



TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *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. 02

N° de dossier : CT-2006-010

N° de document du greffe : 0117

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et ses modifications;

ET DANS L’AFFAIRE d’une enquête menée conformément au sous-alinéa 10(1)b)(ii) de la *Loi sur la concurrence* au sujet des pratiques commerciales d’Imperial Brush Co. Ltd. et de Kel Kem Ltd. (faisant affaire sous le nom d’Imperial Manufacturing Group);

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande de la commissaire de la concurrence en vue d’obtenir une ordonnance fondée sur l’article 74.1 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Imperial Brush Co. Ltd. et Kel Kem Ltd.
(faisant affaire sous le nom d’Imperial
Manufacturing Group)
(défenderesses)



Dates de l’audience : du 20070709 au 20070713, le 20070716 et du 20070905 au 20070907

Juge président : M. le juge Phelan

Date des motifs et de l’ordonnance : 7 février 2008

Motifs et ordonnance signés par : M. le juge M. Phelan

MOTIFS ET ORDONNANCE

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>
I. Introduction.....	[1]
II. Les faits à l'origine du litige	[6]
A. L'enquête menée par le Bureau	[12]
B. La demande.....	[15]
III. Les produits et les indications – Questions liées à la <i>Charte</i>	[16]
A. La bûche nettoiyante pour cheminée Supersweep	[17]
(1) Indications.....	[21]
B. La bûche nettoiyante pour cheminée Imperial	[22]
(1) Indications.....	[26]
C. Le Nettoyeur de créosote	[27]
(1) Indications.....	[35]
D. Le Traitement de créosote.....	[36]
(1) Indications.....	[42]
IV. Les moyens de défense	[43]
V. Les dispositions législatives applicables.....	[44]
VI. La contestation constitutionnelle	[47]
A. Le critère de proportionnalité.....	[52]
(1) Objectif de la disposition contestée	[57]
(2) L'objectif est-il urgent et réel?.....	[81]
(3) Lien rationnel.....	[87]
(4) Atteinte minimale.....	[89]

(5) Effets bénéfiques et préjudiciables	[95]
(6) Conclusion	[99]
VII. Les témoins présentés par chaque partie.....	[101]
A. Les témoins ordinaires	[102]
B. Les témoins experts.....	[108]
VIII. Analyse	[115]
A. Épreuve suffisante et appropriée.....	[115]
B. Les arguments des parties	[129]
C. Analyse	[133]
IX. Les produits et les indications – Épreuve suffisante et appropriée.....	[143]
A. La bûche nettoyante pour cheminée Supersweep	[144]
(1) Indications.....	[149]
(2) La preuve des défenderesses	[150]
(3) Analyse	[151]
B. La bûche nettoyante pour cheminée Imperial	[161]
(1) Indications.....	[165]
(2) La preuve des défenderesses	[166]
(3) Analyse	[174]
C. Le Nettoyeur de créosote	[185]
(1) Indications.....	[192]
(2) La preuve des défenderesses	[193]
(3) Analyse	[197]
D. Le Traitement de créosote.....	[205]

(1) Indications.....	[211]
(2) Les arguments des défenderesses.....	[212]
(3) Analyse	[217]
X. Réparations	[223]
XI. Ordonnance	[233]

I. INTRODUCTION

[1] La commissaire de la concurrence (la commissaire) soutient que les défenderesses se sont livrées à un comportement susceptible d'examen en donnant au public des indications qui ne se fondent pas sur des épreuves suffisantes et appropriées.

[2] Les indications en cause se trouvent sur les étiquettes de quatre produits d'entretien pour poêles et foyers. Selon quelques-unes de ces indications, les produits auraient pour effet d'éliminer la créosote, de réduire la créosote en cendres ou d'agir sur les dépôts de créosote des cheminées de manière à les rendre moins adhérents. La commissaire soutient que les défenderesses n'ont pas effectué d'épreuves suffisantes et appropriées avant de donner des indications au public et qu'elles se sont donc livrées à un comportement susceptible d'examen qui est visé par l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 (la Loi).

[3] Les défenderesses nient les allégations de la commissaire et font valoir que les indications se fondent sur des épreuves suffisantes et appropriées.

[4] Elles ajoutent que l'alinéa 74.01(1)b), lequel constitue le fondement de la demande de la commissaire en l'espèce, va à l'encontre de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas justifié au sens de l'article premier de celle-ci.

[5] Dans les présents motifs, j'arrive aux conclusions suivantes :

- a) bien qu'il porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'alinéa 74.01(1)b) est justifié au sens de l'article premier;
- b) les défenderesses n'ont pas effectué d'épreuves suffisantes et appropriées et, par conséquent, elles se sont livrées à un comportement susceptible d'examen.

II. LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[6] La défenderesse Kel Kem Ltd. (Kel Kem) est constituée en société sous le régime des lois de l'Ontario et a été créée en 1977 par Abraham Kelly, chimiste.

[7] Au début des années 1980, M. Kelly a reconnu l'existence d'une demande à l'égard de produits servant à entretenir les appareils de chauffage au bois et, en raison de la popularité grandissante de ce mode de chauffage, il a conçu une gamme de produits d'entretien pour cheminées. Ces produits comprenaient le Traitement de créosote, le Nettoyeur de créosote et le Powdered Soot Remover.

[8] En 1993, M. Kelly a vendu la part qu'il détenait dans Kel Kem. En 2002-2003, la défenderesse Imperial Brush Co. Ltd. (Imperial Brush) a acheté les actions de Kel Kem du nouveau propriétaire et a continué à vendre le Traitement de créosote (le Traitement) et le

Nettoyeur de créosote (le Nettoyeur). Imperial Brush est constituée en société sous le régime des lois du Nouveau-Brunswick.

[9] Après avoir fait l'acquisition de Kel Kem, Imperial Brush a lancé sur le marché la Bûche nettoiyante pour cheminée Supersweep (parfois appelée la bûche Supersweep). La bûche Supersweep est composée de matière ligneuse feuillue comprimée, à laquelle on a ajouté le Kel Kem Powdered Soot Remover pendant la fabrication. Les défenderesses admettent qu'Imperial Brush a commencé à distribuer la bûche Supersweep à l'automne 2003 et que ce produit n'a pas été fabriqué depuis le 15 janvier 2004. La distribution au Canada aurait pris fin le 11 juillet 2006.

[10] Imperial Brush et Kel Kem font toutes deux partie de l'Imperial Manufacturing Group, lequel fournit des services de gestion, y compris des services de recherche et de développement, à Imperial Brush.

[11] Au printemps 2004, le service de la recherche et du développement de l'Imperial Manufacturing Group a entrepris des recherches visant à trouver différentes compositions chimiques pour la prochaine génération de produits de Kel Kem et d'Imperial Brush. Une nouvelle bûche, appelée la Bûche nettoiyante pour cheminée Imperial (la bûche Imperial), a été produite par suite de travaux de conception et d'essais internes, sur une base de consultation avec M. Kelly. La bûche Imperial a été homologuée UL à l'automne 2004.

A. *L'enquête menée par le Bureau*

[12] En octobre 2003, le Bureau de la concurrence a entrepris une enquête concernant les ventes de la bûche Supersweep. L'enquête du Bureau visait à savoir si les indications données au sujet du rendement et de l'efficacité de la bûche Supersweep se fondaient sur une épreuve suffisante et appropriée. En réponse à la demande de renseignements du Bureau, Imperial Brush a fait parvenir une déclaration écrite signée par M. Kelly en date du 23 janvier 2004.

[13] Au printemps de 2004, ayant jugé la réponse insatisfaisante, le Bureau de la concurrence a élargi son enquête à d'autres produits de Kel Kem qui étaient annoncés à titre de produits favorisant la réduction de la créosote, soit le Traitement de créosote et le Nettoyeur de créosote. Peu après, Imperial Brush a fait parvenir d'autres documents au Bureau au sujet de la bûche Supersweep. En réponse à la demande de renseignements du Bureau au sujet du Nettoyeur et du Traitement, Kel Kem a fait parvenir à celui-ci un rapport de M. Kelly qui portait la date du 20 septembre 2004.

[14] La commissaire de la concurrence a apparemment jugé que les renseignements fournis par les défenderesses étaient insuffisants, d'où la présente demande déposée auprès du Tribunal.

B. *La demande*

[15] Le 11 septembre 2006, la commissaire a déposé auprès du Tribunal un avis de demande visant à obtenir une ordonnance fondée sur l'article 74.1 de la Loi. L'avis faisait état d'indications données par les défenderesses au sujet de la bûche Supersweep, du Traitement de créosote et du Nettoyeur de créosote. Après l'échange de documents, la commissaire a appris

l'existence de la bûche Imperial des défenderesses. Le 8 janvier 2007, le Tribunal a autorisé la commissaire à modifier son exposé des motifs et des faits substantiels et, dans son exposé modifié du 15 janvier 2007, la commissaire a fait mention de la bûche Imperial des défenderesses.

III. LES PRODUITS ET LES INDICATIONS – QUESTIONS LIÉES À LA CHARTE

[16] Le texte qui suit est une description générale des produits et des indications en cause. Cette description vise à exposer le contexte de la première question, soit la contestation fondée sur la *Charte*. Une description plus complète, bien qu'un peu répétitive, des mêmes renseignements figure à la section IX des présents motifs, où le Tribunal analyse les questions liées à une « épreuve suffisante et appropriée ».

A. La Bûche nettoyante pour cheminée Supersweep

[17] La bûche Supersweep est composée de matière ligneuse feuillue comprimée, à laquelle on a ajouté 75 grammes du Kel Kem Powdered Soot Remover pendant la fabrication. Il s'agit d'un produit qui a la forme d'une bûche et qui est emballée de la même façon qu'une bûche. Les défenderesses considèrent donc la bûche Supersweep comme un [TRADUCTION] « moyen de distribution du Kel Kem Powdered Soot Remover ». Le Soot Remover se compose de sulfate de cuivre (4 p. 100), de chlorure de sodium (89 p. 100), de poussière de zinc (1 p. 100) et de roche calcaire (6 p. 100). La bûche est destinée à être utilisée de façon occasionnelle. Pendant la combustion de la bûche, les produits chimiques du Soot Remover remontent dans la cheminée, ce qui entraînerait l'élimination de la créosote accumulée sur les parois de celle-ci.

[18] Voici le texte des instructions qui figurent sur l'emballage de la bûche Supersweep :

Pour obtenir le maximum d'effet de la bûche nettoyante pour cheminée Supersweep, utilisez-la sur un feu CHAUD. Suivez les instructions indiquées ci-dessous ou comprises dans l'emballage.

1. Ouvrez COMPLÈTEMENT la clé de tirage du foyer ou du poêle.
2. Allumez un feu comme d'habitude. Attendez que le feu soit chaud!
3. Placez une bûche Supersweep sur le feu chaud.
4. Fermez les portes du poêle ou du foyer, ainsi que les pare-étincelles. Gardez la prise d'air ouverte et maintenez la température élevée.

REMARQUE : Il faut que le tuyau de la cheminée atteigne une température élevée (minimum 180 °C ou 350 °F) pour que la bûche nettoyante pour cheminée Supersweep développe sa pleine capacité.

[19] Selon les indications figurant sur l'emballage, la bûche « aide à éliminer la CRÉOSOTE DANGEREUSE dans votre cheminée » et « AIDE À PRÉVENIR LES FEUX DE CHEMINÉE ». L'emballage comporte également la mention suivante :

La bûche nettoyante pour cheminée Supersweep est un excellent moyen de nettoyer une cheminée, mais elle ne remplace pas l'inspection faite par un professionnel qualifié ni le nettoyage essentiel pour enlever les cendres et les dépôts de créosote.

[20] Les indications suivantes figurent sur l'emballage, sous la rubrique « Fonctionnement » :

1. La bûche nettoyante pour cheminée Supersweep contient des catalyseurs de combustion en poudre qui développent toute leur efficacité à température élevée (minimum 180 °C ou 350 °F).
2. Utilisée correctement, elle abaisse, de jusqu'à 250 °C ou 500 °F, le point de combustion de la créosote et de la suie qui se déposent dans le tuyau de la cheminée.
3. Ainsi, la créosote et les dépôts de suie se consomment en une fine poudre, laquelle retombe dans le poêle ou dans le foyer où elle est dissipée par le feu.
4. En faisant fonctionner le poêle ou le foyer régulièrement au cours des sept jours suivants, la créosote et les dépôts de suie continueront d'être brûlés.
5. Elle peut aussi aider à ramollir et à défaire les dépôts de créosote durcis, calcaires ou vitrifiés, lesquels sont difficiles, voire impossibles, à déloger avec une brosse à cheminée.

(1) Indications

[21] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des épreuves suffisantes et appropriées :

1. Bûche nettoyante pour cheminée (« *Chimney Cleaning Log* ») (le nom du produit lui-même);
2. « aide à prévenir les feux de cheminée »;
3. « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée »;
4. les images qui figurent sur l'emballage et qui appuient ou illustrent les indications susmentionnées.

B. La bûche nettoyante pour cheminée Imperial

[22] La bûche Imperial est un produit semblable à la bûche Supersweep quant à la forme et à la fonction. On la prépare en ajoutant 150 grammes du Powdered Soot Remover et quatre grammes de limailles de fer.

[23] Les instructions figurant sur l'emballage de la bûche Supersweep sont ainsi libellées :

Pour obtenir le maximum d'effet, utilisez la bûche Imperial sur un feu CHAUD. Suivez les instructions indiquées ci-dessous ou comprises dans l'emballage.

1. Ouvrez la clé de tirage du foyer ou du poêle pour avoir une prise d'air suffisante.
2. Allumez un feu comme d'habitude et attendez qu'il devienne CHAUD!
3. Placez une bûche Imperial sur le feu CHAUD.
4. Refermez les portes du poêle ou du foyer, ainsi que les pare-étincelles. Gardez la prise d'air ouverte et maintenez la température élevée.

REMARQUE : Pour que la bûche Imperial soit pleinement efficace, il faut que la température du conduit de cheminée soit supérieure à 180 °C (350 °F). Voyez à maintenir une température de 180 °C (350 °F) à 285 °C (550 °F) dans le conduit de la cheminée. NE BRÛLEZ PAS plus qu'une bûche Imperial à la fois.

[24] Selon les indications figurant sur l’emballage, la bûche « réduit la créosote dangereuse dans votre cheminée » et « RÉDUIT LE RISQUE DE FEU DE CHEMINÉE ». L’emballage comporte également l’indication suivante :

La bûche Imperial est un excellent moyen de nettoyer une cheminée, mais elle ne remplace pas l’inspection ni le ramonage faits par un professionnel qualifié.

