

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

CT-1989-002 – Doc # 176b

DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur des
enquêtes et recherches en vertu des articles 79 et 77 de
la *Loi sur la concurrence*,
L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée;

ET DANS L'AFFAIRE de The NutraSweet Company

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches
Demandeur

et

The NutraSweet Company
Défenderesse

et

Tosoh Canada Ltd.
Intervenant



MOTIFS ET ORDONNANCE

Dates de l'audience :

Du 9 au 11 janvier, du 22 au 26 janvier, du 30 janvier au 16 février,
les 20, 21 et 23 février, le 26 avril et le 10 juillet 1990

Président de l'audience :

L'honorable juge Barry L. Strayer

Membre judiciaire :

L'honorable juge Max M. Teitelbaum

Autre membre :

Dr Frank Roseman

Avocats pour le demandeur:

Le directeur des enquêtes et recherches

Warren Grover, c.r.
John J. Quinn
Mark Katz
Winston Fogarty
Graham Garton, c.r.
Rory R. Edge

Avocats pour la défenderesse :

The NutraSweet Company

Bruce C. McDonald
James B. Musgrove
H. Scott Fairley

Avocats pour la requérante en intervention :

Tosoh Canada Ltd.

R. Roy McMurtry, Q.C.
Alan Pratt

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION	5
II.	LE MARCHE DU PRODUIT	13
	1. Édulcorants	15
	2. Catégories d'acheteurs d'édulcorants	16
	3. Édulcorants à forte intensité	18
	4. Concurrence au niveau des prix entre les édulcorants ...	25
	Conclusion relative au marché du produit	35
III.	LE MARCHE GÉOGRAPHIQUE	36
	Conclusion relative au marché géographique	40
IV.	LA PRODUCTION DE L'ASPARTAME: LES PRODUCTEURS ÉVENTUELS ET LES CONDITIONS D'ACCES	41
	Conclusion relative aux obstacles à l'accès	51
V.	ARTICLE 79	52
	1. "Contrôle"	53
	2. ``Catégorie ou espèce d'entreprises	61
	3. Pratique d'agissements anti-concurrentiels	64
	a) Abus touchant les exigences relatives aux déclarations gouvernementales	69
	b) Exclusion contractuelle des concurrents éventuels	70
	c) Conditions contractuelles liées à l'exclusivité	73
	d) Vente à un prix inférieur au coût : Norme de coût pertinente	83
	e) Utilisation du brevet américain pour faire obstacle à la concurrence	88

4. Empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence sur le marché	91
Conclusion relative à l'article 79	103
VI. ARTICLE 77	104
1. Exclusivité	
104 a) "Pratique"	
.... .	108
b) Autres exigences relatives à l'émission d'une ordonnance	108
2. Ventes liées	111
Conclusion relative à l'article 77	113
VII. REPARATIONS	114
VIII. VALIDITE CONSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL	116
1. Les questions en litige	116
2. Les contraintes constitutionnelles implicites	124
3. Les dispositions expresses sur la judicature de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	137
Conclusion relative aux questions constitutionnelles	147
IX. ORDONNANCE	147

LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS ET ORDONNANCE

Le directeur des enquêtes et recherches

v.

The NutraSweet Company

1. INTRODUCTION

Le 1er juin 1989, le directeur des enquêtes et recherches (le "directeur") a déposé un avis de demande en vertu des articles 79 (abus de position dominante) et 77 (exclusivité et ventes liées) de la *Loi sur La*

*concurrence*¹. Le directeur demande au Tribunal d'interdire à The NutraSweet Company ("NSC"), la défenderesse, de se livrer à certaines pratiques commerciales qui iraient à l'encontre des deux articles en question et de rendre les ordonnances voulues afin de supprimer les effets négatifs de ces pratiques sur le marché.

NSC est un producteur important de l'édulcorant nommé aspartame qu'elle commercialise sous la marque NutraSuc. L'aspartame est

¹L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée.

essentiellement utilise dans les boissons gazeuses sans sucre, la gomme à mâcher, divers aliments à basse teneur en calories (p. ex., les yaourts) et comme édulcorant domestique.

Un intervenant et producteur d'aspartame concurrent, Tosoh Canada Ltd. ("Tosoh"), a demandé et obtenu l'autorisation d'intervenir dans ces procédures. Les deux principaux acheteurs d'aspartame au Canada, soit Coca-Cola Ltée ("Coke") et Pepsi-Cola Canada Ltée ("Pepsi"), qui avaient également demandé l'autorisation d'intervenir, ont par la suite retiré leur demande, acquiesçant plutôt à une entente selon laquelle, durant tout interrogatoire, leurs témoins respectifs seraient accompagnés d'un avocat chargé de défendre les intérêts de chaque société.

NSC Canada est une ramification de NSC, société américaine qui est une filiale à 100 % d'une autre société américaine, Monsanto Co. NSC avait déjà été une division de la société G.D. Searle & Co. ("Searle") que Monsanto Co. avait acquise en 1985.

L'aspartame est un édulcorant à forte intensité qui a été découvert en 1966 par des chercheurs de la société Searle. Cette dernière a obtenu des brevets d'exploitation (maintenant utilisés par NSC) à l'égard du produit dans un grand nombre de pays, mais les autorités réglementaires

dans le domaine de la santé ayant tardé à approuver son utilisation, l'aspartame a fait son apparition sur le marché alors que la durée de ces brevets était largement entamée. L'approbation relative à l'utilisation au Canada a été accordée pour la première fois en 1981, et le brevet d'exploitation canadien a expiré en juillet 1987. Aux États-Unis, l'approbation requise a également été obtenue pour la première fois en 1981, mais celle-ci n'autorisait qu'une utilisation très limitée du produit; ce n'est qu'en 1983 que l'aspartame a pu être utilisé dans les boissons gazeuses (de loin les plus importantes sources de vente de l'édulcorant). La durée du brevet d'exploitation a été prolongée dans un certain nombre de pays : de 1983 à 1987 au Royaume-Uni, et jusqu'en décembre 1992 aux États-Unis et en Australie.

