s'attendaient », c'est-à-dire l'avantage de la sélection préalable des sièges. MM. McGrath et Amir ont affirmé que les consommateurs ont bénéficié d'une valeur ajoutée lorsqu'ils ont payé les frais de gestion en ligne parce qu'ils ont acheté des billets de cinéma et une place réservée, sans avoir à se déplacer jusqu'au cinéma. À mon avis, cette position n'a que peu de poids. Si cet argument de Cineplex vise à bloquer toute ordonnance fondée sur l'alinéa 74.1(1)d), je ne peux l'accepter. L'obtention d'une certaine « valeur » n'excuse pas un comportement susceptible d'examen. Elle ne devrait pas non plus exclure la possibilité d'ordonner une telle mesure corrective dans le cas où le consommateur reçoit effectivement le produit ou le service, mais en contrepartie d'un prix supérieur à celui qui a été indiqué. Accepter un tel argument semblerait aussi avoir pour effet d'exclure un remboursement ou une mesure similaire lorsqu'un prix affiché est inatteignable en raison de frais fixes

obligatoires d'un montant peu élevé. Par ailleurs, si l'argument de Cineplex vise non pas à empêcher qu'une ordonnance soit prononcée en vertu de l'alinéa 74.1(1)d) mais bien à réduire le montant à payer, il ne peut être retenu en l'espèce parce que Cineplex n'a pas tenté d'en chiffrer l'incidence sur le montant de l'ordonnance, que ce soit dans la preuve ou dans ses plaidoiries. Cineplex n'a pas non plus présenté de fondement juridique ou de principe justifiant de tenir compte de son argument dans le contexte d'une indication donnée au public qui était fautive ou trompeuse sur un point important.

[447] Je m'arrête ici pour reconnaître que l'alinéa 74.1(1)d) sera souvent interprété comme s'il permettait de fonder une ordonnance sur le montant total payé pour un seul produit acheté par de nombreux consommateurs. Il est également vrai que les motifs exposés dans la présente affaire ont soulevé des doutes quant à savoir si l'achat d'un billet de cinéma et la sélection d'un siège en ligne pouvaient, en fait, être séparés en deux produits différents, comme le soutenaient Cineplex et M. Amir. Cependant, cet alinéa reflète parfaitement les circonstances factuelles en l'espèce. Il mentionne en effet l'obligation « de payer aux personnes auxquelles les produits visés par le comportement ont été vendus [...] une somme [...] devant être répartie entre elles [...] ». Les indications de Cineplex concernant les frais de gestion en ligne lui ont permis d'obtenir des recettes supplémentaires lors de la vente de billets de cinéma en ligne, et les frais se rapportent de toute évidence à la réservation de billets de cinéma en ligne. Les montants découlant des frais de gestion en ligne (distincts du prix des billets de cinéma correspondants) ont été facilement chiffrés dans un calcul global qui n'est pas contesté. (Aucune des parties n'a soutenu que les produits « visés » par le comportement comprenaient les billets de cinéma proprement dits, de sorte que la « somme » maximale envisagée à l'alinéa 74.1(1)d) devrait tenir compte du montant total payé pour les billets.)

[448] À la lumière de ces facteurs, un remboursement aux consommateurs pourrait être un élément approprié et important d'une ordonnance globale dans la présente instance, ce qui permettrait de favoriser l'adoption, par Cineplex, d'un comportement conforme aux objectifs des dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses de la *Loi sur la concurrence*. Le montant à rembourser pour le comportement reproché jusqu'au 31 décembre 2023 totaliserait 38,978 millions de dollars, et Cineplex pourrait être condamnée à payer cette somme en vertu d'une ordonnance fondée sur l'alinéa 74.1(1)d).

[449] Toutefois, j'ai conclu qu'il n'est pas approprié de rendre une ordonnance fondée sur le paragraphe 74.1(1)d) en l'espèce. Plusieurs facteurs interdépendants m'amènent à cette conclusion, notamment la mise en œuvre de cette ordonnance en pratique.