[25] Les précisions suivantes figurent sur l’emballage, sous la rubrique « Fonctionnement » :

La bûche nettoyante pour cheminée Imperial contient des substances chimiques qui jouent le rôle de catalyseurs de combustion. Ces catalyseurs développent toute leur efficacité lorsque la température atteint 180°C (350°F) dans le conduit de cheminée. Lorsque la bûche est utilisée correctement, les catalyseurs de combustion aident à brûler la créosote et les dépôts de suie qui se sont accumulés dans la cheminée. Ces catalyseurs contribuent aussi à ramollir et à défaire les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés, lesquels peuvent être difficiles à déloger par un simple ramonage.

(1) Indications

[26] La commissaire s’oppose à quatre indications :

1. « bûche nettoyante pour cheminée » (« *Chimney Cleaning Log* ») (le nom du produit lui-même);
2. « réduit le risque de feu de cheminée »;
3. « réduit la créosote dangereuse dans votre cheminée »;
4. l’image de flammes s’échappant d’une cheminée et sur laquelle on signale que le produit « réduit le risque de feu de cheminée ».

C. *Le Nettoyeur de créosote*

[27] Le Nettoyeur de créosote est un produit liquide vendu dans un flacon pulvérisateur d’un litre. Composé d’eau (77 p. 100), de nitrate de manganèse (8 p. 100) et d’alcool isopropylique (15 p. 100), il est destiné à être utilisé de façon régulière et continue.

[28] Lorsque le manganèse atteint la zone des flammes, il se transforme apparemment en oxyde de manganèse et peut alors servir de catalyseur et accélérer ainsi la combustion de matières carbonées.

[29] Selon les instructions apparaissant sur l’étiquette du Nettoyeur de créosote, le produit doit être vaporisé « sur toutes les surfaces recouvertes de créosote dans l’aire de combustion et aussi loin que possible dans le conduit de la cheminée », lorsque le poêle ou le foyer est éteint. Il faut également vaporiser le produit sur le bois avant l’allumage.

[30] Dans le cas où le feu brûle, les instructions figurant sur l'étiquette prévoient qu'il est possible de vaporiser le produit « sur le nouveau [sic] bois avant de l'ajouter au feu », ou encore directement sur la flamme lorsque le feu est modéré. Selon les instructions, « la température de la surface du conduit de la cheminée doit être 300 °F [...] pour activer le nettoyeur de créosote pour cheminée ».

[31] L'étiquette du Nettoyeur de créosote pour la saison de chauffage 2003-2004 comportait la mention suivante :

L'ÉLIMINATEUR DE CRÉOSOTE DE CHEMINÉE IMPERIAL KEL KEM transforme en cendres les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés lorsqu'il est utilisé selon le mode d'emploi.

[32] L'étiquette comportait également l'avertissement « ATTENTION IRRITANT » et « pour une cheminée propre et sûre [sic], enlever le résidu à l'aide d'une brosse ».

[33] Des changements ont été apportés à l'étiquette pour la saison 2005-2006. Les renvois à Kel Kem ont été enlevés. L'étiquette indiquait que le Nettoyeur de créosote « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée ». La mention suivante figurait sur une note écrite en plus petits caractères : « L'Éliminateur de créosote SUPERSWEEP IMPERIAL transforme en cendres les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés lorsqu'il est utilisé selon le mode d'emploi ». La note suivante figurait également sur l'étiquette :

Ni l'Éliminateur de créosote de cheminée ni aucun autre produit chimique ne peut remplacer le ramonage. Un ramonage professionnel doit être effectué au moins une fois par année et plus souvent lorsque les accumulations de créosote sont importantes.

[34] L'étiquette précisait dans tous les cas que le produit est « non corrosif » et « non combustible ».

(1) Indications

[35] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des épreuves suffisantes et appropriées :

1. « Nettoyeur de créosote pour cheminée » (« *Chimney Creosote Cleaner* » (le nom du produit lui-même);
2. « transforme en cendres les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés »
3. « non corrosif »;
4. « non combustible ».

D. *Le Traitement de créosote*

[36] Le Traitement de créosote est une poudre, composée de phosphate trisodium (60 p. 100) et d'argile de bentonite (40 p. 100), vendue dans un contenant de 450 grammes. Le phosphate

trisodium serait l'ingrédient actif. Le produit est destiné à être utilisé de façon régulière et continue.

[37] L'étiquette de 2004 du Traitement de créosote comportait les instructions suivantes :

MODE D'EMPLOI : Si l'accumulation de créosote atteint ¼ po ou plus d'épaisseur, il faut ramoner la cheminée. Enlever les cendres. Répandre le traitement de créosote sur des charbons ardents ou un feu bas. Les feux hauts réduisent sévèrement l'efficacité du traitement. Poêles et brûleurs à encastrer dans les foyers – 1 c. à table (15 ml) au moins 2 fois par semaine. Chaudières et fournaies – 1 c. à table (15 ml) par jour.

[38] Selon l'étiquette apposée sur le Traitement de créosote pour la saison de chauffage 2003-2004, ce produit « aide à garder la cheminée propre et sûre [sic] ». L'étiquette comportait également la note suivante écrite en plus petits caractères :

Le traitement pour créosote de cheminée IMPERIAL KEL KEM aide à garder la cheminée propre lorsqu'il est utilisé régulièrement entre les ramonages par des professionnels. Il peut retarder l'accumulation de la créosote et réagit avec la plupart des dépôts dans les cheminées pour réduire leur adhérence. Le risque d'un dangereux feu de cheminée est réduit lorsque les dépôts et la créosote sont enlevés. Une surface propre facilitera la transmission de la chaleur. Si la cheminée est utilisée tous les jours, nous recommandons qu'elle soit inspectée une fois par mois.

[39] Des changements ont été apportés à l'étiquette pour la saison 2005-2006. Les renvois à Kel Kem ont été éliminés. Il appert de l'étiquette utilisée pour la saison 2005-2006 que le produit « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée ». La note écrite en plus petits caractères est semblable à celle qui figure sur l'étiquette de 2003-2004.

[40] Il convient de souligner que l'étiquette, figurant sur le Traitement de créosote acheté le 26 février 2004 par M. McCollum et produit comme pièce A-4, comporte la mention selon laquelle le produit « réagit avec la créosote collante et liquide ».

[41] Il est également précisé sur l'étiquette que le produit est « non corrosif » et « non toxique ».

(1) Indications

[42] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des preuves suffisantes et appropriées :

1. « Traitement de créosote » (« *Creosote Conditioner* ») (le nom du produit lui-même);
2. « Il peut retarder l'accumulation de la créosote et réagit avec la plupart des dépôts dans les cheminées pour réduire leur adhérence »;
3. « Non corrosif »;
4. « Non toxique ».

IV. LES MOYENS DE DÉFENSE

[43] En réponse aux allégations susmentionnées de la commissaire, les défenderesses font valoir principalement qu'elles ont effectué des « épreuves suffisantes et appropriées ». Ces épreuves comprenaient des recherches et des essais internes au moyen de comparaisons des résultats obtenus en ce qui a trait à la créosote selon que les produits étaient utilisés ou non. Les détails du moyen de défense et la nature et la qualité des épreuves sont décrits plus loin dans les présents motifs.

V. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[44] Tel qu'il est mentionné plus haut, la commissaire a présenté sa demande conformément à l'alinéa 74.01(1)*b*) et à l'article 74.1 de la Loi. L'alinéa 74.01(1)*b*) dispose :

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 :

[...]

b) ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;

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,

[...]

b) makes a representation to the public in the form of a statement, warranty or guarantee of the performance, efficacy or length of life of a product that is not based on an adequate and proper test thereof, the proof of which lies on the person making the representation; or

[45] L'article 74.1 de la Loi énonce les réparations pouvant être obtenues :

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

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

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

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

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

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

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

(i) a description of the reviewable conduct,

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,	(ii) the time period and geographical area to which the conduct relates, and
(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias — notamment de la publication — utilisés;	(iii) a description of the manner in which any representation or advertisement was disseminated, including, where applicable, the name of the publication or other medium employed; and
c) de payer, selon les modalités que le tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :	(c) to pay an administrative monetary penalty, in such manner as the court may specify, in an amount not exceeding
(i) dans le cas d'une personne physique, de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,	(i) in the case of an individual, \$50,000 and, for each subsequent order, \$100,000, or
(ii) dans le cas d'une personne morale, de 100 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ pour toute ordonnance subséquente.	(ii) in the case of a corporation, \$100,000 and, for each subsequent order, \$200,000.

[46] Les ordonnances rendues en application de l'alinéa 74.1(1)a) s'appliquent pendant dix ans, à moins que le Tribunal ne fixe une période plus courte (paragraphe 74.1(2)). Le Tribunal ne peut ordonner à une personne de publier un avis correctif ou de payer une sanction administrative pécuniaire si cette personne établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher le comportement susceptible d'examen (paragraphe 74.1(3)).

VI. LA CONTESTATION CONSTITUTIONNELLE

[47] Comme nous le verrons plus loin, le Tribunal de la concurrence a précédemment conclu, dans *Commissaire de la concurrence c. Gestion Lebski Inc.*, 2006 Trib. conc. 32, que l'alinéa 74.01(1)b) porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Dans *Lebski*, la commissaire n'a présenté aucune défense fondée sur l'article premier. Dans la présente affaire, la commissaire a présenté une défense de cette nature.

[48] La commissaire a admis que l'alinéa 74.01(1)b) porte atteinte au droit des défenderesses à la liberté d'expression que garantit l'alinéa 2b) de la *Charte*.

[49] La Cour suprême du Canada a conclu à différentes occasions que le discours commercial comme la publicité est visé par la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Cependant, elle a également reconnu que cette forme de discours se trouve au bas de l'échelle des types de discours protégés en vertu de la *Charte*.

[50] Comme le Tribunal l'a souligné dans *Lebski*, la publicité est un discours protégé par la *Charte* et la disposition législative en cause a pour objet de restreindre et restreint effectivement ce type de discours. Le Tribunal s'est exprimé comme suit :

[88] Il ne fait aucun doute que le discours commercial est une forme d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte*, comme l'affirme l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Irwin Toy Ltd. c.*

Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927 à la page 978, dans lequel la Cour précise les deux étapes de l'analyse aux fins de l'application de l'alinéa 2b) à une violation alléguée :

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. [...]

[89] En l'espèce, il est clair que l'activité visée par la poursuite de la commissaire est la publicité effectuée par les défendeurs. À mon avis, la publicité en cause, tant par son contenu que par sa forme, entre dans la catégorie des activités protégées par l'alinéa 2b) de la Charte. La protection du discours commercial est d'ailleurs confirmée par la Cour suprême dans des arrêts qui ont fait suite à *Irwin Toy* : voir notamment *Rocket c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232 et *R.J.R. MacDonald c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Quant à la deuxième étape de l'analyse, il me paraît également clair que le libellé de l'alinéa 74.01(1)b) de la Loi a pour objet et pour effet de restreindre l'activité publicitaire des défendeurs. En effet, l'alinéa sanctionne un comportement, et impose une obligation de justification pour des indications qui peuvent ne pas être trompeuses.

[90] Je conclus donc que les défendeurs se sont acquittés de leur fardeau d'établir que l'alinéa 74.01(1)b) constitue une atteinte *prima facie* à leur liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la Charte. Il incombe donc à la commissaire de convaincre le Tribunal, par prépondérance des probabilités de la preuve, que la justification de cette atteinte peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la Charte.

[51] Même si, à strictement parler, je ne suis pas lié par la décision rendue dans *Lebski*, j'adopte les motifs et la conclusion du juge Blanchard et je conclus que l'alinéa 74.01(1)b) porte atteinte au droit à la liberté d'expression. Compte tenu de l'admission faite par la commissaire, il n'est pas nécessaire que j'examine plus à fond cet aspect de la contestation constitutionnelle. Le Tribunal porte maintenant son attention sur la question de savoir si l'atteinte est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

A. *Le critère de proportionnalité*

[52] Pour justifier une atteinte à un droit garanti par la Charte, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel et que les mesures choisies sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[53] L'analyse fondée sur l'article premier de la Charte doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte (*Thomson Newspapers c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877, à la

page 939). Le Tribunal a résumé ces facteurs contextuels dans *Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2005 Trib. conc. 2.

[54] Dans l'affaire *Sears*, précitée, la juge Dawson devait décider si le paragraphe 74.01(3) de la Loi, qui porte sur les indications trompeuses au sujet du prix de vente ordinaire d'un vendeur, était constitutionnel. Elle a conclu que la nature de l'activité en cause était un facteur contextuel pertinent :

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

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

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

[55] Dans la présente affaire, la nature de l'activité en cause est également un facteur contextuel pertinent. Le discours visé par l'atteinte réside apparemment dans des renseignements hypothétiques ou non appuyés au sujet du rendement, de l'efficacité ou de la durée utile d'un produit pour promouvoir la fourniture ou l'usage de celui-ci. Il s'agit également d'un discours qui s'écarte beaucoup des valeurs fondamentales protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte*.

[56] La commissaire soutient que l'objectif de la loi constitue un deuxième facteur contextuel. Je suis d'accord avec elle. La Loi cherche à préserver et à favoriser la concurrence au Canada et l'objectif de la disposition contestée est de le faire en améliorant la qualité et l'exactitude des renseignements sur le marché (voir la décision *Sears*, précitée au paragraphe 83).

(1) Objectif de la disposition contestée

[57] En ce qui a trait à la première étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, le Tribunal doit décider si l'objectif de la disposition législative contestée est suffisamment important pour pouvoir justifier une restriction.

[58] Pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier, « il est souhaitable d'énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d'une part, l'objectif de la disposition attentatoire afin d'établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d'autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif » (voir l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, au paragraphe 98).

[59] La commissaire a présenté au Tribunal des éléments de preuve concernant l'objet visé par l'alinéa 74.01(1)b). Il s'agissait, notamment, d'extraits du Hansard ainsi que de différentes

études et différents rapports de commissions. Il est nécessaire d'examiner l'évolution législative de la disposition en cause afin d'en déterminer les objectifs.

