

SYNTHÈSE DE L'ARRET DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES

c.

TÉLÉ-DIRECT (PUBLICATION) INC.
Jean Carrière*

INTRODUCTION

1. Le 26 février 1997, le tribunal de la concurrence rendait, à notre connaissance, sa décision la plus volumineuse [1], soit plus de deux cent cinquante pages, lors d'une requête déposée par le Directeur des enquêtes et recherches en vertu des articles 77 et 79 de la Loi sur la concurrence [2] ("Loi"). Essentiellement, la poursuite reprochait à Télé-Direct de se livrer à des ventes liées qui consistaient à obliger le client désirant payer pour de l'espace publicitaire dans le bottin téléphonique de Télé-Direct, à se procurer du même coup les services de publicité offerts par cette dernière. Le directeur alléguait de plus certains agissements anti-concurrentiels de Télé-Direct tels que:

- le refus de faire affaires directement avec des agences indépendantes de publicité;
- la fourniture à certaines agences de publicité de l'espace de publicité dans leur bottin téléphonique à des termes moins favorables que ceux offerts aux agents accrédités de Télé-Direct;
- des modalités de paiement variables selon que le client fait affaires avec un agent autorisé plutôt qu'avec un représentant interne de Télé-Direct;
- le refus d'accorder des licences pour l'usage de sa marque de commerce "PAGES JAUNES" à ses concurrents.

2. Sur ce dernier point, nous vous référons à l'article de Me André Dorion [3] et en conséquence, ce sujet ne sera pas traité dans cette synthèse.

3. La décision décrit les arguments présentés par chacune des parties et le tribunal a cru bon de se prononcer sur la majorité d'entre eux. Nous limiterons toutefois notre analyse aux arguments qui nous sont apparus plus importants.

PORTÉE TEMPORELLE DE LA LOI

4. Selon Télé-Direct le concept "d'agissements anti-concurrentiels" fut créé exclusivement par les amendements de 1986 à la Loi et en conséquence, aucun acte posé avant 1986 ne peut être qualifié d'anti-concurrentiel aux fins de l'article 79 de la Loi. Au contraire, de l'avis du tribunal le libellé de l'alinéa 79(1)b) permet d'analyser des gestes individuels qui, pris dans leur ensemble et au cours d'une période de temps donnée, sont des agissements anti-concurrentiels. Ainsi le tribunal peut fort bien analyser des faits antérieurs à 1986.

MARCHÉ PERTINENT

5. Une fois ceci établi, le tribunal devait définir le marché pertinent au cas soumis afin de déterminer le degré de contrôle exercé par Télé-Direct sur une certaine catégorie ou une espèce d'entreprises, au Canada ou dans l'une de ses régions, tel que prévu par l'alinéa 79(1)a) de la Loi. Pouvait-on conclure, selon la preuve déposée, que les autres médias de publicité concurrents de Télé-Direct et représentaient une solution alternative pour ses clients?

6. Quant à la question du marché, le tribunal s'en est remis, avec raison, à l'arrêt Southam [4] dans lequel la division d'appel de la Cour fédérale a analysé en détails la définition du “marché pertinent”. Après avoir adopté les principes de l'arrêt Southam, le tribunal devait décider s'il était possible d'inter changer les autres médias de publicité avec les Pages Jaunes [5] de Télé-Direct. À ce propos les parties ont présenté une preuve abondante, témoignage d'experts y compris; cependant, le cycle d'achat et le type de médias furent les critères dominants de l'analyse de la preuve par le tribunal. Cette preuve a révélé que la publicité créative engendre la demande de biens et services au début du cycle d'achat alors que la publicité directionnelle sera retenue par le consommateur à la fin du cycle afin de le diriger vers l'endroit où il pourra se procurer les biens et services en question. À partir de cette distinction, le tribunal conclut que la publicité par médias électroniques n'est pas interchangeable avec celle faite dans les Pages Jaunes. Les médias électroniques ne pourront donc être inclus dans le concept de “marché pertinent”.

7. En raison de la permanence relative des bottins téléphoniques (publication annuelle), le tribunal adopta la position du directeur et conclut que les Pages Jaunes sont l'unique média directionnel servant de source de référence permanente pour tous les fournisseurs potentiels d'une région spécifique. Le principe des vases communicants ne pouvait s'appliquer entre la publicité dans les Pages Jaunes et celle diffusée par les autres médias. Bien que Télé-Direct ait tenté de démontrer qu'il existait des cas où un annonceur changeait de médium, selon le tribunal, ces changements, plutôt que de constituer une simple substitution de médium, étaient motivés par des raisons économiques ou sont reliés à des stratégies publicitaires.