En 1989, environ 7 500 tonnes métriques d'aspartame ont été vendues à l'échelle mondiale; de cette quantité, un peu plus de 75 % a été vendu aux États-Unis, 5 % au Canada et 15 % en Europe. Du quelque 5 % qui reste, un pourcentage appréciable a été vendu en Australie. Le Canada et l'Europe sont les principaux endroits où aucun brevet d'exploitation n'est applicable. Les ventes en Europe ont augmenté rapidement, dépassant dans un premier temps les ventes réalisées au Canada en 1987 pour connaître un tel taux de croissance que l'augmentation des ventes entre 1988 et 1989 a été supérieure au total des ventes réalisées au Canada en 1989.

NSC est évidemment responsable de l'ensemble des ventes réalisées aux États-Unis et en Australie (ou les brevets d'exploitation sont toujours en vigueur) et de plus de 95 % et de 80 % - respectivement - des ventes au Canada et en Europe². Les clients canadiens (et étrangers) de NSC sont essentiellement des fabricants d'aliments et de boissons qui utilisent l'aspartame comme agent édulcorant dans leurs produits "sans sucre" ou "de régime". En 1989, NSC a vendu de l'aspartame à environ 65 clients au Canada, ce qui représente un volume total de 359 tonnes. Cinq franchiseurs de boissons gazeuses (A & W, Cadbury Schweppes, Crush, Coke et Pepsi), qui figuraient parmi les huit principaux acheteurs d'aspartame canadiens (par volume et exclusion faite de Searle, la société mère), ont acquis plus de 300 tonnes d'aspartame. Les trois autres grands acheteurs canadiens étaient Kraft Général Foods, et les fabricants de gomme à mâcher, Wrigley et Adams Brands. Coke et Pepsi sont manifestement et dans une large mesure les plus importants dans ce groupe.

NSC exploite deux usines aux États-Unis dont la capacité combinée est de 5 400 tonnes par an et s'approvisionne auprès de la société japonaise Ajinomoto, qui possède des connaissances techniques approfondies de la fabrication de l'aspartame. NSC s'est également approvisionnée, jusqu'à la moitié des années 80, auprès d'autres fabricants avant que ses

² Pièces R-19, D-38 et X-16 (confidentielles).

propres installations puissent assurer une production suffisante. La société vient de conclure des ententes semblables avec deux fabricants qui l'approvisionneront jusqu'à ce que la capacité de production accrue prévue ait été atteinte en 1992. (Les ventes au cours d'une année donnée peuvent excéder la capacité de production en raison de la diminution des stocks.)

Les rapports avec la société Ajinomoto remontent déjà au début des années 70. NSC a tout d'abord obtenu en 1974 l'autorisation de commercialiser l'aspartame de la *Food and Drug Administration* ("FDA") des États-Unis. Pour des raisons qui n'ont aucun rapport avec les procédures actuelles, cette autorisation n'a jamais été mise à profit. Un contrat d'approvisionnement avait été conclu avec la société Ajinomoto en prévision de l'autorisation de la FDA. La société japonaise, qui est titulaire d'un vaste ensemble de brevets relatifs à la production de l'aspartame, accorde à NSC des licences à l'égard de brevets et du savoir-faire dans certains domaines de la fabrication. Ajinomoto et NSC sont propriétaires conjoints de NutraSweet AG, qui commercialise l'aspartame en Europe sous la marque NutraSuc. Le produit destiné à être vendu par NutraSweet AG est fourni par Ajinomoto. Cette dernière utilise la majeure partie de la production qui lui reste pour approvisionner NSC conformément à un contrat à long terme, et les approvisionnements au Canada proviennent dans une large mesure de cette source. Selon la preuve soumise, les clauses du contrat conclu avec

Ajinomoto interdisent à cette dernière de vendre de l'aspartame directement en Amérique du Nord jusqu'en 1996. La capacité de production d'Ajinomoto est d'environ 1 500 tonnes par an. Mains de 10 % de cette capacité est utilisé pour répondre à la demande au Japon, où les ventes d'aspartame par habitant sont très faibles. Ajinomoto, à l'instar de NSC, a entrepris l'expansion de ses usines.

Un seul producteur d'aspartame fait actuellement concurrence à NSC en Europe et au Canada. Holland Sweetener Company ("HSC") est une entreprise à risques partagés qui réunit Naamloze Vennootschap DSM et Tosoh Corporation du Japon. Elle exploite en Hollande une usine capable de produire 500 tonnes par an. En Europe, la commercialisation est assurée par HSC et, au Canada, par Tosoh, filiale à 100 % de Tosoh Corporation. Tosoh a commencé à vendre de l'aspartame au Canada dès que le brevet d'exploitation canadien est arrivé à expiration, soit à l'été de 1987. HSC a commencé à produire de l'aspartame au milieu de 1988, avec plusieurs mois de retard, et n'a réussi que tout récemment à s'approcher de la production à pleine capacité. Jusqu'à présent, les ventes sont restées inférieures à la production.