[60] L'examen de l'évolution de la disposition révèle que la disposition qui a précédé l'alinéa 74.01(1)*b*) a été ajoutée à l'article 406 du *Code criminel* en 1935 et était ainsi libellée :

406. (3)*a*) Quiconque publie ou fait publier une annonce contenant une déclaration ou une garantie du rendement, de l'efficacité ou de la durée d'un produit dans le but de pousser directement ou indirectement la vente ou la disposition de ce produit, laquelle déclaration ou garantie n'est pas fondée sur une épreuve appropriée et convenable, est coupable d'une infraction et passible, après déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus deux cents dollars ou de six mois d'emprisonnement, ou de ces deux peines à la fois; cependant, une personne qui publie cette annonce, acceptée de bonne foi dans le cours ordinaire de ses affaires, n'est pas assujettie aux dispositions du présent paragraphe;

b) Sans exclure toute autre épreuve appropriée et convenable, une épreuve faite par le Conseil consultatif honoraire des recherches scientifiques et industrielles ou par tout autre ministère public est considérée comme une épreuve appropriée et convenable pour les fins du présent paragraphe; mais cette annonce ne doit contenir aucune mention du fait qu'une épreuve a été faite par ce Conseil ou cet autre ministère public;

c) Dans toute poursuite instituée en exécution du présent paragraphe, le fardeau de la preuve qu'une épreuve appropriée et convenable a été faite repose sur le défendeur.

[61] La modification susmentionnée découlait de l'une des recommandations formulées par la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix en 1935. Les membres de la Commission avaient été chargés de [TRADUCTION] « mener une enquête sur les causes de l'écart important entre les prix obtenus pour les marchandises par leur producteur et le prix payé par les consommateurs à leur égard, et sur le système de distribution au Canada de produits agricoles et d'autres produits naturels, ainsi que de produits manufacturés » (voir Canada, Commission royale d'enquête sur les écarts de prix, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix* (Ottawa : Imprimeur du Roi, 1935), à la page xxvi).

[62] Dans leur rapport de 1935, les membres de la Commission ont formulé les recommandations suivantes :

Nous sommes aussi d'avis que les déclarations sur le rendement, la durée ou l'efficacité des produits se font généralement dans le vague et rarement après des épreuves comparatives. Dans le domaine des médicaments et des drogues, ces déclarations sont sujettes au contrôle de la *Loi des aliments et drogues* et peuvent être laissées à la juridiction du ministère qui l'applique. Semblablement, les déclarations concernant l'efficacité ou le rendement de certains produits employés en agriculture ou en élevage sont sujettes à la juridiction du ministère de l'Agriculture. Sauf dans ces cas, on ne peut guère s'inscrire en faux contre une déclaration au sujet du rendement ou de l'efficacité à moins d'intenter avec succès une action en vertu de l'article ci-dessus du *Code criminel* [la disposition qui interdit la publicité fautive ou trompeuse].

(non souligné dans l'original)

(*Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix*, précité, à la page 267)

[63] La Commission a également fait état des avantages des mesures pour la protection du consommateur :

Il faut se rappeler que les mesures pour la protection du consommateur ne profitent pas qu'à lui, mais qu'elles constituent une sauvegarde pour l'honnête fabricant et le marchand de bonne réputation. La concurrence quant aux prix ne peut s'effectuer avec justice et équité qu'avec des produits de valeur [mot illisible] (« *products of known worth* »). Une grande partie de la réduction pernicieuse serait réprimée si l'acheteur savait à quoi s'en tenir sur le caractère exact du produit ou du service.

(*Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix*, à la page 256).

[64] En 1969, l'article 306 du *Code criminel* a été transféré dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (alinéa 33d). La disposition a été renumérotée au fil des années et, en 1986, le titre de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été remplacé par *Loi sur la concurrence*. La disposition est demeurée une disposition de nature criminelle et est devenue l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*.

[65] Au cours des années 1990, différents groupes ont recommandé l'adoption d'un double régime d'application (civil et pénal) en ce qui concerne la publicité trompeuse.

[66] En 1991, le groupe de travail sur les modifications aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales déloyales a été mis sur pied et chargé d'examiner les propositions visant la modification des dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui concernent la publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales. Le groupe a recommandé l'adoption d'un double régime d'application en ce qui concerne la publicité trompeuse.

[67] En 1995, dans le cadre d'une consultation dirigée par le ministre de l'Industrie, le directeur des enquêtes et recherches a distribué un document de travail sur un ensemble de modifications proposées à la *Loi sur la concurrence*. Les modifications proposées portaient sur la décriminalisation de la publicité trompeuse et des pratiques commerciales déloyales. Selon le document de travail, l'utilisation des poursuites pénales sur une base exclusive pour lutter contre la publicité trompeuse comportait un certain nombre de failles (p. ex., lenteur et manque d'uniformité des décisions). Le directeur a également créé un Comité consultatif chargé de donner son avis sur les modifications proposées.

[68] En 1996, le Comité a publié un rapport dans lequel il a conclu que la publicité trompeuse devrait être examinée dans le cadre de deux régimes juridictionnels : un régime pénal et un régime civil.

[69] En 1999, le législateur a modifié la *Loi sur la concurrence* en ajoutant à celle-ci la partie VII.1, intitulée « Pratiques commerciales trompeuses », créant ainsi un nouveau régime civil à l'égard d'un comportement susceptible d'examen. La disposition pénale énonçant l'exigence relative à la justification a été abrogée et l'article 74.01 a été ajouté à la Loi.

[70] Se fondant sur l'évolution législative de l'alinéa 74.01(1)b), la commissaire fait valoir que cette disposition a pour but de [TRADUCTION] « réparer les préjudices causés à la société par des allégations relatives à certaines caractéristiques de produits dont le fournisseur est au courant et qui ne peuvent être étayées, sauf au moyen d'une preuve de justification antérieure ». Plus précisément, la disposition vise [TRADUCTION] « à protéger les consommateurs, les concurrents et le fonctionnement du marché des préjudices causés par des indications trompeuses qui ne seraient pas nécessairement décelées ou contestées en l'absence de l'exigence relative à la justification ».

[71] Dans ses observations écrites, la commissaire s'attaque particulièrement aux préjudices découlant de l'information asymétrique, soit le problème auquel s'exposent les consommateurs qui n'ont aucun renseignement au sujet des produits qu'ils pourraient être tentés d'acheter. En revanche, les vendeurs sont réputés être très renseignés au sujet des caractéristiques des produits.

[72] Ce problème a été expliqué de façon détaillée dans l'affidavit du D^r Corts, professeur agrégé en économie de l'entreprise à la Rotman School of Management de l'Université de Toronto. Le D^r Corts a obtenu son doctorat en économie de l'université Princeton en 1994. Il a enseigné et fait des recherches principalement dans le domaine de l'organisation industrielle, qui comprend l'étude de la demande des consommateurs, de la concurrence, de l'organisation des entreprises et des fondements économiques de la politique de la concurrence.

[73] Les défenderesses s'opposent à la reconnaissance du D^r Corts en qualité d'expert, parce que son domaine de compétence réside dans l'organisation industrielle plutôt que dans un aspect lié à la commercialisation ou à la publicité trompeuse. Après avoir lu le rapport du D^r Corts et le contre-interrogatoire s'y rapportant, je suis d'avis qu'il a présenté une preuve claire, solide et logique. De plus, aucun élément de preuve ne réfute la preuve du D^r Corts. Je suis donc d'avis que son témoignage est suffisamment probant pour expliquer l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* dont il est question en l'espèce.

[74] La commissaire a résumé de façon précise les éléments essentiels de l'opinion du D^r Corts :

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui concernent la publicité trompeuse visent à contrer ce qui est appelé le problème de l'« information asymétrique », qui découle du fait que les vendeurs sont censés être beaucoup mieux informés que les consommateurs au sujet des caractéristiques de leur produit. Dans une économie de marché qui fonctionne bien, les consommateurs fondent leurs décisions en matière d'achat sur la connaissance qu'ils ont des qualités et des prix des produits offerts par différentes entreprises. À l'aide de ces renseignements, ils font des compromis pour prendre une décision optimale. Un consommateur sera peut-être disposé à payer un prix inférieur pour un produit de moindre qualité, tandis qu'un autre acceptera de payer davantage pour un produit de meilleure qualité. L'un et l'autre obtiendront ce qu'ils percevront comme le résultat idéal. Cette situation incite les entreprises à créer de la qualité et de la variété sur le marché, en fabriquant des produits de meilleure qualité pour lesquels un prix plus élevé peut être exigé, et des produits de moindre qualité pouvant être vendus à un prix inférieur. À long terme, cette tendance favorise l'innovation dans l'économie en incitant les fabricants à améliorer la qualité de leurs produits.

[75] Les défenderesses ne sont pas d'accord avec la description que la commissaire a donnée des objectifs de la disposition contestée. À leur avis, la seule justification de l'alinéa 74.01(1)b)

[TRADUCTION] « est liée à l'objectif d'empêcher les entreprises de donner des indications fausses et trompeuses ». Selon les défenderesses, l'historique législatif montre que l'objet de l'alinéa 74.01(1)*b*) concerne « des indications fausses, mais non vérifiées à l'égard des produits ».

[76] Je ne suis pas d'accord avec les défenderesses. Tel qu'il est expliqué plus haut, il est crucial, aux fins de l'analyse fondée sur l'article premier, de ne pas surestimer l'objet de la disposition. Je conviens que, 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.

[78] Dans *R. c. 671135 Ontario Ltd.*, 55 C.P.R. (3^e) 204, le juge MacKinnon a examiné la constitutionnalité d'une version antérieure de l'alinéa 74.01(1)*b*) et a également reconnu l'importance d'établir [TRADUCTION] « un juste équilibre des pouvoirs entre les concurrents et les consommateurs ».

[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.

(2) L'objectif est-il urgent et réel?

[81] Les défenderesses admettent que la prévention de la publicité trompeuse constitue un objectif urgent et réel. Elles font toutefois valoir que la commissaire n'a pas réussi à prouver que les mesures visant à empêcher les indications qui sont simplement des indications non vérifiées, qu'elles soient véridiques ou non, répondent à un objectif urgent et réel.

[82] Dans son affidavit, le D^r Cortis explique l'importance de l'objectif qui consiste à protéger les consommateurs des indications hypothétiques, même si ces indications sont avérées plus tard. Dans son rapport, il s'attarde à la théorie des « citrons » (aux paragraphes 19 et 20) :

[TRADUCTION] Supposons plutôt que les consommateurs sont plus sceptiques, parce qu'ils comprennent sans doute la tentation pour une entreprise de formuler de fausses déclarations sur le rendement, tel qu'il est mentionné plus haut. Cette situation mène à un problème appelé « sélection adverse » ou « théorie des citrons ». Lorsque les consommateurs ne sont pas en mesure de faire la distinction entre les entreprises dont les produits sont de bonne qualité et celles dont les produits sont de moindre qualité; en d'autres termes, si le produit en cause comporte au moins quelques-unes des caractéristiques des produits déjà utilisés ou dignes de confiance, ils doivent se méfier des déclarations de toutes les entreprises, même s'ils savent que quelques-unes d'entre elles (mais non lesquelles) sont vraies. En conséquence, les consommateurs évaluent la mesure dans laquelle ils sont disposés à acheter les marchandises des deux entreprises en fonction d'une moyenne pondérée de leur désir de payer pour chaque type de produit. Encore là, la demande pour le produit de grande qualité chute comparativement aux situations où le consommateur est bien informé (ou aux situations qui ne comportent aucune fausse indication sur le rendement, ce qui revient au même), et la demande pour le produit de faible qualité augmente.

[...]

Indépendamment de la question de savoir si les consommateurs croient les fausses déclarations (l'effet direct susmentionné) ou s'ils se méfient de toutes les déclarations concernant le rendement, sachant que quelques-unes sont fausses (la théorie des « citrons »), le résultat est essentiellement le même : les entreprises sont exposées à une baisse de la demande pour les produits de qualité comparativement aux situations où les consommateurs sont bien informés. À long terme, cette situation engendre d'autres conséquences au fur et à mesure que d'autres entreprises songent à entrer sur le marché ou que des entreprises existantes songent à en sortir. Étant donné que l'entreprise qui offre un produit de qualité touche un prix inférieur à celui qu'elle obtiendrait si le consommateur était bien informé et qu'il est probable qu'elle engage également des coûts de production plus élevés, il se peut qu'elle ne soit pas en mesure de couvrir ses frais en raison de cette asymétrie de l'information. À long terme, cette entreprise sera contrainte de quitter le marché, entraînant avec elle la disparition de produits de qualité sur le marché.

[83] À mon avis, l'on peut dire de l'attention que prête le législateur au préjudice découlant d'indications sans fondement quant au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile, qu'elle est suffisamment importante. La nécessité de protéger les consommateurs d'indications fondées sur des épreuves insuffisantes ou inappropriées afin de promouvoir le produit auprès de l'acheteur éventuel constitue un besoin important.

[84] Les défenderesses soutiennent que la disposition n'est pas justifiée, parce que la vérité ne constitue pas un moyen de défense. En plus de ce qui a été mentionné plus haut au sujet d'un objectif urgent et réel, l'argument des défenderesses à cet égard est mince et très hypothétique. Les défenderesses supposent une situation où l'absence d'épreuve ou de fondement dans l'établissement des indications quant au rendement n'empêcherait pas l'atteinte des résultats.

[85] En toute déférence, c'est là un résultat qui n'est pas réaliste et qui est le fruit d'un heureux hasard. Il est difficile d'envisager une situation où l'efficacité/le rendement promis correspondraient en tous points à la réalité en l'absence d'un fondement objectif.

[86] La vérité constitue une réponse lorsque le rendement correspond à la promesse malgré les lacunes alléguées d'un régime d'épreuve. Si le produit fonctionne de la manière promise, l'épreuve doit avoir été suffisante.

(3) Lien rationnel

[87] La prochaine étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Oakes* consiste à examiner le caractère proportionnel de la mesure. La question est de savoir s'il existe un lien rationnel entre la mesure et l'objectif.

[88] Il est évident qu'un lien rationnel existe entre les mesures édictées à l'alinéa 74.01(1)*b*) et l'objectif de cette disposition. À cet égard, je suis d'accord pour l'essentiel avec l'analyse du D^r Corts.

(4) Atteinte minimale

[89] L'étape suivante de l'analyse consiste à se demander si la loi ne porte atteinte que de façon minime au droit à la liberté d'expression. La disposition législative contestée ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour satisfaire à l'objectif souhaité.

[90] Dans la décision *Sears* susmentionnée, le Tribunal a cité l'arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, où la Cour suprême du Canada a souligné qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser l'objectif :

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

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

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

[91] Les défenderesses soutiennent que l'alinéa 74.01(1)*b*) ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale pour deux raisons. D'abord, il proscriit des communications plus étendues que celles qu'il vise à empêcher, puisqu'il interdit toutes les indications commerciales non vérifiées, y compris celles qui sont vraies. Ensuite, la commissaire n'a pas établi qu'il n'est pas raisonnablement possible de réaliser l'objectif visé, soit la diminution de la publicité trompeuse, par des moyens qui portent moins atteinte aux droits, comme l'interdiction relative aux indications fausses qui est énoncée à l'alinéa 74.01(1)*b*).