[450] À mon avis, une ordonnance fondée sur l'alinéa 74.1(1)d) devrait, par présomption, prendre la forme d'une somme d'argent remboursée aux consommateurs touchés par le comportement. Il reste alors à savoir comment les fonds pourraient être répartis entre les consommateurs en question. S'il est vrai que la « somme » globale d'un éventuel remboursement intégral n'a pas été contestée dans la présente affaire, les parties n'ont en revanche proposé aucune méthode ni aucun élément de preuve au sujet du mode de répartition des remboursements individuels aux consommateurs. Nous ne savons pas précisément combien de consommateurs sont touchés, mais ils sont au moins des dizaines de milliers. Certains peuvent avoir payé des frais de gestion en ligne uniques et avoir droit à un remboursement de seulement 1,50 \$, tandis que d'autres peuvent être des cinéphiles réguliers ou des consommateurs qui ont payé les billets d'autres personnes (plus les frais de gestion en ligne), et qui auraient vraisemblablement droit à un remboursement plus important. Nous n'avons aucune idée concrète de l'ampleur réelle du processus de remboursement.

[451] Les parties n'ont pas traité du coût de la répartition des remboursements entre les consommateurs. La compilation de données relatives aux consommateurs touchés supposerait des coûts pour Cineplex elle-même. Il faudrait y ajouter la rémunération de l'administrateur chargé de répartir les fonds entre les consommateurs touchés. Le commissaire n'a pas proposé de protocole d'administration ni présenté d'informations sur le mécanisme de répartition. Le coût rattaché à l'administration de la distribution à des dizaines de milliers de consommateurs pourrait bien être considérable.

[452] Il pourrait donc y avoir un très grand nombre de remboursements peu élevés, ce qui engendrerait des coûts administratifs élevés.

[453] Dans leurs observations, les parties ne se sont pas attardées aux nombreuses questions pratiques dont il est question au paragraphe 74.1(8) relativement à l'exécution d'une ordonnance rendue au titre de l'alinéa 74.1(1)d). Il semble que le Tribunal ait la capacité d'ordonner la tenue d'une autre audience et de rendre une ou plusieurs ordonnances supplémentaires, conformément

au paragraphe 74.1(8) et le pouvoir d'exiger le paiement et la répartition d'un montant « de la manière [que le Tribunal] estime indiquée » dont il est investi à l'alinéa 74.1(1)d). Comparer *Le commissaire de la concurrence c Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib conc 7 aux para 769–781, 786 et l'ordonnance rendue peu après (2016 Trib conc 8). Dans la présente affaire, il est clair que le Tribunal aurait besoin d'éléments de preuve et d'observations supplémentaires au sujet de l'exécution d'une ordonnance fondée sur l'alinéa 74.1(1)d) et devrait convoquer au moins une autre audience (et peut-être plusieurs) qui porterait sur la logistique d'une ordonnance de remboursement. Cette éventualité mobiliserait davantage les ressources des parties et du Tribunal et ne cadre pas avec le caractère définitif des instances du Tribunal.

[454] De même, si le commissaire demandait une ordonnance obligeant Cineplex à rembourser ses clients, la preuve serait encore insuffisante. À supposer qu'une ordonnance puisse être rendue pour autoriser un remboursement (et non un crédit aux consommateurs) par un défendeur lui-même – possibilité qui n'a été évoquée par aucune des parties – il n'y a pas d'éléments de preuve suffisants nous permettant de savoir si elle serait vraiment exécutable, en pratique, à l'égard de la période commençant en juin 2022. Par exemple, comment appliquer un remboursement sur les cartes de crédit ou de débit (dont certaines peuvent avoir expiré)? Quel rôle un tribunal ou un administrateur joueraient-ils pour s'assurer que les remboursements sont bien effectués et reçus?

[455] On peut aussi se demander si tous les consommateurs vont réclamer leurs remboursements (peu élevés). Les parties devraient envisager la possibilité qu'une fraction des 38,978 millions de dollars ne soit pas répartie (par voie de remboursement) dans un délai raisonnable entre les consommateurs qui ont payé des frais de gestion en ligne. Dans les actions collectives, des dispositions légales et la jurisprudence encadrent les questions liées aux paiements cy-près : voir, par exemple, *Sun-Rype Products Ltd c Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 RCS 545 aux para 25–26; *Breckon c Cermaq Canada Ltd*, 2024 CF 225 aux para 49–54; *Sorenson v easyhome Ltd*, 2013 ONSC 4017 aux para 23–28; *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, 1992, LO 1992, c 6 aux art 24 et 27.2.