8. Le tribunal a également étudié en profondeur les stratégies et comportements adoptés par Télé-Direct et ses compétiteurs. Pour Télé-Direct il ne faisait aucun doute que les autres éditeurs de bottins locaux étaient des compétiteurs et le tribunal a pris bonne note de la publication d'un bottin indépendant pour les régions de Niagara et Sault-Sainte-Marie. Publication qui a forcé Télé-Direct à adopter, dans ces régions, une politique de gel des prix et la mise en place de programmes afin d'inciter ses clients à renouveler leur publicité dans les Pages Jaunes.

9. Puisque le tribunal a conclu à la non-interchangeabilité entre les autres médias de publicité et les Pages Jaunes, aucune augmentation de tarifs par Télé-Direct ne pouvait constituer un facteur important militant en la faveur de cette dernière.

10. Télé-Direct prétendait que les journaux lui faisaient une compétition directe car les représentants des ventes de ceux-ci tentaient de convaincre les annonceurs des Pages Jaunes qu'ils dépensaient trop en frais publicitaires . Toutefois, en raison de l'absence de preuve quant à l'impact de ces démarches, le tribunal n'a pu retenir cet argument.

11. Après l'analyse des facteurs dont nous venons de discuter, le tribunal conclut que la publicité dans les bottins téléphoniques est une forme de publicité distinctive sans voie alternative directe. Cette forme de publicité est un marché pertinent, sans englober toute autre forme de publicité, pour les fins de l'analyse des actes reprochés en vertu des articles 77 et 79 de la Loi.

12. Une fois le marché pertinent défini, le tribunal devait se prononcer sur la portée territoriale de ce marché, les parties s'accordant toutefois pour délimiter le territoire à la portée territoriale de chacun des bottins publiés par Télé-Direct.

CONTRÔLE DU MARCHÉ PERTINENT

13. Il y a contrôle du marché pertinent lorsqu'une entreprise a le pouvoir de fixer des prix au-dessus de celui de la concurrence et de maintenir ses prix durant une période de temps importante, sans que l'arrivée de nouveaux concurrents ou l'expansion des compétiteurs existants ne lui occasionne la perte d'une part de ce marché. Ces principes avaient été établis par les arrêts Nutrasweet [6] et Laidlaw [7] . Quelle était donc la part du marché pertinent de Télé-Direct?

14. Selon la preuve soumise Télé-Direct s'accaparait plus de quatre-vingt-seize pour cent (96%) des revenus générés par les bottins téléphoniques publiés en Ontario et au Québec. Il fut donc aisé pour le tribunal de conclure au contrôle par Télé-Direct de la publicité dans les bottins téléphoniques pour ces deux marchés. Si toutefois le marché pertinent s'avérait être facilement pénétrable pour un nouveau compétiteur, le tribunal pourrait être appelé à décider que Télé-Direct n'a pas le contrôle absolu du marché en question. Quoi qu'il en soit, la preuve présentée releva que les nouveaux compétiteurs publiaient des bottins de moindre envergure et que l'apparition de nouveaux bottins locaux ne causait aucune érosion du marché de Télé-Direct.

15. Le tribunal jugea beaucoup plus pertinente l'arrivée d'un compétiteur de plus grande envergure désirant publier un bottin de même nature que celui de Télé-Direct et ayant une portée territoriale équivalente. Deux cas furent soumis au tribunal, soit ceux de Niagara et Sault-Sainte-Marie. Existait-il, dans ces régions, des obstacles, créés pas les agissements de Télé-Direct, visant à empêcher ces nouveaux compétiteurs de percer chacun de ces marchés? Il fut mis en preuve que les nouveaux compétiteurs de Télé-Direct dans ces deux régions n'avaient accès ni aux mêmes termes et conditions que Télé-Direct ni aux mêmes informations sur les abonnés de compagnies de téléphone. L'accès à ces informations avait déjà fait l'objet de demandes auprès du Conseil de la radio et télévision canadienne (C.R.T.C.). La preuve a révélé cependant que les nouveaux compétiteurs devaient attendre la parution du bottin de Télé-Direct avant de préparer, vérifier et mettre à jour les informations qui seraient publiées dans leur propre bottin. Cependant, une décision du cabinet de juin 1996, renversant une décision du C.R.T.C. de 1995, a permis au tribunal de conclure qu'il n'existait dorénavant plus d'obstacles à l'accès à la liste des abonnés des compagnies de téléphone au Canada.