[92] Afin d'évaluer correctement les arguments des défenderesses, il faut se reporter aux objectifs que vise l'alinéa 74.01(1)*b*). Compte parmi ces objectifs celui de protéger les consommateurs des indications sans fondement au sujet du rendement, de l'efficacité ou de la durée utile du produit lorsque ces indications ne s'appuient pas sur des épreuves suffisantes et appropriées; en d'autres termes, l'objectif consiste à remédier au problème que représentent les indications hypothétiques ou irresponsables, soit les indications faites sans égard à leur véracité.

[93] À mon avis, exiger également que les indications hypothétiques soient également fausses ne permettrait pas d'atteindre l'objectif souhaité. L'objectif vise le préjudice causé par des indications hypothétiques. C'est aussi la raison pour laquelle j'estime qu'il n'est pas raisonnablement possible de réaliser l'objectif de la disposition législative contestée par des moyens qui portent moins atteinte aux droits, comme l'interdiction relative aux indications fausses qui est énoncée à l'alinéa 74.01(1)*a*). À mon sens, à la base de leurs arguments, les défenderesses ont supposé que l'alinéa 74.01(1)*b*) vise un seul objectif précis, alors que tel n'est pas le cas. Étant donné que la disposition législative contestée peut viser un objectif différent, les arguments des défenderesses ne peuvent être retenus.

[94] Je conclus donc que l'alinéa 74.01(1)*b*) se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables.

(5) Effets bénéfiques et préjudiciables

[95] La dernière étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Oakes* consiste à se demander si les effets bénéfiques de la restriction sont plus importants que ses effets préjudiciables.

[96] Les effets bénéfiques de l'alinéa 74.01(1)*b*) sont évidents. Ils sont décrits comme suit au paragraphe 51 du rapport du D^r Corts :

[TRADUCTION] La réduction des indications fausses au moyen d'une exigence de justification se traduit par une amélioration du fonctionnement du marché. Elle permet en effet d'améliorer la qualité des renseignements fournis aux consommateurs dans les marchés où ceux-ci peuvent avoir parfois du mal à évaluer la qualité du produit avant l'achat, de sorte qu'ils sont plus en mesure de faire un choix éclairé et de maximiser leur bien-être. Elle uniformise également les règles du jeu pour les concurrents et fait en sorte que les entreprises qui ne font pas de fausses indications ne soient pas punies pour leur honnêteté par suite d'une réduction de la demande. Enfin, en veillant à ce que les entreprises soient bien récompensées lorsqu'elles améliorent la qualité de leurs produits, elle incite celles-ci à offrir des produits de grande qualité et à rechercher l'innovation.

[97] Les effets préjudiciables de l'alinéa 74.01(1)*b*) sont minimes. La disposition limite les indications concernant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit lorsqu'elles ne se

fondent pas sur des épreuves suffisantes et appropriées. Le D^r Corts a également conclu dans son rapport qu'il y a peu de chances que la disposition nuise aux vendeurs de produits de qualité ou qu'elle freine l'innovation.

[98] En conséquence, les effets bénéfiques de la disposition législative l'emportent sur ses effets préjudiciables.

(6) Conclusion

[99] Au moment d'évaluer ces points d'analyse, il importe encore là de tenir compte de la nature de toute restriction. Le législateur vise à restreindre non pas des expressions d'idées, de principes, de politiques et ainsi de suite, mais plutôt des promesses de rendement et d'efficacité sans fondement qui, en plus d'être nuisibles en soi, peuvent causer des préjudices corporels graves si elles sont inexactes. La valeur accordée aux indications relatives au rendement d'un produit en ce qui a trait à des événements aussi dangereux que les feux de cheminée souligne l'importance de veiller à ce que les consommateurs disposent de renseignements appropriés et fiables.

[100] Je conclus donc que l'alinéa 74.01(1)*b*) constitue une limite raisonnable aux droits garantis par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. En conséquence, la demande des défenderesses en vue d'obtenir une conclusion portant que la disposition est inopérante sera rejetée.

VII. LES TÉMOINS PRÉSENTÉS PAR CHAQUE PARTIE

[101] Avant d'examiner la teneur des allégations formulées par la commissaire, il convient de donner une brève description des personnes qui ont témoigné devant le Tribunal.

A. Les témoins ordinaires

[102] Les parties ont convenu de présenter leur preuve principale provenant des témoins ordinaires au moyen de déclarations plutôt que de témoignages de vive voix.

[103] M. Kevin McCollum a comparu pour le compte de la commissaire. Il travaille comme agent du droit de la concurrence au Bureau de la concurrence à Halifax. Dans sa déclaration, il décrit en détail l'enquête que le Bureau a menée.

[104] Les défenderesses ont produit les déclarations rédigées par MM. Abraham Kelly et James Simmons.

[105] M. Simmons est le directeur principal de la recherche et du développement pour l'Imperial Manufacturing Group. Il a décrit les produits en litige ainsi que les épreuves effectuées par les défenderesses.

[106] M. Kelly a expliqué dans sa déclaration les mesures qu'il avait prises avant de lancer sur le marché le Traitement, le Nettoyeur et le Soot Remover. Il a également expliqué le rôle qu'il a

joué lors de la négociation par Imperial Brush de l'achat de Kel Kem auprès de ceux qui en étaient les propriétaires en 2002-2003. Bien qu'une certaine confusion existe entre le témoignage de M. Kelly et celui de M. Simmons au sujet de la date exacte de la vente, cette question n'a pas vraiment d'importance. Aux paragraphes 32 à 54 de sa déclaration, M. Kelly décrit les différents tests effectués à l'égard des produits des défenderesses.

[107] La déclaration initiale de M. Kelly comporte des observations d'autres personnes au sujet de l'efficacité des produits des défenderesses. À l'audience, la commissaire s'est opposée à ces déclarations au motif qu'elles constituent du oui-dire. Pour les raisons que le Tribunal a alors exposées, les observations ont été radiées à titre de preuve par oui-dire qu'il n'était pas possible de vérifier et les défenderesses ont produit une déclaration révisée.

B. Les témoins experts

[108] Trois personnes ont témoigné en qualité d'experts devant le Tribunal, soit deux pour le compte de la commissaire et un pour le compte des défenderesses.

[109] Les experts de la commissaire étaient le D^f Michael Pegg et Paul Stegmeir. Le D^f Pegg est professeur de génie chimique et chef du département du génie des procédés opérationnels et des sciences appliquées à l'Université Dalhousie. Les défenderesses ont reconnu que le D^f Pegg avait la compétence voulue pour témoigner en qualité d'expert sur la combustion du bois, les essais relatifs à la combustion du bois, le génie chimique et la méthodologie inhérente aux essais scientifiques.

[110] M. Stegmeir travaille comme consultant dans le domaine de l'énergie résidentielle et de la sécurité-incendie, et s'intéresse à des questions comme le chauffage, les âtres et cheminées, la qualité de l'air intérieur et les codes et normes connexes. Les défenderesses ont fait valoir que M. Stegmeir n'était pas compétent pour témoigner en qualité d'expert sur la méthodologie scientifique. Après avoir entendu l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de M. Stegmeir, j'en suis arrivé à la conclusion que, sous réserve d'une mise en garde mineure, il était compétent pour témoigner en qualité d'expert sur les questions suivantes : (i) la conception des poêles à bois et la technologie de la combustion; (ii) la sécurité-incendie, le comportement du feu ainsi que l'origine et la cause des incendies; (iii) la science du bâtiment et les bâtiments écoénergétiques; (iv) les codes et normes applicables aux âtres de cheminée et (v) la méthodologie scientifique.

[111] Le témoin expert des défenderesses était George Jenkins, chercheur pour le Wood Science and Technology Centre de l'Université du Nouveau-Brunswick. Le Tribunal a conclu que M. Jenkins était un expert dûment qualifié pour donner son opinion sur la méthodologie de recherche et d'essai, le développement et les essais de produits et la combustion du bois.

[112] Or, les approches préconisées par le D^f Pegg et M. Jenkins quant aux essais étaient divergentes. Même si ces deux experts étaient crédibles et qu'ils ont témoigné de façon honnête, lorsque leurs opinions ne concordaient pas, j'ai généralement préféré celle du D^f Pegg.

[113] Le D^r Pegg était plus renseigné et connaissait mieux la théorie des essais ainsi que les méthodologies et les résultats possibles connexes. Il s'est montré plus neutre, précis et logique dans son approche.

[114] M. Jenkins a semblé envisager la question des essais comme s'il s'agissait de savoir s'il existe suffisamment de résultats pour lancer le produit sur le marché ou pour s'orienter vers le développement de produits. À cet égard, son approche était pratique, pragmatique et axée sur les affaires, mais elle mettait davantage l'accent sur le résultat du point de vue commercial que sur le caractère suffisant de l'épreuve.

VIII. ANALYSE

A. *Épreuve suffisante et appropriée*

[115] La commissaire fait valoir qu'une « épreuve suffisante et appropriée » doit respecter les conditions suivantes :

- (i) l'épreuve doit être effectuée avant que les indications soient données;
- (ii) l'épreuve doit être effectuée dans des conditions qui simulent les conditions « réelles » dans lesquelles le produit sera utilisé;
- (iii) lorsque le produit est appelé à être utilisé dans des conditions variées, un nombre important d'épreuves devraient être effectuées dans ces différentes conditions;
- (iv) il convient de répéter l'épreuve de sorte que les résultats ne sont pas le simple fruit du hasard;
- (v) la méthode utilisée pour les épreuves devrait être adaptée aux circonstances de chaque espèce, selon l'objet de l'épreuve et le degré de minutie nécessaire;
- (vi) dans la mesure du possible, la subjectivité doit être éliminée lors de l'épreuve.

[116] Dans ce contexte, la commissaire a soutenu qu'il n'était pas nécessaire de prouver que les utilisateurs des produits étaient touchés par les indications ou que des plaintes avaient été formulées.

[117] Le D^r Pegg a témoigné pour le compte de la commissaire. Au paragraphe 11 de son affidavit, il expose la façon dont il conçoit une épreuve suffisante et appropriée :

[TRADUCTION] [...] une « épreuve suffisante et appropriée » vise à s'assurer que les effets mesurés sont imputables à une variable (ou à un regroupement de variables sans dimension) et ne sont pas influencés par d'autres variables. De plus, l'épreuve doit pouvoir être reproduite et doit être effectuée en nombre suffisant pour s'assurer que les résultats ont une signification statistique. Lors de toute évaluation, une analyse d'erreur appropriée doit être prise en compte.

[118] Le D^r Pegg a ajouté que la méthodologie et les données doivent être étayées de façon que la démarche puisse faire l'objet d'un examen par les pairs. Cette méthodologie est compatible avec celle qui est utilisée dans les centres d'essai et les universités.

[119] En contre-interrogatoire, le D^r Pegg a admis que l'objet de ces critères est de veiller à ce que les résultats puissent être exprimés avec certitude. Il a aussi admis que son concept d'une épreuve suffisante et appropriée est fondé sur le type de rigueur qu'il exige habituellement lorsqu'il travaille en recherche avec des étudiants de troisième cycle ou qu'il mène des recherches semblables à celles qu'il a effectuées sous contrat dans le passé.

[120] Pour leur part, les défenderesses font valoir que, dans son sens ordinaire, l'expression « *adequate and proper* » en anglais (« épreuve suffisante et appropriée ») s'entend d'une norme du caractère raisonnable mesurée à l'aide des pratiques commerciales raisonnables, et non d'une norme de perfection. Elles soulignent que le texte français de l'alinéa 74.01(1)*b*) (« épreuve suffisante et appropriée ») tend à indiquer une norme du caractère raisonnable.

[121] De l'avis des défenderesses, un avis ou argument contraire ou des résultats de tiers qui ne concordent pas avec les leurs ne signifient pas automatiquement que l'épreuve ne sera pas « suffisante et appropriée ». Citant la décision que la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rendue dans *R. c. Big Mac Investments Ltd.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 39, elles affirment qu'il n'est pas nécessaire qu'une épreuve suffisante et appropriée soit scientifique de nature.

[122] Je conviens que la réponse à la question de savoir si une épreuve donnée est « suffisante et appropriée » dépendra de la nature de l'indication faite et du sens ou de l'impression qui s'en dégage. Il n'est pas nécessaire que la méthode soit scientifique ou que les résultats soient établis avec certitude. Les tribunaux ont généralement interprété le mot « approprié » (« *proper* ») comme un mot signifiant qui a la capacité, qui est apte, qui convient ou qui est dicté par les circonstances (voir *Blatchford (Litigation guardian of) c. Gardiner*, [1999] O.J. n^o 3748, *Pandolfo Management Services Ltd. c. Grasslands Feeders Ltd.*, [1993] S.J. n^o 189).

[123] Les circonstances de l'espèce démontrent que le produit est destiné à être utilisé pour atténuer jusqu'à un certain point le risque lié aux feux de cheminée. L'épreuve doit être suffisante et appropriée, compte tenu de la situation dans laquelle le produit sera utilisé, ce qui appelle une norme élevée d'analyse et de vérification.

[124] Je suis également d'avis qu'il n'est pas nécessaire que les tests soient aussi rigoureux et astreignants que ce qu'exigent les normes relatives à la publication de travaux dans des revues scientifiques, mais l'épreuve devrait clairement démontrer que [TRADUCTION] « le résultat allégué n'est pas le fruit du simple hasard ni n'est un résultat ponctuel » (voir *R. c. Alpine Plant Foods Ltd.*, (11 juin 1981)(C. prov. Ont.).

[125] Dans les affaires antérieures où la disposition remplacée par l'alinéa 74.01(1)*b*) a été examinée, les tribunaux ont statué de façon constante que les épreuves suffisantes et appropriées doivent être effectuées avant que les indications ne soient données (voir *R. c. Batt*, [1980] 53 C.P.R. (2d) 152, *R. c. Kachuk* (1973), 12 C.P.R. (2d) 45, et *R. c. Big Mac Investments Ltd.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 39). Tel semble être l'objet évident de la disposition législative.

[126] De plus, tout élément subjectif devrait être éliminé dans la mesure du possible. J'ajoute que l'alinéa 74.01(1)b) n'exige pas que l'épreuve relative au produit soit précédée d'une plainte d'un consommateur.