[456] Il y a quelques autres aspects touchant à l'équité des mesures correctives qui influent sur la décision de rendre ou pas une ordonnance visée à l'alinéa 74.1(1)d). La première est que Cineplex a continué à donner des indications et à percevoir des frais de gestion en ligne après le

31 décembre 2023, et ce, jusqu'à la date de l'audience. Rien de ce qui a été présenté à l'audience ne porte à croire qu'elle a cessé cette pratique ou qu'elle y mettrait fin après l'audience. Compte tenu de la preuve, il est possible d'inférer que les montants ainsi perçus seront importants, mais j'hésite à les chiffrer avec suffisamment de précision aux fins d'une ordonnance fondée sur l'alinéa 74.1(1)d). De même, depuis août 2022, Cineplex permet aux consommateurs d'utiliser leurs points Scène+ pour payer les frais de gestion en ligne. Bien que ces consommateurs aient été touchés par le comportement susceptible d'examen, le commissaire n'a pas plaidé que la *Loi sur la concurrence* donnait au Tribunal la compétence nécessaire pour annuler l'utilisation des points à cette fin. Dans les deux cas, une ordonnance rendue au titre du paragraphe 74.1(1)d) qui donne lieu à un remboursement pour certains consommateurs, mais pas tous ceux qui ont été touchés, en raison d'un comportement qui persiste vraisemblablement, pourrait entraîner une injustice pour les consommateurs plus récents et les membres de Scène+. (Je suis conscient qu'il n'est pas inconcevable que ces questions puissent être réglées grâce à une ordonnance future ou par d'autres moyens.)

[457] Pour tous ces motifs, je ne rendrai pas d'ordonnance au titre de l'alinéa 74.1(1)d) en l'espèce.

(4) Le Tribunal devrait-il infliger une SAP?

[458] J'analyserai maintenant la possibilité de rendre une ordonnance pour infliger une SAP. L'alinéa 74.1(1)c) prévoit que le Tribunal peut ordonner à une personne morale qui adopte un comportement susceptible d'examen de payer une SAP maximale « selon les modalités [que le Tribunal] peut préciser » correspondant au plus élevé de deux montants : (A) 10 millions de dollars (et 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) ou (B) trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement trompeur. Si ce dernier montant ne peut pas être déterminé raisonnablement, le montant indiqué au point (B) est égal à 3 % des recettes globales brutes annuelles de la personne morale. Avant les modifications apportées récemment, en 2022, la SAP maximale pour une société était fixée à 10 millions de dollars (15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente), avant l'ajout de la partie (B) : voir LC 2022, c 10, art 260; LC 2009, c 2, para 424(2).

[459] La SAP maximale en l'espèce est le montant le plus élevé entre 10 millions de dollars et trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement susceptible d'examen (trois fois 38,978 millions de dollars, soit environ 116,9 millions de dollars). La fourchette possible pour une SAP s'étend donc de 0 à 116,9 millions de dollars.

[460] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, une SAP a pour objectif d'encourager le défendeur à adopter un comportement compatible avec les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses : para 74.1(4). Le paragraphe 74.1(5) énonce les circonstances aggravantes et atténuantes dont il doit être tenu compte. On a vu qu'elles comprennent « toute décision du tribunal à l'égard d'une demande d'ordonnance présentée au titre de l'alinéa (1)d) ».

[461] La jurisprudence permet d'orienter l'application des facteurs énumérés par le législateur aux fins de l'établissement du montant approprié. Les tribunaux qui ont énoncé des directives en ce sens précisent que les circonstances en question doivent être analysées pour que l'on sache si chacune constitue un facteur aggravant, atténuant ou neutre. Aucune des décisions antérieures n'a porté sur la fourchette actuelle des SAP édictée en 2022, et plusieurs ont été rendues avant les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* en 2009 qui ont fait passer le montant maximal d'une SAP de 100 000 \$ à 10 millions de dollars : LC 2009, c 2, para 424(2). Les tribunaux en question n'ont pas rendu d'ordonnance concomitante fondée sur l'alinéa 74.1(1)d) ni analysé l'opportunité de prononcer une telle ordonnance. Voir *Chatr 2014*, aux para 54–77; *Yellow Page Marketing*, aux para 57–69; *La commissaire à la concurrence c Premier Career Management Group Corp et Minto Roy*, 2010 Trib conc 17; *La commissaire de la concurrence c Sears Canada Inc*, 2005 Trib conc 13; *PVI International*, aux para 65–66; *Gestion Lebski*, aux para 310–313, 318–319.

[462] Dans le cas présent, les éléments suivants constituent des facteurs aggravants importants :

- (a) Le comportement susceptible d'examen s'est produit sur le site Web et l'application de Cineplex et a touché des consommateurs partout au Canada et dans tous les cinémas de Cineplex. Au 31 décembre 2023, Cineplex possédait, louait ou détenait en coentreprise un réseau de 1 631 écrans dans 158 cinémas d'un océan à l'autre.