Plusieurs autres sociétés ont par moment produit de l'aspartame dans de petites usines pilotes ou dans des installations

polyvalentes de produits chimiques fins. Selon la preuve soumise, aucune de ces sociétés ou installations ne produit d'aspartame actuellement. La preuve montre toutefois qu'au moins quelques-unes d'entre elles n'ont pas réussi à écouler tous leurs stocks après avoir mis un terme à la production. Par exemple, Pierrel, une société qui avait approvisionné NSC pendant un certain temps et qui avait cessé la production vers le milieu des années 80, s'est vu retourner les stocks qu'un distributeur avait essayé d'écouler au Canada en 1987 et en 1988. Bien que les clients n'aient pas été intéressés à s'approvisionner auprès d'une source à qui ils ne pouvaient se fier, les sociétés qui détiennent des stocks ont tout intérêt à s'en défaire; il est probable que ces stocks sont vendus et viennent grossir les approvisionnements à l'échelle mondiale.

L'enquête du directeur a été ouverte à la suite d'une plainte faite par Tosoh.

À notre avis, les principales allégations du directeur s'inscrivent sous deux grandes rubriques. Sous la première, nous retrouvons les clauses de contrats qui, allègue-t-on, créent une relation d'approvisionnement exclusive entre NSC et ses clients et qui limitent ainsi l'entrée ou l'expansion de concurrents possibles ou existants. Le directeur se fonde sur deux articles pour formuler ce genre d'allégation: l'article 77, qui traite spécifiquement de

l'exclusivité et des ventes liées; et l'article 79, qui porte sur les "agissements anti-concurrentiels". Le directeur soutient que les clauses qui prévoient un approvisionnement exclusif correspondent aux critères généraux de l'article 78 qui définissent les agissements anti-concurrentiels, quoiqu'elles ne soient pas énumérées de façon précise dans la liste non exhaustive de tels agissements dans l'article en question. Sous la deuxième grande rubrique figure l'allégation selon laquelle NSC aurait vendu de l'aspartame à un prix inférieur à son "coût d'acquisition", ce qui constitue l'un des agissements anti-concurrentiels définis à l'article 78. Il s'agit presque d'une affaire distincte en soi étant donné les éléments qui doivent être prouvés.

Avant l'étude des allégations précises, certains points généraux sont présentés sous les trois rubriques suivantes : "Marché du produit", "Marché géographique" et "La production de l'aspartame : les producteurs éventuels et les conditions d'accès". Cette information est nécessaire non seulement pour assurer la compréhension du contexte commercial, mais aussi pour aborder directement un certain nombre de dispositions des articles 77 et 79.

II. LE MARCHÉ DU PRODUIT

La nécessité de préciser en quoi consiste un produit pertinent s'impose en raison du paragraphe 77(1) et de l'alinéa 79(1)a), qui font respectivement état du fournisseur d'un "produit" et du contrôle substantiel ou complet d'une catégorie ou espèce d'entreprises". L'alinéa 79(1)c), qui traite de la diminution sensible de la concurrence dans un "marché", rend également nécessaire la définition d'un produit pertinent. Il est inutile pour le moment d'examiner les observations qui donnent des interprétations précises à ce sujet. Quelle que soit l'interprétation adoptée à l'égard d'articles précis, les deux parties conviennent qu'il faut à un moment ou à un autre déterminer dans quelle mesure l'aspartame diffère suffisamment d'autres édulcorants; ainsi, il sera possible de décider si l'aspartame doit être considéré comme un produit distinct ou s'il s'inscrit dans une plus vaste catégorie d'édulcorants.

La question qui se pose est la suivante : d'autres édulcorants sont-ils de bons produits de remplacement pour l'aspartame et, si oui, de quelles façons? Dans toute affaire relevant du droit de la concurrence, de nombreux facteurs peuvent s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer la substituabilité des produits. Parmi les facteurs qui se sont révélés pertinents en l'instance, mentionnons le goût, l'apport calorique, d'autres caractéristiques physiques, des préoccupations concernant la sécurité, des écarts de prix et les réactions des utilisateurs en ce qui concerne les variations des prix.

La défenderesse a soutenu qu'il n'est peut-être pas toujours utile de délimiter exactement le marché du produit, et qu'il est possible d'arriver à des décisions de façon plus raisonnable sans ce faire étant donné que les facteurs dont il faut tenir compte pour définir le marché sont peut-être ceux qui serviront à l'examen d'autres questions primordiales telles que le pouvoir sur le marché. Les observations de la défenderesse semblent indiquer au Tribunal qu'une définition étroite du marché du produit pourrait inciter à conclure que NSC détient un pouvoir sur le marché, alors que cette conclusion pourrait être différente si toutes les pressions concurrentielles (y compris les pressions créées par les édulcorants non considérés comme des substituts suffisamment semblables pour être indus dans le marché délimité du produit) étaient prises en considération dans l'examen de la question du pouvoir sur le marché. Le Tribunal estime qu'il faut toujours garder présent à l'esprit l'objet général d'un article lorsqu'il s'agit d'analyser les éléments qui, aux termes du texte de loi, doivent être examinés en détail. En ce qui concerne la définition du marché du produit, le Tribunal a tenu compte des répercussions que ses conclusions auraient à cet égard.

1. Édulcorants

Les édulcorants caloriques et les édulcorants à forte intensité forment deux grandes catégories. Le sucre et le sirop de maïs enrichi en fructose sont les deux principaux édulcorants caloriques.

Les édulcorants à forte intensité possèdent une saveur sucrée qui est, compte tenu du poids, de nombreuses fois supérieure à celle du sucre. En moyenne (comme il y a une certaine variation selon l'utilisation), l'aspartame, les cyclamates et la saccharine ont respectivement un pouvoir sucrant de 180, 30 et 300 fois supérieur à celui du sucre.