[127] Il est essentiel que cette épreuve établisse que le produit (en l'occurrence, les produits chimiques) provoque la réaction alléguée (et que celle-ci ne découle pas d'un autre facteur comme la chaleur élevée) et que l'effet (élimination de la créosote) est important.

[128] En résumé, dans la présente affaire, je conclus qu'une épreuve « suffisante et appropriée » :

- i. dépend de l'indication donnée, telle qu'elle est comprise par une personne ordinaire;
- ii. doit traduire le risque ou le préjudice que le produit vise à empêcher ou à atténuer;
- iii. doit être effectuée dans des circonstances contrôlées ou dans des conditions qui excluent des variables externes ou qui tiennent compte de ces variables d'une façon mesurable;
- iv. est effectuée sur plusieurs échantillons indépendants dans la mesure du possible (les essais destructifs pouvant être une exception);
- v. donne lieu à des résultats qui, sans avoir à satisfaire à un critère de certitude, doivent être raisonnables, compte tenu de la nature du préjudice en cause, et établir que c'est le produit lui-même qui provoque de manière importante l'effet voulu;
- vi. doit être effectuée indépendamment de la taille de l'organisation du vendeur ou du volume de ventes prévu.

La liste qui précède ne se veut pas une liste exhaustive des facteurs à prendre en compte pour décider si une épreuve est « suffisante et appropriée ».

B. Les arguments des parties

[129] La commissaire soutient que les défenderesses auraient dû suivre la méthode scientifique en l'espèce, en raison de la nature des produits, de la nature des indications relatives au rendement et des procédés complexes en jeu. Se fondant sur la preuve présentée devant le Tribunal, elle soutient que bon nombre de facteurs peuvent toucher la diminution et l'accumulation de la créosote.

[130] Ainsi, dans son affidavit et au cours de son témoignage, le D^r Pegg a décrit le processus de combustion du bois et souligné que la nature et le taux de formation des dépôts sur la surface intérieure du conduit de cheminée dépendent de nombreux facteurs, dont le type de surface et la température de celle-ci, la température, la vitesse et la nature des gaz de combustion. Compte tenu de la nature complexe du processus de combustion du bois, le D^r Pegg a souligné qu'il était nécessaire d'utiliser la méthode scientifique pour tester les produits. [TRADUCTION] « Autrement, vous ne savez pas si vous avez simplement brûlé la créosote en maintenant une température élevée ou en assurant une concentration assez élevée d'oxygène dans le conduit de cheminée, si cela a eu un impact majeur ».

[131] Les défenderesses ne sont pas d'accord. Leur expert, M. Jenkins, a déclaré qu'il est important de tester les produits [TRADUCTION] « d'une façon qui se rapproche le plus possible de la manière dont ils seront utilisés ». Il a admis que, d'un point de vue scientifique, il faut reconnaître qu'il n'est jamais tout à fait possible de reproduire parfaitement ce qui se produira dans la réalité. Cependant, il a ajouté que [TRADUCTION] « l'utilisation d'un poêle témoin qui est traité exactement de la même façon et au même moment par les mêmes personnes, à l'aide de la même méthode, vous permet de croire que les résultats de vos tests sont valides ».

[132] M. Jenkins a également souligné que la méthode scientifique va bien au-delà de la rigueur qui s'appliquerait à toute procédure couramment utilisée lors des essais industriels. Dans son laboratoire, ils ne sont pas encore tenus d'avoir en place des procédures parfaitement au point qui permettent de décrire avec précision l'incertitude entourant leurs évaluations. Contrairement à ce qu'a dit le D^r Pegg, il ne croit pas qu'il soit nécessaire de répéter un essai un certain nombre de fois pour que l'analyse statistique démontre que les résultats sont cohérents. Selon M. Jenkins, il n'est nécessaire de répéter une épreuve que lorsque la question posée est restée sans réponse la première fois. Il nie également la nécessité de procéder à une analyse d'erreur.

C. *Analyse*

[133] Les parties conviennent que différents facteurs touchent l'accumulation et la réduction de la créosote.

[134] L'expert de la commissaire, M. Stegmeir, a énuméré quelques-uns des facteurs dans son affidavit :

[TRADUCTION]

- 18) La combustion à température élevée est efficace pour restreindre ou réduire la créosote. Il est reconnu depuis longtemps que des feux fréquents à des températures élevées ou des feux occasionnels à de basses températures permettent de restreindre ou d'éliminer la créosote.
- 19) Les matériaux et la configuration du raccord et du système de cheminée auront également un impact.
- 20) Il est plus difficile d'empêcher la formation de créosote dans les grandes cheminées surdimensionnées, qui sont plus vulnérables à cet égard et moins faciles d'accès.
- 21) Les matériaux comme l'acier doux ou l'acier inoxydable peuvent se réchauffer plus rapidement et créer un mouvement mécanique de dilatation et de contraction, provoquant souvent l'élimination de la créosote quand elle sèche et se modifie sous l'effet d'une chaleur plus intense.
- 22) L'isolant thermique des raccords et des conduits d'évacuation peut aussi avoir certains effets sur la créosote. Les raccords à double parois et les systèmes de cheminée préfabriqués, isolés thermiquement pour tous les combustibles, s'échauffent plus rapidement et se maintiennent à des températures supérieures au point de condensation, plus longtemps que les raccords à simple paroi et les cheminées à refroidissement par air.

- 23) Plus le système de cheminée est long, plus il est difficile à nettoyer et à entretenir.
- 24) La forme et la surface des cheminées de maçonnerie auront aussi certains effets. Les chemisages ronds favorisent moins l'accumulation de créosote que les chemisages carrés ou rectangulaires, ils se chauffent plus facilement contribuant ainsi à la modification et à l'élimination de la créosote. Les chemisages vitreux lisses sont plus pratiques que les gorges de cheminée, les systèmes de cheminée en brique ou les systèmes de chemisage avec des parties en maçonnerie.
- 25) Le type d'appareil aura également un impact. Les foyers ouverts traditionnels se prêtent moins à la formation de créosote. Les poêles à haute efficacité, certifiés sur le plan de la propreté par l'EPA, et lesquels se prêtent moins par définition à la formation de créosote, permettent d'atteindre une température de combustion plus élevée.
- 26) La taille d'une cheminée, ainsi que les matériaux utilisés pour son installation, est importante pour les appareils spécialisés comme les foyers encastrables. Si on n'utilise pas un chemisage de taille appropriée, on aura plus probablement la formation de créosote.
- 27) Le type et la condition du combustible peuvent aussi avoir un impact. Le bois bien séché brûle toujours mieux que le bois humide. Le bois conditionné à la température ambiante brûlera mieux. La taille des morceaux de bois aura un impact sur les conditions de combustion, les gros morceaux brûleront à des températures plus basses. Les morceaux de bois très secs ou très petits se volatiliseront très rapidement, nécessitant souvent une modification du réglage du tirage pour éviter une surchauffe ou des feux incontrôlables.
- 28) Dans un poêle hermétique, une diminution excessive d'arrivée de l'air limitera la quantité d'oxygène nécessaire à la combustion et pourrait générer un excès de fumée. Plus il y a de fumée et plus la formation de créosote est importante.
- 29) Les dépôts formés dans le système de ventilation dépendront de la configuration, des matériaux et de l'état de celui-ci, tel qu'il est mentionné plus haut.

[135] Les témoins des défenderesses ont admis que différents facteurs peuvent exercer une influence sur l'accumulation et la réduction de la créosote.

[136] Dans la déclaration qu'il a déposée en preuve, M. Kelly a écrit que [TRADUCTION] « les grands facteurs ayant une influence sur le degré et la quantité de créosote accumulée dans la cheminée sont les suivants : a) la quantité de fumée, b) la température du feu et c) le réglage de l'entrée d'air dans le foyer ou le poêle à bois ». M. Kelly a admis en contre-interrogatoire que d'autres facteurs peuvent aussi avoir une influence sur le degré et la quantité de dépôts de créosote accumulés dans une cheminée.

[137] En ce qui concerne les facteurs touchant la réduction de la créosote, M. Kelly a admis que des températures élevées pouvaient réduire la formation de créosote :

[TRADUCTION] M. S. LILKOFF : En ce qui a trait à la possibilité de réduire la créosote sans utiliser des produits chimiques, simplement en faisant brûler le bois naturellement, que pouvez-vous nous dire à ce sujet? Par exemple, un feu d'une température élevée permettra-t-il à lui seul de réduire la créosote?

M. A. KELLY : Si la température est suffisamment élevée, c'est effectivement ainsi que procèdent la plupart des gens qui ont l'habitude de chauffer au bois chez eux. Ils le font une fois par jour, une fois par semaine. Quant à la réduction de créosote grâce à des températures élevées, je dirais que c'est l'inverse. Une température très élevée qui atteint le point de combustion des matières carboniques est l'un des nombreux facteurs qui peuvent effectivement permettre de réduire la créosote accumulée dans la cheminée.

[138] M. Simmons a formulé des commentaires similaires en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

M. R. NASSRALLAH : Vous seriez donc d'accord pour dire que, simplement en faisant brûler du bois normal, vous pouvez obtenir une bonne diminution de la créosote?

M. J. SIMMONS : Oui.

M. R. NASSRALLAH : Environ 80 p. 100?

M. J. SIMMONS : Je ne donnerai pas de pourcentages, mais je suis d'accord avec vous.

[...]

M. R. NASSRALLAH : [...] convenez-vous également avec moi que des températures très élevées permettent de réduire la créosote?

M. J. SIMMONS : Oui.

[139] Je reconnais que la température de combustion est un aspect critique du processus de formation et d'élimination de la créosote. Une combustion à basse température peut entraîner la formation de créosote. Il est également possible d'éliminer la créosote, soit les résidus non brûlés d'un feu, en les faisant brûler à une température élevée. Il était essentiel dans la présente affaire de pouvoir faire la distinction entre l'élimination de la créosote par un feu à température élevée et l'élimination de la créosote à l'aide du produit donné. Les produits des défenderesses renvoient à la combustion à une température élevée, mais ce ne peut être la forte chaleur plutôt que les produits chimiques qui entraîne la réduction ou l'élimination de la créosote.

[140] Les défenderesses décrivent leurs produits comme des produits qui réduisent la créosote ou ralentissent la formation de créosote. La preuve établit que les véritables dangers de la créosote résident dans le fait qu'elle peut provoquer des feux de cheminée, lesquels peuvent entraîner à leur tour des incendies de maisons et d'autres structures.

[141] Tel qu'il est mentionné plus haut, compte tenu de ce qui précède, les défenderesses devaient effectuer leur épreuve dans des conditions précises de façon à ce que les variables externes touchant les résultats puissent être exclues. Si les défenderesses ont employé une méthode fondée sur des comparaisons, l'utilisation et le comportement des appareils comparés auraient dû être identiques dans la mesure du possible.

[142] Dans ce contexte, la question centrale qui se pose est de savoir si les indications des défenderesses se fondent sur « des épreuves suffisantes et appropriées ».

IX. LES PRODUITS ET LES INDICATIONS – ÉPREUVE SUFFISANTE ET APPROPRIÉE

[143] Par souci de commodité, j'ai répété quelques-uns des renseignements décrits à la section III, en mettant toutefois l'accent sur la question de l'« épreuve suffisante et appropriée ».

A. *La Bûche nettoyante pour cheminée Supersweep*

[144] Tel qu'il est mentionné plus haut, la bûche Supersweep est composée de matière ligneuse feuillue comprimée à laquelle on a ajouté 75 grammes de Kel Kem Powdered Soot Remover pendant la fabrication. Il s'agit d'un produit qui a la forme d'une bûche et qui est emballée de la même façon qu'une bûche. Les défenderesses considèrent donc la bûche Supersweep comme un [TRADUCTION] « moyen de distribution du Kel Kem Powdered Soot Remover ». Le Soot Remover se compose de sulfate de cuivre (4 p. 100), de chlorure de sodium (89 p. 100), de poussière de zinc (1 p. 100) et de roche calcaire (6 p. 100). La bûche est destinée à être utilisée de façon occasionnelle.

[145] Le principal ingrédient du Soot Remover est le sel. La preuve révèle que, dans certaines parties du pays, les gens saupoudraient du sel sur le feu dans l'espoir que le sel éliminerait la créosote. Cependant, non seulement cette pratique a-t-elle une utilité douteuse, mais il appert qu'elle favorise la formation de rouille dans les poêles.

[146] Voici le texte des instructions figurant sur l'emballage de la bûche Supersweep :

Pour obtenir le maximum d'effet de la bûche nettoyante pour cheminée Supersweep, utilisez-la sur un feu CHAUD. Suivez les instructions indiquées ci-dessous ou comprises dans l'emballage.

1. Ouvrez COMPLÈTEMENT la clé de tirage du foyer ou du poêle.
2. Allumez un feu comme d'habitude. Attendez que le feu soit chaud!
3. Placez une bûche Supersweep sur le feu chaud.
4. Fermez les portes du poêle ou du foyer, ainsi que les pare-étincelles. Gardez la prise d'air ouverte et maintenez la température élevée.

REMARQUE : Il faut que le tuyau de la cheminée atteigne une température élevée (minimum 180 °C ou 350 °F) pour que la bûche nettoyante pour cheminée Supersweep développe sa pleine capacité.

[147] Selon les indications figurant sur l'emballage, la bûche « aide à éliminer la CRÉOSOTE DANGEREUSE dans votre cheminée » et « AIDE À PRÉVENIR LES FEUX DE CHEMINÉE ». L'emballage comporte également la mention suivante :

La bûche nettoyante pour cheminée Supersweep est un excellent moyen de nettoyer une cheminée, mais elle ne remplace pas l'inspection faite par un professionnel qualifié ni le nettoyage essentiel pour enlever les cendres et les dépôts de créosote.

[148] Les indications suivantes figurent sur l'emballage, sous la rubrique « Fonctionnement » :

1. La bûche nettoyante pour cheminée Supersweep contient des catalyseurs de combustion en poudre qui développent toute leur efficacité à température élevée (minimum 180 °C ou 350 °F).
2. Utilisée correctement, elle abaisse, de jusqu'à 250 °C ou 500 °F, le point de combustion de la créosote et de la suie qui se déposent dans le tuyau de la cheminée.
3. Ainsi, la créosote et les dépôts de suie se consomment en une fine poudre, laquelle retombe dans le poêle ou dans le foyer où elle est dissipée par le feu.
4. En faisant fonctionner le poêle ou le foyer régulièrement au cours des sept jours suivants, la créosote et les dépôts de suie continueront d'être brûlés.
5. Elle peut aussi aider à ramollir et à défaire les dépôts de créosote durcis, calcaires ou vitrifiés, lesquels sont difficiles, voire impossibles, à déloger avec une brosse à cheminée.