(b) Le comportement susceptible d'examen s'est produit tous les jours à partir de la mi-juin 2022 et s'est poursuivi jusqu'au début de l'audience.

(c) Le comportement susceptible d'examen a touché des dizaines de milliers de consommateurs.

[463] Les indications en cause étaient importantes pour les consommateurs. En tant qu'élément du comportement susceptible d'examen, ce facteur est lié aux montants payés au titre des frais de gestion en ligne. Il n'y a pas de preuve précise que les indications étaient importantes pour l'achat de billets de cinéma par les consommateurs (ce qui est différent du rôle important qu'elles jouaient à l'égard des frais de gestion en ligne).

[464] Le Tribunal ne dispose d'aucun élément de preuve indiquant que les consommateurs touchés présentaient des caractéristiques qui les rendaient vulnérables ou ont été exploités plus précisément par le comportement susceptible d'examen. Aucune partie n'a cherché à établir une distinction entre les catégories de consommateurs correspondant à l'admission générale, aux aînés et aux enfants.

[465] Cineplex est une grande entreprise commerciale. Il s'agit du plus grand exploitant de salles de cinéma du Canada. L'exposé conjoint des faits indique que Cineplex a réalisé des recettes d'environ 1,269 milliard de dollars en 2022 et d'environ 1,389 milliard de dollars en 2023. Cineplex n'a pas présenté d'observations ni d'éléments de preuve précis sur sa situation financière ou sa capacité de payer (mais certains renseignements figurant au dossier sont tirés de son rapport de gestion pour 2022 et 2023; ce dernier est daté du 7 février 2024).

[466] Les recettes brutes attribuables aux ventes touchées par le comportement susceptible d'examen atteignent 38,978 millions de dollars au 31 décembre 2023. Il s'agit d'un montant considérable. N'eût été les autres préoccupations, il aurait pu faire l'objet d'une ordonnance visée à l'alinéa 74.1(1)d). Le commissaire n'a fourni aucune preuve précise des recettes supplémentaires tirées des frais de gestion en ligne après le 31 décembre 2023, et ce, jusqu'à la fin de l'audience, ni des frais qui pourraient être générés après l'audience.

[467] Le commissaire n'a pas présenté de preuve au sujet d'un effet préjudiciable quelconque ou d'une diminution marquée de la concurrence dans un marché précis (malgré qu'il y ait en

principe préjudice à la concurrence lorsqu'il y a un comportement susceptible d'examen visé à l'alinéa 74.01(1)a) : *Premier Career Management Group CAF*, au para 61).

[468] Cineplex a fait valoir qu'elle offrait la possibilité de réserver des places en ligne afin de donner un choix aux consommateurs, ce qui avait pour effet d'améliorer leur bien-être. Elle a également soutenu que les consommateurs ont obtenu une valeur en contrepartie de leurs achats, dont la possibilité de choisir leurs sièges préférés parmi ceux qui sont libres au moment de l'achat, à l'avance des séances.

[469] Je considère que ces points favorisent Cineplex, mais de façon modérée seulement. Cette position perd de sa vigueur du fait que l'entreprise a commencé à proposer la réservation en ligne en 2020, bien avant qu'elle ne décide, en 2022, d'imposer des frais de gestion en ligne. En outre, Cineplex a instauré les frais de gestion en ligne après s'être engagée dans la recherche de solutions visant à accroître ses recettes et ses marges. Les frais de gestion en ligne ont effectivement fait augmenter le prix des billets, comme Cineplex le savait à l'époque, en juin 2022. Je ne suis pas persuadé qu'il convienne d'accorder beaucoup de poids aux arguments de Cineplex sur ces questions, compte tenu plus particulièrement de la nature des indications et de la mise en œuvre des frais de gestion en ligne bien après l'offre de sélection préalable des sièges en ligne, étant donné de surcroît que ces frais visaient à mousser les recettes et ont été mis en œuvre d'une manière qui masquait leur existence et leur montant.

[470] Pour des raisons similaires, la conviction subjective de Cineplex quant à sa conformité avec la *Loi sur la concurrence* et l'absence de plaintes reçues n'ont que peu de poids. Il incombait à Cineplex de respecter la *Loi sur la concurrence*. En ce qui concerne les plaintes, Cineplex n'a pas modifié son comportement après que le commissaire a introduit la présente instance, de sorte qu'on peut douter qu'elle aurait changé ses façons de faire en réponse à des plaintes.