Il existe toutefois d'autres aspects (ou caractéristiques) que la saveur sucrée qui déterminent la demande des divers édulcorants. Une différence évidente entre les édulcorants à forte intensité et les édulcorants caloriques est la masse très faible que créent comparativement les édulcorants à forte intensité. Ainsi, des agents gonflants doivent être ajoutés dans les préparations où le sucre constitue une importante partie de la masse, comme dans les tablettes de chocolat, quand un édulcorant à forte intensité est utilisé. D'après la preuve soumise au cours des procédures, le coût des agents gonflants n'était pas inclus dans les comparaisons entre les prix des édulcorants. Ce genre de comparaison est habituellement fondé sur

l'équivalence des saveurs sucrées. La gomme à mâcher est le seul produit dans la fabrication duquel des édulcorants à forte intensité et des agents gonflants sont largement utilisés. Les agents gonflants utilisés dans la gomme à mâcher entraînent environ le même apport calorique que le sucre; cependant, ni les agents gonflants ni les édulcorants à forte intensité ne sont cariogènes.

2. Catégories d'acheteurs d'édulcorants

En premier lieu, il convient de préciser que les édulcorants sont destinés à deux formes de consommation : domestique et industrielle. Par consommation domestique, on entend les achats d'édulcorants faits par les ménages et les restaurants dans le but d'une consommation directe par les individus. Quant à l'industrie, elle utilise les édulcorants comme ingrédients dans la vaste gamme d'aliments et de boissons qui sont vendus aux ménages et aux établissements. Dans le tableau ci-dessous applicable au Canada, aux États-Unis et à la Communauté économique européenne ("CEE"), les ventes domestiques représentent seulement 3 ou 4 % de l'ensemble des ventes réalisées au Canada et aux États-Unis. Dans chacune des trois régions géographiques, les ventes d'aspartame à l'industrie obéissent irrésistiblement à la demande du secteur des boissons gazeuses. Environ 85 % des ventes industrielles sont réalisées dans ce seul secteur. En ordre d'importance, les sociétés Coke et Pepsi occupent à peu près le même rang dans l'industrie des boissons gazeuses que celle-ci occupe par rapport à la demande industrielle globale d'aspartame.

Le pourcentage élevé d'aspartame vendu à l'industrie des boissons gazeuses contraste avec les ventes limitées d'aspartame à d'autres fins industrielles sur une grande échelle. L'utilisation de l'aspartame dans les produits de boulangerie pose des problèmes techniques; de plus, le volume des confiseries étant généralement composé en majeure partie de sucre, l'utilisation d'un édulcorant à forte intensité (non associé à un agent gonflant) ferait qu'il ne resterait presque rien du produit. Des demandes d'approbation auprès des autorités dans le domaine de la santé sont en suspens au Canada et aux États-Unis pour que l'aspartame puisse être utilisé sous forme encapsulée dans les produits de boulangerie. La demande canadienne a été déposée en septembre 1988. Une autre demande a été déposée au mois de mai de la même année afin que l'aspartame puisse être utilisé dans des produits tels que les purées de fruits et les sauces à salade. Malgré ces deux demandes, rien, d'après la demande antérieure d'aspartame ou les prévisions relatives à la demande établies par NSC, ne laisse sous-entendre que le rôle essentiel joué par l'industrie des boissons gazeuses est susceptible de changer dans un avenir prévisible.

Utilisation domestique : pourcentage des ventes totales en 1988	Utilisation dans les boissons gazeuses : pourcentage des ventes industrielles en 1988
---	---

	Tons édulcorants confondus	
Canada	29	35
États-Unis	21	40
CEE	36	30

	Aspartame	
Canada	3	85
États-Unis	4	84
CEE	27	87

Source : Annexes confidentielles de l'affidavit du témoin expert de NSC, J. Fry, annexe 6 (Pièce R-13-C).

3. Édulcorants à forte intensité

Dans les pays développés, les édulcorants à forte intensité doivent faire l'objet d'un processus d'approbation sévère qui s'étend sur une longue période. Les préoccupations relatives à l'innocuité des cyclamates et de la saccharine ont apparemment été à l'origine de ce que M. Smith, de la Direction générale de la protection de la santé ("DGPS") du gouvernement du Canada, a qualifié de "nouvelle étape en ce qui concerne les genres d'essais qui seront requis" par les gouvernements pour que ceux-ci approuvent de nouveaux édulcorants de synthèse³. Il a fallu cinq ans, à compter de la date du dépôt de la demande, pour que soit approuvé le tout dernier édulcorant à forte intensité aux États-Unis. Les demandes soumises

à la DGPS n'étant pas divulguées, il est donc impossible de savoir si, ou à quelle date, une demande visant ce même produit - l'acésulfame-K - a été déposée au Canada. Selon Mme Mathews, ancienne directrice des affaires réglementaires chez NSC, le fabricant de l'acésulfame-K a officiellement annoncé qu'il avait déposé une demande au Canada. De toute façon, l'utilisation de l'acésulfame-K au Canada n'a pas encore été approuvée, quoique les approbations requises aux États-Unis aient été accordées il y a deux ans.

Toutes les études ayant pour objet de démontrer l'innocuité d'un nouvel additif alimentaire, suivant les quantités prévues aux fins des utilisations requises dans une demande, doivent avoir été menées à terme avant le dépôt d'une demande formelle. Avant cette démarche officielle, la majeure partie des efforts et du temps consacrés à l'obtention de l'approbation d'un produit nouveau ont déjà été investis. Des demandes ont été déposées aux États-Unis en 1987 à l'égard de deux nouveaux édulcorants, l'alitame et le sucralose; il est probable que des demandes semblables ont été déposées au Canada environ au même moment. Quant aux autres

³ Transcription à la p. 198 (10 janvier 1990).

nouveaux édulcorants à forte intensité qui font l'objet de recherches, étant donné l'absence de preuve de dépôts imminents, il n'y a pas lieu d'en tenir compte, car le moment où ils seront mis en vente est encore bien loin.