(1) Indications

[149] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des preuves suffisantes et appropriées :

1. Bûche nettoyante pour cheminée (« *Chimney Cleaning Log* ») (le nom du produit lui-même);
2. « aide à prévenir les feux de cheminée »;
3. « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée »;
4. les images qui figurent sur l'emballage et qui appuient ou illustrent les indications susmentionnées.

(2) La preuve des défenderesses

[150] Les défenderesses font valoir que les indications se fondent sur des preuves suffisantes et appropriées; elles invoquent à cet égard les éléments suivants :

- (i) la déclaration de M. Kelly au sujet de l'utilisation du Powdered Soot Remover;
- (ii) l'absence de preuve concernant l'insatisfaction des consommateurs. Selon les défenderesses, il est peu probable que les consommateurs ne se rendraient pas compte que le produit ne contribue pas à réduire la créosote si tel était le cas – le fait que le produit est vendu sur le marché depuis plus de vingt ans parle de lui-même;
- (iii) les bulletins 360 et 404 du United States Bureau of Mines, qui montrent qu'un mélange de sel blanc et de zinc produisait des résultats observables en ce qui concerne l'élimination de la suie, y compris des résultats modérés dans la partie horizontale du conduit de cheminée;
- (iv) une analyse d'un échantillon de créosote effectuée en mai 2003 par Bodycote essais de matériaux Canada Inc., laquelle analyse a confirmé la présence de zinc et de cuivre dans l'échantillon;
- (v) une analyse d'échantillons de créosote effectuée en décembre 2003 par Maxxam Analytics, laquelle analyse a confirmé la présence de cuivre et de zinc dans l'échantillon de façon significative;
- (vi) un test effectué en janvier 2004 par M. Kelly chez un détaillant de poêles à bois de Toronto;
- (vii) une épreuve effectuée en mars 2004 sous la surveillance d'un représentant de Genieo Solution Design.

(3) Analyse

[151] J'estime que la preuve avancée par les défenderesses n'établit pas que les indications en litige se fondent sur des épreuves suffisantes et appropriées faites avant la publication desdites indications.

[152] Même si la bûche Supersweep est utilisée depuis nombre d'années, ce fait ne constitue pas en soi une épreuve suffisante et appropriée. Une épreuve est une [TRADUCTION] « procédure visant à établir la qualité, le rendement ou la fiabilité de quelque chose » (*Concise Oxford English Dictionary*, « test ». Dans le *Canadian Oxford Dictionary*, le mot « test » (épreuve) est défini comme un [TRADUCTION] « examen ou essai critique des qualités, de l'authenticité ou de la convenance d'une personne ou d'une chose ». L'utilisation que M. Kelly mentionne ne constitue pas une épreuve et encore moins une épreuve suffisante et appropriée.

[153] L'alinéa 74.01(1)b) n'énonce aucune exception au titre des produits qui sont utilisés depuis 5, 10 ou 15 ans ou toute autre période. La disposition exige des épreuves suffisantes et appropriées. Il ne s'agit pas d'un cas de fausse publicité où le moyen de défense réside dans l'efficacité du produit. Effectivement, les défenderesses n'ont pas tenté de prouver que le produit fonctionne selon la description figurant dans la publicité.

[154] Quant à l'allégation selon laquelle l'absence de plaintes de la part des consommateurs témoigne de leur approbation, il est permis d'en douter, étant donné l'absence de preuve au sujet de cette approbation elle-même. Si le produit en cause, qui est utilisé depuis tant d'années, fonctionnait selon la description qui en est faite, il serait normalement approuvé non seulement par les consommateurs, mais aussi dans les milieux industriels et académiques.

[155] Dans son affidavit, M. Kelly affirme simplement ce qui suit :

[TRADUCTION]

28. Lorsque j'ai vendu l'entreprise en 1993, plus de dix ans d'utilisation avaient éprouvé le Kel Kem Powdered Soot Remover. J'ai été témoin de ces utilisations et j'ai été informé par d'autres personnes du milieu du ramonage de cheminées qui ont observé les conditions précédant et suivant l'application du Kel Kem Powdered Soot Remover. J'ai constaté que le Powdered Soot Remover réduisait la quantité de crésote dans la cheminée, ce qui diminue par le fait même le risque de feux de cheminée.

[156] M. Kelly n'a décrit aucune épreuve détaillée précise.

[157] Les bulletins du United States Bureau of Mines ont été publiés en 1932 et 1937, voilà environ soixante-dix ans. L'ensemble des essais ont apparemment été effectués sur des poêles à charbon et des appareils de chauffage au coke. Selon la preuve présentée au Tribunal, une différence majeure existe entre ces appareils et les appareils de chauffage au bois. Le bulletin lui-même renvoie à une différence importante touchant les résultats des essais en raison de l'utilisation de différents types de combustible. De plus, la conception des appareils de chauffage au bois a sensiblement évolué depuis les années 1930, ce qui ne fait qu'accentuer la différence.

[158] Il est possible d'interpréter les bulletins comme des documents appuyant dans une certaine mesure la prémisse selon laquelle les produits à base de chlorure de sodium (sel)

peuvent réduire la créosote. Ces documents pourraient bien mener à des analyses plus poussées et plus détaillées en vue de savoir si la prémisse correspond à une certaine réalité. Cependant, cette prémisse ne suffit pas à étayer les indications des défenderesses. Elle doit être évaluée à l'aide des produits de celles-ci.

[159] Les analyses de Maxxam et de Bodycote ne peuvent être considérées comme des épreuves suffisantes et appropriées sur lesquelles se fondent les indications. Comme l'a souligné le témoin expert de la commissaire, le D^r Pegg, la présence des produits chimiques mentionnés n'indique pas que l'utilisation de ces produits a donné lieu à une réduction de la créosote. La preuve d'un lien causal entre les produits chimiques présents dans les échantillons de créosote et la réduction de la créosote est insuffisante, voire inexistante.

[160] Les épreuves de janvier et de mars 2004 ont été effectuées « après » le début de l'enquête du Bureau et bien après la publication des indications. Je souligne également que M. Kelly a admis en contre-interrogatoire que l'épreuve qu'il a effectuée en janvier 2004 n'était [TRADUCTION] « pas particulièrement crédible ».

B. La bûche nettoiyante pour cheminée Imperial

[161] La bûche Imperial est un produit dont la forme et l'utilité sont semblables à celles de la bûche Supersweep. On la prépare en ajoutant 150 grammes du Powdered Soot Remover (le double de la quantité ajoutée à la bûche Supersweep) et un nouvel additif, soit quatre grammes de limailles de fer.

[162] Les instructions figurant sur l'emballage de la bûche Supersweep sont ainsi libellées :

Pour obtenir le maximum d'effet, utilisez la bûche Imperial sur un feu CHAUD. Suivez les instructions indiquées ci-dessous ou comprises dans l'emballage.

1. Ouvrez la clé de tirage du foyer ou du poêle pour avoir une prise d'air suffisante.
2. Allumez un feu comme d'habitude et attendez qu'il devienne CHAUD!
3. Placez une bûche Imperial sur le feu CHAUD.
4. Refermez les portes du poêle ou du foyer, ainsi que les pare-étincelles. Gardez la prise d'air ouverte et maintenez la température élevée.

REMARQUE : Pour que la bûche Imperial soit pleinement efficace, il faut que la température du conduit de cheminée soit supérieure à 180 °C (350 °F). Voyez à maintenir une température de 180 °C (350 °F) à 285 °C (550 °F) dans le conduit de la cheminée. NE BRÛLEZ PAS plus qu'une bûche Imperial à la fois.

[163] Selon les indications figurant sur l'emballage, la bûche « réduit la créosote dangereuse dans votre cheminée » et « RÉDUIT LE RISQUE DE FEU DE CHEMINÉE ». L'emballage comporte également l'indication suivante :

La bûche Imperial est un excellent moyen de nettoyer une cheminée, mais elle ne remplace pas l'inspection ni le ramonage faits par un professionnel qualifié.

[164] Les précisions suivantes figurent sur l'emballage, sous la rubrique « Fonctionnement » :

La bûche nettoyante pour cheminée Imperial contient des substances chimiques qui jouent le rôle de catalyseurs de combustion. Ces catalyseurs développent toute leur efficacité lorsque la température atteint 180 °C (350 °F) dans le conduit de cheminée. Lorsque la bûche est utilisée correctement, les catalyseurs de combustion aident à brûler la créosote et les dépôts de suie qui se sont accumulés dans la cheminée. Ces catalyseurs contribuent aussi à ramollir et à défaire les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés, lesquels peuvent être difficiles à déloger par un simple ramonage.

(1) Indications

[165] La commissaire s'oppose à quatre indications :

1. « bûche nettoyante pour cheminée » (« *Chimney Cleaning Log* ») (le nom du produit lui-même);
2. « réduit le risque de feu de cheminée »;
3. « réduit la créosote dangereuse dans votre cheminée »;
4. l'image de flammes s'échappant d'une cheminée et sur laquelle on signale que le produit « réduit le risque de feu de cheminée ».

(2) La preuve des défenderesses

[166] En plus de renvoyer à des ouvrages et des éléments de preuve, les défenderesses se fondent sur trois différentes épreuves internes. Ces épreuves ont été effectuées en mai, août et octobre-novembre 2004. Fait important à souligner, elles ont été faites avant la publication des indications susmentionnées. L'épreuve de mai 2004 correspondait à l'épreuve de validation de la Supersweep Pro Chimney Cleaning Log (« *Pro Test* »). L'épreuve faite en août 2004 correspondait à l'épreuve de validation de la Supersweep Plus Chimney Cleaning Log (« *Plus 1 Test* »), tandis que l'épreuve effectuée en novembre a été appelée la « *Plus 2 Test* ».

[167] Les épreuves sont désignées et numérotées dans les présents motifs par souci de commodité. Les noms des épreuves et leurs résultats étaient respectivement les suivants : la pièce A-32 correspond à l'épreuve effectuée en mai 2004 et intitulée « *Supersweep Pro Chimney Cleaning Log Validation Test* » (épreuve de validation de la bûche Supersweep Pro Chimney Cleaning); la pièce A-33 correspond à l'épreuve effectuée en août 2004 et intitulée « *Supersweep Plus Chimney Cleaning Log Validation Test Number Two* » (épreuve de validation numéro deux de la bûche Supersweep Plus Chimney Cleaning) et la pièce A-34, à l'épreuve effectuée en novembre 2004 et intitulée « *Supersweep Plus Chimney Cleaning Log Validation Test Number Five* » (épreuve de validation numéro cinq de la bûche Supersweep Plus Chimney Cleaning).

[168] Les trois épreuves ont été observées par des membres du personnel de Genieo. Lors de la première épreuve (le *Pro Test*), quatre poêles ont été employés : un poêle a servi de poêle

témoin, deux ont été utilisés pour tester une bûche avec 150 grammes de produit en poudre servant à éliminer la suie (le « Supersweep Pro ») et le dernier poêle a servi à tester une bûche avec 150 grammes de produit en poudre servant à éliminer la suie, auquel on a ajouté des limailles de fer.

[169] De l'avis des défenderesses, les résultats ont montré une réduction de la créosote de 20 grammes dans le poêle témoin, tandis que les réductions ont atteint 180 et 540 grammes dans les poêles où la bûche Supersweep Pro avait été utilisée. Dans le cas du Supersweep Pro additionné de limailles de fer, la réduction constatée a atteint 680 grammes.

[170] L'épreuve appelée « *Plus 1 Test* » visait à s'assurer que la nouvelle bûche était efficace tant pour les cheminées au fini mat que pour les cheminées en acier inoxydable. En contre-interrogatoire, M. Simmons a affirmé qu'il ne craignait pas nécessairement que cette épreuve ne donne pas les mêmes résultats; il [TRADUCTION] « voulait simplement prouver que les résultats seraient les mêmes ».

[171] D'après les résultats des épreuves effectuées pour les cheminées en acier inoxydable, dans le poêle témoin, la réduction de créosote a atteint 880 grammes, comparativement à 1 600 grammes pour le poêle où la bûche Supersweep Plus avait été employée. Dans le cas des cheminées noires au fini mat, la réduction constatée dans le poêle témoin était de 1 780 grammes, alors qu'elle s'élevait à 2 900 grammes dans le poêle où la bûche Supersweep Plus avait été employée.

[172] L'épreuve appelée « *Plus 2 Test* » a eu lieu en octobre-novembre 2004. M. Simmons a souligné qu'il avait effectué cette épreuve [TRADUCTION] « simplement pour satisfaire sa curiosité ». Selon les résultats de l'épreuve, une augmentation de 360 et de 140 grammes de créosote a été constatée dans les poêles témoins, tandis qu'une réduction de 460 et de 300 grammes a été observée dans les poêles où la bûche Supersweep Plus avait été utilisée.

[173] La commissaire fait valoir que différents facteurs ont pu toucher les résultats. À son avis, ces trois épreuves ne comportaient aucune mesure visant à isoler les effets de nettoyage allégués du Powdered Soot Remover dont la présence a été constatée dans les bûches et ne peuvent donc être considérées comme des épreuves « suffisantes et appropriées ».

(3) Analyse

[174] Il convient de souligner que les trois épreuves ont été effectuées à l'extérieur, tout comme l'épreuve faite en mars 2004 avec la bûche Supersweep. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi les épreuves avaient été effectuées à l'extérieur, M. Simmons a répondu que [TRADUCTION] « c'était le seul espace dont nous disposions à l'époque et, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur, nous avons estimé que, tant et aussi longtemps que l'environnement était le même dans les deux cas, cela irait ».

[175] En contre-interrogatoire, M. Simmons a admis que l'épreuve ne représentait pas parfaitement les conditions réelles :

[TRADUCTION]

M. R. NASSRALLAH : D'accord. Et vous pensez que l'essai fait en plaçant les poêles à l'extérieur représente les conditions réelles?

M. J. SIMMONS : Exception faite des quatre ou six premiers pieds de tuyau, je dirais que oui.

[...]

M. R. NASSRALLAH : Pouvez-vous vous expliquer?

M. J. SIMMONS : Habituellement, la majeure partie d'un tuyau de poêle se trouve à l'extérieur d'une maison ou d'une structure.

[176] Plus tard, des épreuves subséquentes ont été effectuées à l'intérieur, parce qu'un établissement avait été construit pour des essais à long terme.