[471] Le commissaire n'a pas mentionné d'antécédents de non-conformité à la *Loi sur la concurrence* par Cineplex, ce qui est un facteur atténuant.

[472] À cet égard, bien que Cineplex ait persisté à donner les indications en cause (donc qu'elle ne se soit pas autocorrigée) même après le dépôt de la demande du commissaire, rien ne me porte

à croire que Cineplex ne rectifiera pas la situation en modifiant adéquatement son site Web et son application après avoir appris que le Tribunal a jugé qu'elle avait adopté un comportement susceptible d'examen.

[473] Conformément à mon analyse ci-dessus, le Tribunal ne rendra pas d'ordonnance au titre de l'alinéa 74.1(1)d), principalement en raison de préoccupations d'ordre pratique entourant la mise en œuvre d'une telle ordonnance. La décision du Tribunal de ne pas prononcer cette ordonnance, et ses motifs, est pertinente puisqu'il s'agit d'un facteur qui influe sur le montant de la SAP visée à l'alinéa 74.1(5j). En déterminant la SAP, j'ai tenu compte des faits et des arguments déjà soupesés en lien avec l'alinéa 74.1(1)d). En l'espèce, ces considérations complètent et appuient une ordonnance infligeant une SAP qui correspond au montant des frais de gestion en ligne perçus par Cineplex.

[474] La Cour supérieure de l'Ontario, dans la décision *Chatr 2014*, a jugé que le montant de la SAP à payer par un défendeur doit être examiné sous l'angle de la proportionnalité : *Chatr 2014*, aux para 12–16. Le juge Marrocco s'y exprime comme suit :

[TRADUCTION]

[15] La proportionnalité exige également de garder à l'esprit les effets du comportement susceptible d'examen des défenderesses qui font contrepoids, comme la perte de réputation. Les entreprises honnêtes comme les défenderesses n'aiment pas voir leur réputation entachée, et on peut supposer qu'elles prendront des mesures pour éviter que la situation ne se reproduise à l'avenir. Voilà pourquoi les effets compensatoires d'un comportement susceptible d'examen favoriseront généralement la conformité future et justifient donc une réduction du montant de la sanction pécuniaire.

[16] En appliquant le principe de proportionnalité, le tribunal ne doit pas oublier non plus que le paragraphe 74.1(4) ne mentionne aucun objectif de dissuasion générale.

[475] Je reconnais que la réputation de Cineplex sera affectée par l'issue de la présente instance et les ordonnances qui seront rendues.

[476] Les facteurs les plus déterminants dans l'établissement d'une SAP en l'espèce sont les suivants : la somme que Cineplex a perçu en raison de son comportement susceptible d'examen (qui aurait pu faire l'objet d'une ordonnance concomitante fondée sur l'alinéa 74.1(1)d), mais ce ne sera pas le cas en l'espèce, pour les raisons déjà précisées); la portée géographique, la fréquence, l'étendue et la durée du comportement susceptible d'examen (y compris l'absence d'autocorrection après le début de la présente instance) – qui sont tous des facteurs aggravants, ainsi que la taille relative de l'entreprise de Cineplex. Je reconnais qu'il y a un certain chevauchement conceptuel entre ces éléments (comme la portée géographique du comportement et la taille de l'entreprise).

[477] Enfin, je reviens aux observations du commissaire. Dans sa plaidoirie finale, il a soutenu que le Tribunal devrait imposer une SAP qui équivaut au montant que Cineplex a obtenu en adoptant son comportement trompeur. Par souci d'équité envers Cineplex au cours de l'instance du Tribunal, je n'imposerai pas ici une SAP qui excède les gains financiers prouvés qu'elle a obtenus grâce aux frais de gestion en ligne entre juin 2022 et le 31 décembre 2023.

[478] Considérant les observations des parties, l'objet d'une ordonnance et les limites auxquelles celle-ci est assujettie au paragraphe 74.1(4), les facteurs prévus au paragraphe 74.1(5) et la fourchette des sanctions pécuniaires minimales et maximales qui peuvent être infligées, je conclus que le Tribunal doit ordonner une SAP de 38,978 millions de dollars au titre de l'alinéa 74.1(1)c).