16. Les deux compétiteurs intervenant dans la poursuite ont toutefois plaidé que la filiation qui existe entre Télé-Direct et les compagnies offrant des services de téléphonie faisait obstacle à leur percée sur le marché pertinent. Le tribunal souscrit à cet argument en soulignant que cette situation créait un avantage à Télé-Direct car le compétiteur devait convaincre le client potentiel qu'il pouvait placer sa publicité dans un nouveau bottin téléphonique appartenant à une compagnie sans lien avec une compagnie offrant des services de téléphonie sur le territoire pertinent.

17. Un autre facteur ayant permis au tribunal de conclure au contrôle du marché pertinent par Télé-Direct fut l'analyse de sa politique de prix vis-à-vis de certains annonceurs. En effet, selon la preuve soumise, certains annonceurs tels les fournisseurs de services dans des situations d'urgence, ceux qui offrent des services aux voyageurs ou ceux qui encouragent le consommateur à effectuer des commandes par téléphone, accordent une plus grande importance à la publicité publiée dans les Pages Jaunes. Ces annonceurs doivent donc attirer l'attention du consommateur via les Pages Jaunes. Le tribunal a conclu que Télé-Direct avait adopté une politique de prix discriminatoire vis-à-vis de ces annonceurs.

POLITIQUE DE VENTES LIÉES

18. Le tribunal devait par la suite déterminer si Télé-Direct exerçait une politique de ventes liées en contravention des dispositions du paragraphe 77(1) de la Loi. Le tribunal émit quelques remarques préliminaires relativement à cet article de la Loi. Le Directeur devait prouver que le service est vendu à la condition pour le consommateur de se procurer un deuxième service, ou à la condition qu'une fois son premier achat effectué, le consommateur sera incité à se procurer un deuxième service. Le Directeur devait prouver également que:

- cette pratique est utilisée par un fournisseur important du produit; et que
- cette pratique a pour effet de diminuer la concurrence.

19. Le tribunal ayant déjà conclu que Télé-Direct occupait une position dominante sur le marché de la publicité dans les bottins téléphoniques, il conclut aussi qu'elle était un fournisseur principal du service. Il restait donc à décider si les agissements de Télé-Direct étaient prohibés ou non par le paragraphe 77(1) de la Loi.

20. Les ventes liées supposent l'existence de deux produits ou services - dans ce cas - intimement liés. Cependant, si deux services existent séparément mais sont offerts comme un tout pour des raisons d'efficacité, ils seront considérés comme un tout et il ne saurait être question de ventes liées. Le Tribunal s'en remet à la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Jefferson [8] et explique qu'on ne peut parler de ventes liées si la demande veut que deux services soient offerts ensemble et qu'il est pratique d'offrir ces deux services comme unité globale. Pour appliquer ce test aux faits du présent dossier, il fallait d'abord déterminer s'il existait un nombre suffisant d'annonceurs désirant obtenir des espaces publicitaires dans un bottin téléphonique indépendant de Télé-Direct. Dans l'affirmative, le tribunal aurait à déterminer si les deux services étaient offerts comme un tout pour des raisons d'efficacité. La démarche peut également se résumer comme suit: le fait pour Télé-Direct de lier la vente d'espaces avec la vente de services de publicité, en les offrant comme un tout, impose-t-elle à l'annonceur l'obligation d'acheter un service qu'il n'achèterait pas de Télé-Direct s'il avait le choix? L'annonceur considère-t-il ces deux services comme un tout qu'il ne se procurerait pas séparément de toute façon?

21. Pour répondre à ces questions, le tribunal analysa les différents points suivants:

- les relations existant entre Télé-Direct et ses agents;
- les critères adoptés par Télé-Direct pour déterminer les comptes nationaux
- les comptes qui faisaient l'objet d'une rémunération à commission.