[177] J'estime que les défenderesses n'ont pas établi que ces épreuves étaient suffisantes et appropriées. Tel qu'il est expliqué plus haut, pour que la méthode fondée sur des comparaisons soit équitable, l'utilisation et le comportement des appareils devraient être identiques dans la mesure du possible. Une épreuve effectuée à l'extérieur ne reproduit pas les conditions dans lesquelles les poêles sont normalement utilisés et ne s'en approche même pas. Or, cette reproduction constitue une condition essentielle d'une épreuve suffisante et appropriée. En l'espèce, elle n'a pas été respectée.

[178] En ce qui concerne le *Pro Test*, aucun relevé de température n'a été consigné dans le cas du poêle témoin le jour le plus important de l'épreuve, soit la date à laquelle les bûches ont été ajoutées aux poêles. Il est extrêmement difficile de comparer les résultats de différentes épreuves lorsqu'on ignore si la créosote des cheminées a été exposée à des températures similaires.

[179] La preuve montre également que le comportement des appareils variait énormément. Ainsi, les résultats du *Plus 2 Test* montrent qu'après la phase de formation de créosote, une quantité de 1 640 grammes de créosote s'était accumulée dans le poêle à bois 1, alors que cette quantité s'élevait à 860 grammes dans le poêle à bois 2.

[180] En raison de cette différence, M. Simmons a prolongé la phase de formation de créosote dans l'espoir d'accroître la quantité de créosote accumulée dans le poêle à bois 2 ([TRADUCTION] « simplement pour équilibrer la quantité de créosote »). Cependant, il n'a pas réussi, parce que les résultats obtenus à la fin de la deuxième étape de formation de créosote montrent que la quantité de créosote avait baissé dans les quatre poêles, sans que la bûche des défenderesses ait été employée. M. Simmons n'a pu expliquer ce résultat.

[181] Les protocoles des tests et les tests eux-mêmes ne montrent pas que la différence entre les poêles en ce qui a trait à la réduction de créosote consignée par les défenderesses peut être imputée à l'utilisation des bûches de celles-ci. Les appareils n'ont pas été employés de la même façon, les réglages du tirage n'ont pas été consignés, les températures étaient très différentes d'un poêle à l'autre et la teneur en humidité du combustible n'a pas été notée.

[182] Il est vrai qu'en pratique, les systèmes ne se comportent pas tous de la même façon. Néanmoins, les auteurs du *Research Report on Chemical Chimney Cleaners* s'expriment comme suit :

[TRADUCTION] En pratique, les systèmes ne se comporteront pas nécessairement de la même façon, malgré les efforts déployés. Pour régler ce problème, deux approches expérimentales sont possibles. La première consiste à utiliser les poêles sans produit chimique et à établir toute différence touchant la formation de crésote (imputable, notamment, à une entrée d'air différente dans les cheminées), puis à utiliser les résultats pour corriger les résultats réels découlant des essais effectués à l'aide du produit nettoyant. L'autre approche consiste à répéter les expériences avec les produits chimiques en changeant chaque fois leur affectation dans les cheminées et à en tirer une moyenne. De cette manière, toutes les erreurs systématiques associées à un système seront ajustées.

(Jay W. Shelton et Cathleen Barczys, « *Research Report on Chemical Chimney Cleaners* », (1981), à la page 6 [Pièce E jointe à l'affidavit de M. Jenkins].)

[183] Les défenderesses n'ont pas envisagé les options susmentionnées.

[184] Pour tous les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que les indications données au public n'étaient pas fondées sur des épreuves suffisantes et appropriées.

C. *Le Nettoyeur de crésote*

[185] Le Nettoyeur de crésote est un produit liquide vendu dans un flacon pulvérisateur d'un litre. Composé d'eau (77 p. 100), de nitrate de manganèse (8 p. 100) et d'alcool isopropylique (15 p. 100), il est destiné à être utilisé de façon régulière et continue.

[186] Lorsque le manganèse atteint la zone des flammes, il se transforme apparemment en oxyde de manganèse et peut alors servir de catalyseur et accélérer ainsi la combustion de matières carbonées.

[187] Selon les instructions apparaissant sur l'étiquette du Nettoyeur de crésote, le produit doit être vaporisé « sur toutes les surfaces recouvertes de crésote dans l'aire de combustion et aussi loin que possible dans le conduit de la cheminée », lorsque le poêle ou le foyer est éteint. Il faut également vaporiser le produit sur le bois avant l'allumage.

[188] Dans le cas où le feu brûle, les instructions figurant sur l'étiquette prévoient qu'il est possible de vaporiser le produit « sur le nouveau [sic] bois avant de l'ajouter au feu » ou encore directement sur la flamme lorsque le feu est modéré. Selon les instructions, « la température de la surface du conduit de la cheminée doit être 300 °F [...] pour activer le nettoyeur de crésote pour cheminée ».

[189] L'étiquette du Nettoyeur de crésote pour la saison de chauffage 2003-2004 comportait la mention suivante : « L'ÉLIMINATEUR DE CRÉOSOTE DE CHEMINÉE IMPERIAL KEL KEM transforme en cendres les dépôts de crésote durcis ou vitrifiés lorsqu'il est utilisé selon le mode d'emploi. » L'étiquette indiquait également l'avertissement « ATTENTION IRRITANT » et « pour une cheminée propre et sûre [sic], enlever le résidu à l'aide d'une brosse ».

[190] Des changements ont été apportés à l'étiquette pour la saison 2005-2006. Les renvois à Kel Kem ont été enlevés. L'étiquette indiquait que le Nettoyeur de créosote « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée ». La mention suivante figurait sur une note écrite en plus petits caractères : « L'Éliminateur de créosote SUPERSWEEP IMPERIAL transforme en cendres les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés lorsqu'il est utilisé selon le mode d'emploi ». La note suivante figurait également sur l'étiquette :

Ni l'Éliminateur de créosote de cheminée ni aucun autre produit chimique ne peut remplacer le ramonage. Un ramonage professionnel doit être effectué au moins une fois par année et plus souvent lorsque les accumulations de créosote sont importantes.

[191] L'étiquette précisait dans tous les cas que le produit est « non corrosif » et « non combustible ».

(1) Indications

[192] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des épreuves suffisantes et appropriées :

1. « Nettoyeur de créosote pour cheminée » (« *Chimney Creosote Cleaner* » (le nom du produit lui-même);
2. « transforme en cendres les dépôts de créosote durcis ou vitrifiés »
3. « non corrosif »;
4. « non combustible ».

(2) La preuve des défenderesses

[193] Les défenderesses font valoir que les deux premières indications se fondent sur des épreuves suffisantes et appropriées. Elles invoquent les éléments de preuve suivants :

(i) L'expérience et les observations de M. Kelly :

[TRADUCTION]

19. Lorsque j'ai vendu l'entreprise en 1993, plus de dix ans d'utilisation avaient éprouvé le Kel Kem Powdered Soot Remover. J'ai été témoin de ces utilisations et j'ai été informé par d'autres personnes du milieu du ramonage de cheminées qui ont observé les conditions précédant et suivant l'application du Kel Kem Chimney Creosote Cleaner. J'ai observé une diminution de la créosote vitreuse dure dans les cheminées avec le Chimney Creosote Cleaner qui la transforme en cendres par combustion. Ces cendres tombent ou sont plus facilement éliminées par brosse. En brûlant une certaine partie de la créosote contenant du carbone et en exposant les cendres non combustibles, les dépôts éliminer ou les réduire. Les risques d'incendie dans la cheminée diminuent avec

la réduction de la teneur en carbone des dépôts résiduels sont plus sensibles au broissage physique, on peut alors les

- (ii) Le guide intitulé *Le chauffage au bois : guide du propriétaire* (pièce A-46), selon lequel « certains liquides pour cheminée contiennent du manganèse qui peut aider à briser les dépôts vitreux et luisants de créosote, ce qui en facilite l'enlèvement à l'aide de la brosse ».
- (iii) Le *Wood Energy Technical Training Program Reference Manual* (pièce A-47), selon lequel [TRADUCTION] « le manganèse pulvérisé peut être efficace si un bon contact se fait avec la créosote et que la température dépasse 150 °C (300 °F) ».
- (iv) Le brevet des États-Unis détenu par William Pfefferle – *Methods of treating flue deposits and composition* (méthodes de traitement des dépôts des conduits de cheminée et composition) (pièce F jointe à l'affidavit de M. Jenkins).
- (v) D'autres produits qui se composent également d'une solution de nitrate de manganèse et d'alcool isopropylique et qui auraient des effets semblables à ceux du Nettoyeur.

[194] En plus de ce qui précède, les défenderesses se fondent sur une épreuve effectuée en avril 2005. Elles admettent que le Nettoyeur [TRADUCTION] « avait été lancé sur le marché des années avant qu'une épreuve de validation formelle ne soit effectuée », mais font valoir que cette [TRADUCTION] « épreuve de validation » confirme l'efficacité des produits. En contre-interrogatoire, M. Simmons a admis que cette épreuve avait été effectuée en réponse aux questions du Bureau. Les résultats consignés par les défenderesses montrent que, dans le cas des tuyaux en acier inoxydable, l'accumulation de créosote avait atteint 880 grammes dans le poêle témoin et 640 grammes dans le poêle dans lequel le Nettoyeur avait été employé. En ce qui concerne les tuyaux noirs au fini mat, une accumulation de 740 grammes de créosote a été observée dans le poêle témoin et de 540 grammes seulement dans le poêle dans lequel le Nettoyeur avait été employé.

[195] En ce qui a trait aux indications n^{os} 3 et 4, les défenderesses ont expliqué dans leur réponse modifiée du 22 janvier 2007 que le produit nettoyant n'est pas corrosif, [TRADUCTION] « parce qu'il ne provoque pas la corrosion du poêle ou de la cheminée », et qu'il n'est pas combustible, parce que [TRADUCTION] « lorsqu'il est utilisé conformément aux instructions (ou lorsqu'il est vaporisé sur un feu à ciel ouvert), il ne s'enflamme pas : les produits solvants s'évaporent et le sel de manganèse est transporté par les gaz de combustion jusqu'à la cheminée, où il réagit avec la créosote ».

[196] Les défenderesses font toutefois valoir que ces indications ne sont pas des indications concernant le rendement, l'efficacité ou la durée utile du produit et qu'elles ne sont donc pas visées par l'alinéa 74.01(1)b) de la Loi. Il s'agit plutôt d'indicateurs des propriétés ou attributs du Nettoyeur. Subsidiairement, elles allèguent que le Nettoyeur est essentiellement composé d'eau et n'est donc pas combustible.

(3) Analyse

[197] Il est indéniable que les ouvrages mentionnés par les défenderesses (le guide intitulé *Le chauffage au bois : guide du propriétaire* et le *Wood Energy Technical Training Program Reference Manual*) ainsi que le brevet de William Pfefferle ne constituent pas des épreuves suffisantes et appropriées. Ces documents n'appuient pas les indications des défenderesses au sujet du Nettoyeur. Même le témoin expert de celles-ci, M. Jenkins, a admis ce fait. Voici ce qu'il a dit au sujet du brevet de Pfefferle :

[TRADUCTION]

M. G. JENKINS : Comme je l'ai mentionné plus tôt, il faut essayer de savoir si les composés en question sont chimiquement actifs. C'était le but de la recherche faite dans les ouvrages. Et s'ils le sont, il est alors possible de simplifier quelques-uns des essais, ou [...].

[...]

C'est ce que je voulais trouver dans les ouvrages, [...] ensuite il faut vérifier si le produit peut engendrer une réaction catalytique en ce qui a trait à la créosote.

[...]

Cela ne signifie pas que leur produit fonctionne; ils doivent faire un test et s'assurer que la façon dont ils le mélangent et dont ils l'appliquent, que la procédure qu'ils utilisent fonctionne. Sous réserve de ce test, ceci semble appuyer raisonnablement la thèse ou la prémisse selon laquelle l'utilisation d'une matière à base de manganèse entraînera une diminution de la créosote.

[non souligné dans l'original]

[198] Les publications et le brevet sont semblables aux bulletins susmentionnés du United States Bureau of Mines qui ont été publiés au cours des années 1930, c'est-à-dire en ce qu'ils peuvent suffire à déclencher une recherche qui mènera à des essais sur prototype, mais ils ne constituent pas les épreuves suffisantes et appropriées exigées par la loi. Le fait que d'autres produits composés d'une solution de nitrate de manganèse et d'alcool isopropylique sont également vendus appartient à la même catégorie.

[199] En ce qui concerne l'épreuve effectuée en avril 2005, les défenderesses ont admis qu'elle a été faite bien après la publication des indications. Elles se sont donc livrées à un comportement susceptible d'examen en ce qui a trait aux deux premières indications données au sujet du rendement du Nettoyeur.

[200] J'ajoute que l'épreuve d'avril 2005 sur laquelle les défenderesses se fondent semble avoir porté sur les effets allégués du Nettoyeur quant à la réduction de créosote et non sur la capacité de ce produit de réduire en cendres la créosote durcie ou émaillée.

[201] Quant à la troisième indication, je suis d'avis que l'indication selon laquelle le Nettoyeur est un produit « non corrosif » est une indication qui concerne le rendement du produit. Elle renvoie à la façon dont le Nettoyeur agira; c'est-à-dire qu'il ne provoquera pas la corrosion de la cheminée. Dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, au volume II, le mot anglais « *performance* » (rendement) est défini comme suit : [TRADUCTION] « 1. L'exécution d'un commandement, d'un devoir, etc. [...] 2. L'accomplissement ou l'exécution d'une action ou d'un travail; fait de travailler; action [...] ».

[202] À l'instar de toutes les autres indications, cette indication doit être interprétée comme elle le serait par le consommateur moyen. À mon avis, aux yeux du consommateur moyen, l'indication signifie que le produit agira sans produire d'effet corrosif, ce qui fait partie de la déclaration visant le rendement.

[203] Les défenderesses n'ont mentionné aucune épreuve sur laquelle s'appuierait l'indication relative à l'absence d'effet corrosif. Elles se sont donc livrées à un comportement susceptible d'examen.

[204] Les défenderesses soutiennent également que le Nettoyeur est un produit non combustible. En admettant que cette indication s'apparente à une déclaration visant le rendement du produit, je suis d'avis qu'elle se fonde sur des épreuves suffisantes et appropriées. Ainsi, la *Material Safety Data Sheet* préparée par Gerry van Konynenburg à l'égard du Nettoyeur énonce que le produit n'est pas inflammable.