(5) Le paragraphe 74.1(4) et la proportionnalité globale de l'ordonnance du Tribunal

[479] À mon avis, l'ordonnance globale du Tribunal est proportionnelle et respecte les directives données par le législateur au paragraphe 74.1(4). J'estime que les conditions qui y sont énoncées sont proportionnelles à la nature du comportement susceptible d'examen de Cineplex (y compris sa gravité, sa fréquence, sa durée, son importance et sa portée géographique), au nombre et à la proportion de consommateurs de Cineplex touchés, à la somme des frais de gestion en ligne perçus et à la situation financière de Cineplex. De plus :

- (a) Il ne s'agit pas d'un cas où le comportement visait délibérément à tromper les membres du public, et les indications n'ont pas été dirigées vers des membres vulnérables du public.
- (b) Cineplex subira une atteinte à sa réputation et, comme dans la décision *Chatr 2014*, prendra vraisemblablement des mesures pour mettre fin au comportement susceptible d'examen.
- (c) Aucun élément de preuve ne porte à croire que Cineplex a déjà fait défaut de se conformer à la *Loi sur la concurrence*.
- (d) Même si le comportement susceptible d'examen persistait depuis plus de 19 mois au moment de l'audience, Cineplex a sollicité une audience rapide pour que soit examiné le bien-fondé de la demande du commissaire, ce qui a été fait.

[480] L'ordonnance tient également compte du fait qu'il s'agit de la première fois que le Tribunal interprète et applique le paragraphe 74.01(1.1), qui a été récemment ajouté à la *Loi sur la concurrence* et suit la disposition de longue date concernant les indications fausses ou trompeuses données au public, soit à l'alinéa 74.01(1)a).

IX. CONCLUSION

[481] La demande du commissaire sera accueillie et les mesures correctives seront accordées conformément aux conclusions susmentionnées.

[482] Le commissaire a demandé l'adjudication des dépens. Le Tribunal a décrit les principes juridiques applicables aux dépens dans deux décisions récentes : voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c Secure Energy Services Inc*, 2023 Trib conc 2 au para 723; *P&H*, aux para 768–776.

[483] Les parties ont convenu d'accorder à la partie qui a eu gain de cause la somme de 77 000 \$ au titre des frais juridiques, plus la TVH. Elles ont toutes deux déposé des observations écrites sur les points qui restaient en litige, à savoir les débours relatifs aux experts et les autres frais. La plupart de ces observations portaient sur le caractère raisonnable des demandes de

Cineplex au titre des honoraires et débours associés aux experts, advenant qu'elle obtienne gain de cause sur le fond.

[484] Le commissaire a eu gain de cause. Il a droit au remboursement de ses frais juridiques convenu par les parties. Il a déposé un mémoire de frais totalisant 178 961,16 \$. Selon le commissaire, un total de 160 000 \$ (taxes comprises) représentait un montant équitable au titre des débours. Compte tenu des principes énoncés dans la jurisprudence, je suis d'accord.

[485] Comme je l'ai fait le dernier jour de l'audience, je voudrais remercier les avocats des deux parties, les parajuristes et les autres membres du personnel pour leur travail dévoué, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la salle d'audience.

[486] Je félicite également M^e Hood et M^e Russell qui, en tant qu'avocats principaux, ont veillé à ce que M^e Cybulsky et M^e Abadi puissent prendre part activement à l'audience. Cette expérience concrète est essentielle au perfectionnement des avocats plaidants au début de leur carrière, et il s'agit d'une démarche que le Tribunal encouragera et à laquelle il s'attendra dans l'avenir.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[487] La demande est accueillie.

[488] Pendant une période de dix (10) ans, Cineplex :

- (a) ne doit pas donner d'indications au public sur son site Web ou son application concernant les frais de gestion en ligne qui sont fausses ou trompeuses sur un point important;
- (b) ne doit pas adopter de comportement substantiellement similaire qui constitue un comportement susceptible d'examen visé à l'alinéa 74.01(1)a) (y compris le paragraphe 74.01(1.1)).

[489] Dans un délai de 30 jours suivant la présente ordonnance, Cineplex doit payer une sanction administrative pécuniaire de 38 978 000 \$ au titre de l'alinéa 74.1(1)c) de la *Loi sur la concurrence*.

[490] Cineplex devra verser au commissaire les montants suivants :

- (a) 77 000 \$ plus la TVH, au titre des frais juridiques;
- (b) 160 000 \$ (taxes comprises) au titre des débours.

FAIT à Ottawa, ce 23^e jour de septembre 2024.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Andrew D. Little

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour le demandeur :

Commissaire de la concurrence

Jonathan Hood

Irene Cybulsky

Pour la défenderesse :

Cineplex Inc.

Robert S. Russell

Martin Abadi

Raymond Ashurov

Josh Abaki

Erin Penney (parajuriste)