Il existe actuellement quatre édulcorants à forte intensité qui ont été approuvés soit au Canada, aux États-Unis ou dans la CEE. Il s'agit de l'aspartame, de l'acésulfame-K, des cyclamates et de la saccharine. Au Canada et aux États-Unis, seul l'aspartame a été approuvé pour diverses utilisations en milieux "liquide" et "sec"; il s'agit d'applications qui peuvent nécessiter ou non que l'édulcorant à forte intensité soit dissout lorsqu'il arrive au consommateur. Les cyclamates ont été approuvés pour usage domestique au Canada, mais sont interdits aux États-Unis. La saccharine peut être vendue pour usage domestique au Canada uniquement en pharmacie. Aux États-Unis, la FDA a formellement interdit ce produit; toutefois, celui-ci a obtenu un nombre d'importantes dérogations du Congrès, la principale étant l'exemption pour utilisation dans les boissons gazeuses. L'utilisation de l'acésulfame-K pour un certain nombre d'applications en milieu sec a été autorisée en 1988.

Du point de vue du goût, l'aspartame est considéré comme l'édulcorant qui se rapproche le plus du sucre. Toutefois, il présente un certain nombre de défauts d'ordre technique qui tendent à en limiter

l'utilisation ou qui l'expose à la concurrence d'autres édulcorants. L'aspartame n'est pas stable à la chaleur (c'est-à-dire qu'il perd sa saveur sucrée lorsqu'il est chauffé), ce qui l'empêche d'être utilisé comme édulcorant dans les produits de boulangerie. Une solution technique a déjà été trouvée à ce problème, et l'aspartame est maintenant utilisé sous forme encapsulée; des demandes relatives à l'utilisation de l'édulcorant dans les produits de boulangerie sont en instance au Canada et aux États-Unis. Le caractère instable de l'aspartame se manifeste également lorsque celui-ci est utilisé dans les boissons gazeuses. En effet, il perd de sa saveur sucrée lorsque le produit est stocké pendant de longues périodes. En conséquence, les boissons gazeuses de régime vendues en distributeur aux États-Unis renferment en général un mélange d'aspartame et de saccharine, celle-ci étant beaucoup plus stable. Coke et Pepsi (et probablement toutes les marques) utilisent uniquement de l'aspartame dans leurs produits sans sucre embouteillés au Canada et aux États-Unis.

La saccharine est très bon marché du point de vue de l'équivalence de la saveur sucrée; c'est l'édulcorant le moins cher de tous. Elle présente toutefois un arrière-goût (amer) déplaisant et a été accusée de poser certains risques possibles pour la santé. Pour remédier au problème de l'arrière-goût de la saccharine, on peut y ajouter des édulcorants tels que l'aspartame ou les cyclamates.

L'acésulfame-K ressemble à la saccharine, mais coûte beaucoup plus cher. Le grand avantage qu'il offre par rapport à la saccharine est qu'il est apparemment inoffensif pour la santé. La capacité de production de l'acésulfame-K est assez limitée, soit environ 100 tonnes métriques, ce qui représente moins de 2 % de la capacité consacrée à la production de l'aspartame. L'acésulfame-K est vendu aux États-Unis surtout comme édulcorant domestique, et aucune approbation d'utilisation en milieu liquide n'a été requise. Bien qu'il n'existe aucune preuve relative aux prix de gros des produits finis, ou au coût de l'acésulfame-K en tant qu'ingrédient, il existe des preuves en ce qui concerne une augmentation marquée des dépenses promotionnelles engagées par NSC à la suite de l'introduction de l'acésulfame-K pour utilisation domestique aux États-Unis. Compte tenu de ces éléments de preuve, on peut raisonnablement conclure que l'acésulfame-K est un produit de remplacement important pour utilisation domestique aux États-Unis et dans les pays où il a été approuvé.

En France, l'acésulfame-K est utilisé en tant que mélange dans le Coca-Cola sans sucre, mais rien n'indique que d'autres pays utilisent l'édulcorant dans des préparations de régime. Il n'est donc malheureusement pas possible d'en arriver à une conclusion quant à la question de savoir si cette pénétration limitée de l'acésulfame-K du marché des boissons gazeuses sans sucre a des effets plus vastes sur la concurrence ou s'il ne s'agit que

d'une particularité du régime commercial ou réglementaire français. Étant donné le délai considérable requis pour obtenir les autorisations voulues, il est peu probable que l'acésulfame-K joue avant un certain temps un rôle important dans l'industrie des boissons gazeuses aux États-Unis ou au Canada.

Selon plusieurs témoins, **il** semblerait que l'interdiction visant les cyclamates aux États-Unis sera bientôt levée. Comme **il** a déjà été indiqué, l'utilisation des cyclamates au Canada est limitée à la consommation domestique dans la CEE, les cyclamates peuvent être utilisés dans les boissons gazeuses uniquement en Allemagne de l'Ouest. De toute évidence, **il** est difficile d'imaginer que les cyclamates pourraient se révéler un concurrent possible dans les principales utilisations qui en sont faites au Canada ou aux États-Unis. Outre le fait que les autorisations requises soient une grande source d'incertitude en ce qui les concerne (demandes acceptées ou rejetées, à quel moment et à l'égard de quelles demandes), il est fort peu probable que des industriels décident du jour au lendemain d'utiliser un ingrédient dont l'innocuité a récemment suscité des préoccupations.

Deux nouveaux édulcorants à forte intensité pourraient venir modifier la situation au plan de la concurrence. La menace la plus inquiétante pour l'aspartame semble venir du sucralose qui, tout comme

l'aspartame, est considéré avoir un goût semblable à celui du sucre mais offre une plus grande stabilité que l'aspartame. Des demandes visant un certain nombre d'applications en milieux liquide et sec pour cet édulcorant ont été soumises au milieu de 1987 à la FDA américaine. L'autre édulcorant, l'alitame, semble être considéré comme une moins grande menace au plan de la concurrence. Des demandes visant diverses applications en milieux liquide et sec ont été déposées à la FDA au début de 1987. À ce jour, aucun pays n'a approuvé les édulcorants en question pour quelque application que ce soit.