D. *Le Traitement de créosote*

[205] Le Traitement de créosote, une poudre composée de phosphate trisodium (60 p. 100) et d'argile de bentonite (40 p. 100), est vendu dans un contenant de 450 grammes. Le phosphate trisodium serait l'ingrédient actif. Le produit est destiné à être utilisé de façon régulière et continue.

[206] L'étiquette de 2004 du Traitement de créosote comportait les instructions suivantes :

MODE D'EMPLOI : Si l'accumulation de créosote atteint ¼ po ou plus d'épaisseur, il faut ramoner la cheminée. Enlever les cendres. Répandre le traitement de créosote sur des charbons ardents ou un feu bas. Les feux hauts réduisent sévèrement l'efficacité du traitement. Poêles et brûleurs à encasturer dans les foyers – 1 c. à table (15 ml) au moins 2 fois par semaine. Chaudières et fournaies – 1 c. à table (15 ml) par jour.

[207] Selon l'étiquette apposée sur le Traitement de créosote pour la saison de chauffage 2003-2004, ce produit « aide à garder la cheminée propre et sûre [sic] ». L'étiquette comportait également la note suivante écrite en plus petits caractères :

Le traitement pour créosote de cheminée IMPERIAL KEL KEM aide à garder la cheminée propre lorsqu'il est utilisé régulièrement entre les ramonages par des professionnels. Il peut retarder l'accumulation de la créosote et réagit avec la plupart des dépôts dans les cheminées pour réduire leur adhérence. Le risque d'un dangereux feu de cheminée est réduit lorsque les dépôts et la créosote sont enlevés. Une surface propre facilitera la transmission de la chaleur. Si la cheminée est utilisée tous les jours, nous recommandons qu'elle soit inspectée une fois par mois.

[208] Des changements ont été apportés à l'étiquette pour la saison 2005-2006. Les renvois à Kel Kem ont été éliminés. Il appert de l'étiquette utilisée pour la saison 2005-2006 que le produit « aide à éliminer la créosote dangereuse dans votre cheminée ». La note écrite en plus petits caractères est semblable à celle qui figure sur l'étiquette de 2003-2004.

[209] Il convient de souligner que l'étiquette, figurant sur le Traitement de créosote acheté le 26 février 2004 par M. McCollum et produit comme pièce A-4, comporte la mention portant que le produit « réagit avec la créosote collante et liquide ».

[210] Il est également précisé sur l'étiquette que le produit est « non corrosif » et « non toxique ».

(1) Indications

[211] La commissaire fait valoir que les indications suivantes ne se fondent pas sur des preuves suffisantes et appropriées :

1. « Traitement de créosote » (« *Creosote Conditioner* ») (le nom du produit lui-même);
2. « Il peut retarder l'accumulation de la créosote et réagit avec la plupart des dépôts dans les cheminées pour réduire leur adhérence »;
3. « Non corrosif »;
4. « Non toxique ».

(2) Les arguments des défenderesses

[212] En ce qui a trait aux deux premières indications, les défenderesses admettent que le Traitement [TRADUCTION] « avait été lancé sur le marché des années avant qu'une épreuve de validation formelle soit effectuée ». Elles soutiennent que [TRADUCTION] « la connaissance acquise dans l'industrie au sujet des ingrédients actifs, l'expérience de M. Kelly en matière de conception des produits et les vingt années d'essais pratiques par les consommateurs et les ramoneurs dépassaient largement les exigences inhérentes aux épreuves suffisantes et appropriées ».

[213] Les défenderesses s'appuient également sur les éléments de preuve suivants :

- (i) Le *Wood Energy Technical Training Program Reference Manual*, selon lequel les [TRADUCTION] « les poudres composées de phosphates alcalins et d'argile très absorbante sont efficaces contre les dépôts de créosote humides ou collants comme du goudron. Selon le manuel, le phosphate pénètre dans le dépôt goudronneux et l'argile absorbe la créosote, asséchant ainsi le dépôt sous forme de particules ou de flocons;
- (ii) L'étude des auteurs Nassar et MacKay intitulée « *Effect of Fire Retardant Chemicals on Chimney Creosote Deposit* » (pièce D de l'affidavit de M. Jenkins), où il a été conclu que les produits de nettoyage de cheminée « Co-Mate » et « Kathite-H » (tous deux des mélanges de phosphate trisodique et d'argile siliceuse étaient efficaces;

- (iii) D'autres produits qui sont également composés de phosphate trisodique et d'argile absorbante et qui auraient des effets similaires à ceux du Traitement.

[214] Les défenderesses ajoutent que l'épreuve de validation effectuée en mai 2005 confirme l'efficacité du Traitement.

[215] En ce qui a trait aux deux dernières indications que la commissaire a mentionnées, les défenderesses ont souligné dans leur réponse modifiée du 22 janvier 2007 que le produit en question n'est pas corrosif [TRADUCTION] « en ce qu'il n'entraîne pas la corrosion du poêle ni de la cheminée » et qu'il n'est pas toxique en ce que [TRADUCTION] « son utilisation n'entraîne pas le rejet d'une substance qui est dangereuse pour la santé des animaux ou des êtres humains ».

[216] Encore là, elles soutiennent que ces indications ne sont pas des indications visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile du produit et ne sont donc pas visées par l'alinéa 74.01(1)b) de la Loi. Elles constituent des indicateurs des propriétés ou attributs du Traitement.

(3) Analyse

[217] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'estime que le *Wood Energy Technical Training Program Reference Manual*, la vente de produits apparemment similaires et le témoignage de M. Kelly ne sont pas suffisants. Il ne suffit pas de se fonder sur un manuel, à moins que celui-ci ne se fonde sur des épreuves appropriées. De toute évidence, les cas empiriques ne constituent pas des épreuves.

[218] Il n'y a aucun élément de preuve montrant que les défenderesses connaissaient l'étude effectuée par les auteurs Nassar et MacKay avant que M. Jenkins la mentionne dans son rapport.

[219] À mon avis, la façon dont les produits chimiques ont été évalués dans l'étude ne correspond pas à la façon dont le Traitement devait être employé. Lors du test, une quantité de dix grammes du produit chimique a été dissoute dans 300 ml d'eau distillée. Soixante grammes de sciure de bois séchée à l'air ont été plongés dans la solution pendant une heure, ensuite ils ont été répandus sur des plateaux et puis séchés pendant la nuit à 50 °C. Par contre, le combustible au bois utilisé par le consommateur ne sera pas imprégné de Traitement avant la combustion et ne sera pas utilisé dans des conditions de pyrolyse complète.

[220] L'épreuve de mai 2005 sur laquelle les défenderesses se fondent a été effectuée après la publication des premières indications. Je souligne également que l'épreuve portait sur le taux de formation de créosote, mais non sur la réaction du Traitement avec les dépôts de créosote dans la cheminée de manière à les rendre moins adhérents.

[221] Les indications portant que le produit en cause n'est « pas toxique » et n'est « pas corrosif » peuvent être interprétées comme des indications concernant le rendement du produit. Lorsqu'il est utilisé conformément aux instructions, le Traitement ne provoquera pas la corrosion du poêle ou de la cheminée ni n'entraînera le rejet de substances qui sont dangereuses pour la santé des animaux ou des êtres humains. Les défenderesses n'ont fourni aucune épreuve sur laquelle se fondent ces indications.

[222] Les défenderesses se sont donc livrées à un comportement susceptible d'examen en déclarant au public que le Traitement n'était pas toxique et n'était pas corrosif.

X. RÉPARATIONS

[223] Vu ma conclusion que les défenderesses se sont livrées à des pratiques susceptibles d'examen en omettant de faire effectuer des épreuves suffisantes et appropriées avant de présenter les indications, il est nécessaire de rendre une ordonnance qui constitue davantage qu'une simple déclaration.

[224] La commissaire sollicite une ordonnance d'interdiction ainsi que la remise d'un avis sous la forme de la présente ordonnance à la plupart des intervenants du marché du produit autres que le consommateur final. Dans ses observations écrites finales, la commissaire n'a apparemment pas formulé cette demande quant à la communication d'un type d'avis au public; c'est du moins ainsi que le Tribunal a compris la position de la commissaire. Toutefois, au cours des plaidoiries, l'avocat de la commissaire a admis que cette demande de notification aurait dû figurer dans les observations écrites de celle-ci.

[225] Il est nécessaire de porter l'ordonnance du Tribunal à l'attention du public afin d'informer les personnes les plus directement touchées, qui se sont peut-être fondées sur les indications et se sont peut-être senties rassurées en utilisant les produits. La justification prévue à l'article premier de la *Charte* est fondée en partie sur l'asymétrie d'information entre le vendeur et l'acheteur final. En l'espèce, le préjudice découlant des indications non fondées sur des épreuves suffisantes est causé au consommateur et non à d'autres intervenants de la chaîne d'approvisionnement.

[226] La commissaire n'a formulé aucune proposition au sujet de la nature, de la teneur ou de la distribution/publication de cet avis et elle a demandé la possibilité d'examiner cette question après avoir reçu les motifs du Tribunal. En conséquence, des observations devraient être présentées sur cette question.

[227] Les défenderesses ont présenté peu d'observations sur la réparation. Ce n'est pas vraiment surprenant, car il est difficile de songer à la sanction tout en continuant à clamer son innocence. Les défenderesses ont souligné qu'elles aimeraient présenter d'autres observations, si le Tribunal envisageait un rappel des produits ou une ordonnance de retrait. Le Tribunal envisage une réparation de cette nature, même si les bûches Supersweep ne sont plus sur le marché.

[228] Un rappel jusqu'à ce que des épreuves suffisantes et appropriées soient effectuées ou jusqu'à ce que les indications rejetées soient retirées de l'emballage et de la publicité va de pair avec la nature des ordonnances correctives. Le Tribunal serait disposé à accepter des observations au sujet de ce rappel ou de cette modification touchant l'emballage et les détails connexes.

[229] En dernier lieu, la commissaire sollicite l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire de 100 000 \$ à chaque défenderesse. Je ne suis pas convaincu que les défenderesses peuvent invoquer la diligence raisonnable. Le Tribunal reconnaît que les produits ont été vendus partout au Canada, certains pendant plus de 20 ans, et qu'ils étaient destinés à des personnes qui devaient se fonder sur les indications concernant une situation foncièrement dangereuse. Cependant, il n'y a qu'une seule partie défenderesse en réalité; effectivement, les indications étaient fondées sur une conviction sincère qui ne comportait pas la moindre intention de duper des personnes. Le présent litige est la première affaire de cette nature engagée sous le régime des dispositions civiles et aucune intention de contrevenir à la loi ne semble avoir existé.

[230] Bien que le manquement commis par les défenderesses soit grave et puisse justifier par ailleurs une sanction administrative plus lourde, les autres réparations pouvant être ordonnées auront un effet plus important qu'une sanction administrative. En conséquence, il convient d'imposer aux défenderesses une sanction de 25 000 \$ sur une base solidaire. Des violations ultérieures de l'exigence relative à une épreuve suffisante et appropriée donneront sans doute lieu à des sanctions administratives plus lourdes maintenant que le Tribunal s'est prononcé en l'espèce.

[231] La commissaire a réservé ses droits au sujet des dépens et a demandé la possibilité de présenter des observations sur cette question une fois qu'elle aura reçu les motifs du Tribunal. Cette possibilité sera accordée à chacune des parties.

[232] Les parties disposeront d'un délai pour présenter des observations au sujet des modalités concernant l'avis public relatif à la présente décision et au sujet de l'opportunité d'imposer le retrait d'un produit.

XI. ORDONNANCE

[233] POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

- a) pendant une période de dix ans suivant la date de la présente ordonnance, les défenderesses et toute personne agissant pour leur compte ou pour leur profit, y compris tous les administrateurs, dirigeants, employés, mandataires ou ayants droit et toute autre personne physique ou morale agissant en leur nom ou au nom de leurs successeurs (toutes ces personnes étant ci-après appelées les « défenderesses »), doivent cesser de donner au public ou de permettre ou faire en sorte que soient données au public, par quelque moyen que ce soit, notamment sur l'emballage des produits en cause, des indications visant à promouvoir l'utilisation des produits connus sous les noms de Bûche nettoiyante pour cheminée Supersweep, Nettoyeur de créosote Kel Kem et Traitement de créosote Kel Kem ou un autre produit similaire, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement ou l'efficacité des produits, jusqu'à ce qu'elles aient effectué les épreuves suffisantes et appropriées nécessaires pour étayer lesdites déclarations ou garanties. Plus précisément, ces indications concernent

notamment la capacité des produits en cause ou de tout produit similaire de faire ce qui suit :

- (i) nettoyer les cheminées ou contribuer au nettoyage des cheminées;
 - (ii) réduire, enlever ou traiter la créosote ou agir d'une autre façon sur la créosote;
 - (iii) prévenir et éliminer les feux de cheminée ou encore agir sur ces derniers;
 - (iv) contribuer à prévenir les feux de cheminée;
 - (v) contribuer à éliminer l'accumulation dangereuse de créosote dans les cheminées;
 - (vi) réduire la créosote durcie ou émaillée en cendres;
 - (vii) ralentir le taux d'accumulation de créosote et agir sur la plupart des dépôts de créosote de manière à les rendre moins adhérents.
- b) De plus, sans préjudice à l'application générale de ce qui précède, les indications susmentionnées concernent les caractéristiques des produits en cause ou de tout produit similaire à titre de produits :
- (i) non corrosifs;
 - (ii) non combustibles;
 - (iii) non toxiques.
- c) Dans les trente (30) jours suivant la date de la présente ordonnance, la commissaire et les défenderesses doivent signifier et déposer leurs observations concernant (i) la nature, la forme et la diffusion de l'avis public faisant état des conclusions du Tribunal, (ii) le rappel/retrait des produits et la modification touchant leur emballage et (iii) l'adjudication des dépens. Les parties ont le droit de signifier et de produire une réponse dans les 15 jours qui suivent.

- d) Les défenderesses sont solidairement tenues de payer une sanction administrative pécuniaire dans les 60 jours suivant la date de la présente ordonnance ou à toute autre date pouvant convenir dans les circonstances.

FAIT à Ottawa, ce 7^e jour de février 2008.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) Michael L. Phelan

COMPARUTIONS :

Pour la demanderesse

Commissaire de la concurrence

William Miller
Roger Nassrallah
Stéphane Lilkoff

Pour les défenderesses

Imperial Brush Co. Ltd. et Kel Kem Ltd. (faisant affaire sous le nom d'Imperial
Manufacturing Group)

Daniel M. Campbell
Joseph Burke

Traduction certifiée conforme
Linda Brisebois, LL.B.