22. Nous n'avons pas l'intention de résumer la preuve présentée par les parties sur ces points [9]. Nous nous contenterons de rappeler qu'elle révéla l'existence d'un intérêt de la part d'annonceurs envers des services de publicité de fournisseurs autres que Télé-Direct. Cette demande ne provenait cependant que d'une certaine catégorie d'annonceurs, qualifiés d'annonceurs importants. En effet, les petits annonceurs ne semblaient requérir que des services distincts et par conséquent, à leur égard, Télé-Direct n'exerçait pas de ventes liées telles que définies à l'article 77 de la Loi. Toutefois, pour ce qui est des annonceurs locaux d'une certaine importance la question demeurerait toute entière. En raison de leur diversité, le tribunal arriva à des conclusions différentes selon que les services étaient offerts à des annonceurs plus ou moins importants. La problématique consistait à déterminer les critères permettant d'identifier ces annonceurs importants. En effet, si le tribunal devait rendre une ordonnance, les annonceurs visés devraient être facilement identifiables. Le critère adopté par le tribunal fut le suivant: un annonceur sera considéré comme un annonceur local important lorsque celui-ci annonce dans six des huit régions desservies par Télé-Direct.

23. Mais ces annonceurs sont-ils forcés de se procurer lesdits services comme un tout plutôt que séparément? Si le contrat prévoit que, pour se procurer un espace dans le bottin téléphonique, l'annonceur doit utiliser les services de publicité de Télé-Direct, il y aura ventes liées. Toutefois, on est également en présence de ventes liées s'il y a offre de rabais ou autre avantage à l'annonceur pour l'inciter à utiliser le deuxième service. Ainsi le mot "condition" à l'article 77 de la Loi ne doit pas être limité à une clause explicite d'un contrat forçant l'acquéreur d'un produit à se procurer un autre produit. En raison des faits du présent dossier, le tribunal devait se demander si les annonceurs importants du marché local étaient forcés d'acquiescer les deux produits offerts par Télé-Direct sans avoir l'option d'acquiescer l'un d'eux uniquement. Le tribunal répondit par l'affirmative à cette question et, chiffres à l'appui, il conclut que cette pratique avait pour effet de réduire sensiblement la compétition au sens du paragraphe 77(2) de la Loi.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

24. Le deuxième volet de la requête du directeur consistait à déterminer s'il y avait abus de la position dominante de Télé-Direct dans le marché, tel que prohibé par l'article 79 de la Loi. Le tribunal rappela que l'énumération d'agissements anti-concurrentiels à l'article 78 de la Loi n'est pas exhaustive [10] et qu'il ne serait pas sage de définir des caractéristiques spécifiques pour identifier un comportement anti-concurrentiel. Ainsi, une politique de gel de prix peut constituer dans certains cas un acte de saine compétition alors que, dans d'autres circonstances, cette politique pourrait être associée à des agissements anti-concurrentiels prohibés par la Loi. Une des pratiques que le directeur reprochait à Télé-Direct était le refus systématique de cette dernière de faire affaires avec les firmes de consultants en publicité. Ces firmes, selon Télé-Direct, tentaient de réduire les revenus de Télé-Direct en suggérant à leurs clients de réduire l'espace de leur publicité. En effet, le contrat type de ces consultants avec leurs clients prévoyait une rémunération uniquement si le client réduisait ses coûts de publicité dans les Pages Jaunes. D'autres pratiques ont fait l'objet d'une analyse par le tribunal mais sans être déclarées anti-concurrentielles [11].

25. Le directeur alléguait que Télé-Direct visait des compétiteurs spécifiques et provoquait l'augmentation des coûts d'opération des compétiteurs ciblés. Le tribunal conclut que le fait de viser un compétiteur par des gestes spécifiques dans une région donnée peut être une réaction normale ne devant pas nécessairement être associée à des agissements anti-concurrentiels. Dans un premier temps, le tribunal devait déterminer si les gestes posés par Télé-Direct pouvaient être avantageux pour l'annonceur. Il est indéniable qu'une politique de gel de prix profite aux annonceurs. Cependant, si cette pratique rend la compétition plus coûteuse, elle peut devenir anti-concurrentielle. Il a été prouvé que certains officiers de Télé-Direct avaient adopté une politique et donné des directives spécifiques pour provoquer une hausse des coûts de la compétition même si cela pouvait avoir des effets néfastes sur les profits de la compagnie.

26. Restait toutefois la principale question: les agissements de Télé-Direct pouvaient-ils décourager l'arrivée sur le marché d'une firme concurrente ? Si tel était le cas, ces agissements devraient être désapprouvés.