Le fait d'utiliser un mélange qui renferme plus d'un édulcorant à forte intensité permet aux industriels de faire des économies : ils peuvent modifier le mélange d'édulcorants en fonction de leurs prix et de leurs caractéristiques. Le mélange d'édulcorants apporte également une augmentation synergique de la saveur sucrée qui excède l'intensité de la saveur de chacun des édulcorants utilisés séparément. Ainsi, bien qu'aucun des édulcorants à forte intensité actuellement approuvés ne soit considéré à lui seul comme un produit de remplacement acceptable pour l'aspartame, ces même édulcorants mélangés pourraient se révéler une source de concurrence au niveau des prix en faisant varier le pourcentage d'aspartame utilisé dans les mélanges. Que les édulcorants soient utilisés séparément ou dans des mélanges, la preuve démontre que le goût est une des grandes préoccupations de la plupart de ceux qui utilisent des édulcorants à des fins industrielles.

D'après l'information obtenue en preuve, les mélanges possibles utilisés dans les boissons gazeuses qui offrent un goût acceptable sont l'aspartame et la saccharine (ou l'acésulfame-K) ainsi que l'aspartame, les cyclamates et la saccharine. Le professeur Wilson, qui a comparu pour le compte du directeur, estime qu'en raison de la possibilité de faire des mélanges, les édulcorants intenses sont le "produit" pertinent.

4. Concurrence au niveau des prix entre les édulcorants

La concurrence entre les édulcorants peut se faire de façon directe lorsqu'un édulcorant est préféré à un autre pour une utilisation particulière, ou la concurrence peut être indirecte lorsqu'elle se fait au niveau des produits qui renferment des édulcorants.

Il convient de noter que, bien que les prix de l'aspartame soient descendus au-dessous des prix du sucre dans la CEE en 1986 pour se situer à 42 % des prix du sucre en 1989, l'aspartame n'est pas encore utilisé en tant qu'édulcorant dans les boissons gazeuses qui renferment du sucre. Dr Fry, témoin expert de la défenderesse, a émis l'hypothèse selon laquelle l'aspartame remplacera les édulcorants caloriques s'il est meilleur marché que ceux-ci et que, pour cette raison, la demande de l'aspartame est très

sensible au mouvement des prix. Cela aurait pour effet de rendre les producteurs d'aspartame fort peu enclins à augmenter les prix parce qu'une telle décision entraînerait des pertes considérables au chapitre des ventes. Il n'y a aucune preuve de concurrence directe entre l'aspartame et les édulcorants caloriques, bien qu'il ait été démontré que la saccharine (ou possiblement l'acésulfame-K) est utilisée au Royaume-Uni dans les boissons gazeuses ordinaires renfermant du sucre. Il est manifestement intéressant au niveau des coûts d'utiliser la saccharine plutôt que d'autres édulcorants, y compris le sucre. Or, depuis 1982, année record pour l'utilisation de la saccharine, la quantité de saccharine (ou d'acésulfame-K) utilisée dans les boissons gazeuses ordinaires a diminué de façon constante; en 1989, elle avait diminué de 43 % par rapport à son record de 1982. Rien au niveau des prix n'explique ce changement, étant donné que les prix de la saccharine étaient, en 1982, de 3,9 % moins élevés que ceux du sucre dans la CEE - d'après l'équivalence des saveurs sucrées - et de 3,8 % en 1989⁴.

Dr Fry a indiqué que le marché grandissant des boissons gazeuses sans sucre était la preuve de la concurrence indirecte qui existe entre l'aspartame et les édulcorants caloriques. En se fondant sur le

⁴ Annexes confidentielles de l'affidavit du témoin expert, J. Fry, annexes 14 et 11 (Pièce R-13-C). Il existe, entre les marches géographiques, un écart important dans les prix du sucre en raison du degré de protection divergent que des pays ou des regroupements à caractère commercial telle que la CEE accordent à leurs producteurs de sucre. Bien que les prix de l'aspartame au Canada et dans la CEE se soient suivis d'assez près, le prix au Canada n'est pas tombe en-dessous du prix au débarquement avant 1989.

changement du rapport entre le prix de l'aspartame et celui du sucre entre 1984 et 1988 au Canada et sur le changement du pourcentage des ventes de boissons gazeuses sans sucre par rapport aux ventes totales de boissons gazeuses, il a évalué à 0,14 l'élasticité croisée" entre le sucre et l'aspartame. En d'autres termes, il est arrivé à la conclusion qu'une diminution de 1 % du prix de l'aspartame, par rapport à un prix constant du sucre, a donné lieu à une augmentation de 0,14 % de la part du marché des boissons gazeuses sans sucre⁵. Les producteurs ont maintenu les prix au même niveau pour les boissons gazeuses sans sucre et ordinaires. En conséquence, le moyen qui aurait permis d'accroître la part de marché correspond à une publicité accrue visant ces produits ou à d'autres efforts commerciaux déployés par les fournisseurs lorsque ceux-ci ont vu leur marge bénéficiaire augmenter en raison de la baisse des prix de l'aspartame. Toutefois, rien ne démontre que cette augmentation hypothétique des frais de commercialisation a bel et bien eu lieu. Le seul élément de preuve concernant la publicité s'applique aux États-Unis. Là-bas, c'est le contraire qui s'est produit : pendant que le prix de l'aspartame chutait, moins d'argent en termes absolus et par rapport aux ventes de boissons gazeuses ordinaires a été consacré aux boissons gazeuses sans sucre⁶. De plus, l'hypothèse du Dr Fry n'est pas d'une logique évidente,

⁵ Affidavit du témoin expert, J. Fry, aux pp. B-34 à B-37 (Pièce R-13-E); Annexes de l'affidavit du témoin expert, J. Fry, annexe 12 (Pièce R-13-F).

⁶ Affidavit supplémentaire du témoin expert, J. Fry, annexe 23, tableau 1 (Pièce R-13-G).

car pendant la période visée par son étude, le prix de l'aspartame en tant qu'ingrédient était plus élevé que celui du sucre. Ainsi, même si le prix de l'aspartame accusait un recul et que le désavantage du produit au niveau des couts se faisait plus négligeable, **il** est difficile de comprendre pour quelle raison les distributeurs de boissons gazeuses jugeraient dans leur intérêt de consacrer plus d'efforts à la promotion d'un produit offrant une marge de profit moins élevée. Même en adhérant à l'hypothèse du Dr Fry, **il** est difficile de savoir en quoi consiste l'élasticité croisée" déterminée étant donné la nature tellement indirecte du prétendu effet du mouvement des prix.

Mesurer l'élasticité croisée n'est pas chose facile, car il faut dégager l'effet du mouvement des prix d'autres facteurs qui ont des répercussions sur les ventes. Dans le cas des produits de régime, il est parfaitement clair que les styles de vie influent fortement sur la demande. Or, ce facteur n'a jamais été pris en considération, et il n'aurait pas été possible de le faire étant donné le nombre limite d'observations présentées à cet égard. L'augmentation des ventes de boissons gazeuses sans sucre a été beaucoup plus rapide que celle des boissons gazeuses ordinaires pendant une longue période précédant l'arrivée de l'aspartame (comme

l'indiquent les données applicables aux États-Unis entre 1972 et 1988⁷) : le taux de croissance du segment des boissons gazeuses sans sucre a été de plus de deux fois et demi plus élevé que celui des boissons gazeuses ordinaires entre 1972 et 1982, avant que l'aspartame entre en ligne de compte, et ce, malgré les dangers que l'ingrédient alors utilisé dans les boissons gazeuses sans sucre a été soupçonné de poser pour la santé. Le fait que la croissance se soit maintenue après l'arrivée de l'aspartame et qu'il y ait eu diminution de son prix n'étaye en aucune façon la conclusion selon laquelle la croissance du segment des boissons gazeuses sans sucre est attribuable à la baisse du prix de l'aspartame. Certes, il est possible que l'aspartame fasse concurrence de façon indirecte aux édulcorants caloriques au Canada et dans la CEE étant donné que l'aspartame est maintenant meilleur marché compte tenu de l'équivalence des saveurs sucrées; mais la preuve concernant cette possibilité et la façon dont elle pourrait influencer sur les prix de l'aspartame ne pourra être établie que dans l'avenir.

La question de la concurrence indirecte entre l'aspartame et les édulcorants caloriques a aussi été étudiée à la lumière d'éléments de preuve concernant l'auto-concurrence", ce qui, dans le contexte actuel, signifie que des préparations à faible teneur en calories ou sans sucre ont été

⁷ *Ibid.*

vendues au détriment des préparations ordinaires qui renferment du sucre. Il est difficile de saisir l'importance de cette preuve quant à la question de savoir si les prix des édulcorants caloriques influent sur le prix de l'aspartame. Comme l'a indiqué le professeur Wilson, le fait que certains consommateurs préfèrent en général ou à l'occasion un produit à basse teneur en calories ne donne absolument aucune indication en ce qui concerne la concurrence indirecte qu'il pourrait y avoir au niveau des prix entre l'aspartame et les édulcorants caloriques⁸. Dr Fry a fourni la preuve relative à l'auto-concurrence des boissons gazeuses ordinaires par leurs versions de régime aux États-Unis. Il s'agit d'une équation de régression dans laquelle la consommation des boissons gazeuses (sans sucre ou sans sucre et ordinaires) "s'explique" par le produit national brut⁹. Outre la question de savoir si cet élément de preuve est pertinent en ce qui concerne la question de la substituabilité, le Tribunal juge cette preuve peu convaincante parce que le Dr Fry n'a pas tenu compte des fausses indications statistiques et des impressions trompeuses de cause à effet créées par les tendances sous-jacentes de l'économie qui sont choses fréquentes dans ce genre d'analyse.

La défenderesse à présente comme autres éléments de preuve de la concurrence entre le sucre et l'aspartame des exemples de publicités présentées par des associations de producteurs de sucre en Australie et dans

⁸ Transcription aux pp. 1161-62 (8 février 1990).

⁹ Affidavit supplémentaire du témoin expert, J. Fry, aux pp. 2-3 et annexe 23, tableaux 2 et 3 (Pièce R-13-G).

d'autres pays faisant valoir l'aspect naturel du sucre par rapport à l'aspartame. Bien que ces publicités indiquent que les associations de producteurs de sucre croient effectivement que celles-ci, en discréditant l'origine de l'aspartame, peuvent influencer sur la demande de sucre (et d'aspartame), elles n'affectent en aucune façon la conclusion selon laquelle la préférence pour les produits sans sucre au détriment des produits ordinaires tient essentiellement à des styles de vie plutôt qu'aux prix.