27. Il y a eu deux tentatives de percer le marché contrôlé par Télé-Direct : Sault-Sainte-Marie et Niagara. Le tribunal jugea que la preuve déposée par le directeur ne lui permettait pas de conclure que Télé-Direct, par sa politique de prix, sa promotion et les modifications apportées à ses bottins téléphoniques dans ces deux marchés, avait agi de façon anti-concurrentielle. De plus, le fait que Télé-Direct ait intenté certaines procédures judiciaires ou menacé des compétiteurs de procédures judiciaires, ne pouvait, en soi, être considéré comme des agissements anti-concurrentiels. Le directeur n'avait pas réussi à prouver la frivolité des procédures judiciaires ou des menaces de procédures judiciaires. Ainsi le tribunal a pu distinguer facilement les faits de cette cause de ceux de l'arrêt Laidlaw [12].

28. Selon la théorie du directeur, Télé-Direct utilisait sa position dominante dans le marché de la publicité comme levier pour obtenir le contrôle du marché des services de publicité par le biais d'actes anti-concurrentiels. Le tribunal reconnut que si les éléments de cette théorie étaient prouvés, les agissements de Télé-Direct pouvaient être prohibés en vertu de l'article 79 de la Loi. Ainsi, il procéda à l'analyse de plusieurs faits particuliers qui, de l'avis du directeur, constituaient des gestes anti-concurrentiels et lui donna raison [13].

29. Le directeur plaidait, entre autre, que le refus de Télé-Direct de faire affaires directement avec des firmes de consultants constituait un geste anti-concurrentiel. Le tribunal jugea que les consultants étaient des compétiteurs de Télé-Direct et que celle-ci refusait de faire affaires directement avec un consultant qui agissait pour le compte ou à titre d'agent pour l'annonceur. Des directives furent destinées par Télé-Direct à ses agents pour réglementer la procédure à suivre par

ces derniers dans leur relations avec un consultant indépendant. Par ces directives, les agents de Télé-Direct ne pouvaient accepter d'instructions du consultant et ce, même si l'annonceur assistait aux rencontres. Si l'annonceur refusait de faire affaires directement avec l'agent de Télé-Direct, ce dernier informait l'annonceur que son contrat avec Télé-Direct serait renouvelé automatiquement selon les mêmes termes et conditions que le contrat antérieur, tel que stipulé dans ce contrat. Le tribunal arriva cependant à la conclusion que la pratique de Télé-Direct n'avait causé aucun préjudice pécuniaire aux consultants qui faisaient affaires avec les annonceurs de Télé-Direct. Dans les circonstances, le tribunal n'avait d'autre alternative que de conclure que Télé-Direct n'avait pas posé de geste anti-concurrentiel en refusant de faire affaires directement avec les consultants pour le compte de leurs clients annonceurs. Toutefois, décourager les annonceurs de faire affaires avec des consultants, en indiquant aux clients qu'en ce faisant ils seront désavantagés par Télé-Direct, était une pratique anti-concurrentielle de la part de Télé-Direct et elle était prohibée par la Loi.

CONCLUSION

30. Le tribunal ordonna donc à Télé-Direct de cesser d'assujettir l'achat de ses espaces de publicité dans les bottins téléphoniques à l'achat de ses services de publicité et ce, pour les annonceurs qui publient dans les bottins téléphoniques desservant au moins six des huit marchés de Télé-Direct. Il fut également ordonné à Télé-Direct de cesser sa pratique d'actes discriminatoires lorsque les annonceurs utilisent des consultants.

[© 1998 Jean Carrière,]

[Avocat au sein du cabinet Mendelsohn Rosentzweig Shacter à Montréal.]

[1] Director of Investigation and Research c. Télé-Direct (Publications) Inc . (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Trib.Conc.).

[2] L.R.C. 1985, c. C-34.

[3] André DORION, Directeur des enquêtes et recherches c. Tele-direct, Tribunal de la concurrence CT 94/3 (non publiée à ce jour) du 26 février 1997 , (1997), 9-3 Les Cahiers de propriété intellectuelle 505.

[4] Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc., (1995), [1995] 3 C.F. 557 (C.A.F.).

[5] Marque de commerce enregistrée.

[6] Director of Investigation and Research c. NutraSweet Co., (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. Conc.).

[7] Director of Investigation and Research c. Laidlaw Waste Systems Ltd. , (1992), 40 C.P.R. (3d) 289.

[8] Jefferson Parish Hospital District No. 2 c. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

[9] Nous référons le lecteur aux pages 121 à 142, op. cit., note 1.

[10] Nous référons le lecteur aux pages 188 et 189, op. cit., note 1.

[11] Op. cit., note 5.

[12] Op. cit., note 7.

[13] Op. cit., note 1, pages 114 et 119.