Dr Fry a également soumis des mesures relatives à l'élasticité croisée entre l'aspartame et les cyclamates, mesures fondées sur les ventes des marques domestiques renfermant des cyclamates et de l'aspartame¹⁰. Le chiffre obtenu est d'environ 0,35, ce qui révèle une concurrence indirecte plus forte au niveau des prix que dans le cas de l'aspartame et des édulcorants caloriques utilisés dans les boissons gazeuses. Il n'y a pas lieu de croire davantage que les chiffres utilisés par le Dr Fry donnent une mesure de l'élasticité croisée entre l'aspartame et les cyclamates au niveau de l'utilisation domestique que des chiffres semblables qui mesureraient le degré de concurrence indirecte entre l'aspartame et les édulcorants caloriques utilisés dans les boissons gazeuses. Ce que révèlent les chiffres est une diminution constante du prix de l'aspartame par rapport à celui des cyclamates pendant que les ventes d'édulcorants domestiques renfermant de

¹⁰ Annexes de l'affidavit du témoin expert, J. Fry, annexe 12 (Pièce R-13-F).

l'aspartame augmentaient et que les ventes des édulcorants à base de cyclamates accusaient un recul. Il convient toutefois de noter que, même si le prix de l'aspartame a chuté, il est toujours resté à un niveau beaucoup plus élevé que celui des cyclamates -- environ neuf fois plus élevé en 1984 et un peu moins de quatre fois plus élevé en 1988¹¹. Quoique le coût de l'aspartame et des cyclamates en tant qu'ingrédients soit en évidence, il n'en va pas de même pour les prix auxquels ces édulcorants domestiques sont vendus. Les chiffres soumis en preuve au sujet des dépenses de publicité consacrées à la principale marque qui renferme de l'aspartame ne permettent de dégager aucune conclusion¹². La preuve n'étaye aucune conclusion selon laquelle les changements survenus au niveau des parts relatives des marques qui renferment de l'aspartame et des cyclamates étaient uniquement ou essentiellement attribuables au mouvement des prix de ces ingrédients. Par exemple, les ventes relatives des deux ingrédients varieront manifestement en fonction des perceptions des consommateurs quant à leur innocuité.

Tout cela ne revient pas à dire qu'il n'existe aucune forme de concurrence conçue de façon générale entre l'aspartame et les cyclamates. Mais ce qu'il faut déterminer aux fins qui nous intéressent est la mesure dans

¹¹ Annexes confidentielles de l'affidavit du témoin expert, J. Fry, annexe 11 (Pièce R-13-C).

¹² Affidavit supplémentaire du témoin expert, J. Fry, annexe 24, tableau 2 (Pièce R-13-G).

laquelle cette concurrence empêche les producteurs d'aspartame d'augmenter les prix. L'information sur laquelle est fondée la mesure d'élasticité croisée n'est tout simplement pas suffisante pour que la mesure se révèle utile à cet égard. Enfin, le fait que les ventes d'aspartame pour consommation domestique représentent un très faible pourcentage du volume total des ventes d'aspartame signifie que la mesure dans laquelle l'aspartame est une source de concurrence directe ou indirecte dans ce secteur a également un effet négligeable sur les fluctuations des marges de profit attribuables au mouvement des prix.

Les nouveaux édulcorants à forte intensité seront probablement les principaux concurrents de l'aspartame. Il est toutefois difficile d'évaluer les répercussions possibles sur la concurrence d'un produit qui n'a encore été approuvé nulle part dans le monde et qui, après avoir été approuvé, ne sera certainement pas produit à pleine capacité avant un certain nombre d'années. La même observation s'applique en ce qui concerne la légalisation possible des cyclamates aux États-Unis. Bien que les cyclamates soient considérés comme un édulcorant valable pour les mélanges utilisés dans les boissons gazeuses, on ignore s'ils pourront être utilisés à cette fin et si les producteurs de boissons gazeuses choisiront de les utiliser comme ingrédient.

La meilleure façon de déterminer dans quelle mesure les édulcorants actuellement sur le marché ainsi que ceux qui y feront bientôt leur apparition influent sur le prix de l'aspartame consiste à comparer le prix de l'aspartame dans les pays où ces autres édulcorants représentent la seule source de concurrence au prix pratiqué dans les pays où il y a au moins possibilité d'une concurrence entre les fournisseurs d'aspartame. Aux États-Unis, où la durée du brevet d'exploitation a été prolongée, c'est le premier élément de la comparaison qui s'applique et, au Canada, c'est le second. Le prix moyen de l'aspartame aux États-Unis excède de plus de 50 % celui de l'aspartame au Canada. Les autres édulcorants ne constituent pas une source de concurrence suffisante pour limiter le pouvoir sur le marché de NSC aux États-Unis.

Dans l'évaluation des répercussions sur la concurrence des autres édulcorants, il faut aussi tenir compte de la décision de NSC de plus ou moins doubler sa capacité de production. La société a pris cette décision afin de conserver sa part du marché lorsque son brevet d'exploitation aux États-Unis arrivera à expiration à la fin de 1992. Après avoir évalué la menace que représentaient d'autres édulcorants, la société a manifestement voulu affronter la concurrence possible d'autres fabricants d'aspartame en créant une capacité de production hautement efficace susceptible de répondre à la majeure partie de la demande future.

Conclusion relative au marché du produit

En résumé, il n'y a aucune preuve de concurrence directe entre l'aspartame et les édulcorants caloriques et, quant à la concurrence indirecte entre les produits de régime et les produits qui renferment du sucre, la preuve est loin d'être concluante. Cependant, d'autres édulcorants à forte intensité approuvés qui sont utilisés dans les boissons gazeuses sans sucre offrent une certaine forme de concurrence directe. Aucun édulcorant n'est toutefois à lui seul un bon produit de remplacement dans les grands segments du marché, et rien ne semble vraiment indiquer que les mélanges constitueraient une menace sérieuse. Nous définirions donc le marché du produit comme étant l'aspartame. Toutefois, que le produit pertinent soit défini comme étant de l'aspartame ou des édulcorants à forte intensité importe peu en réalité, du moment que l'on ne perd pas de vue la mesure limitée dans laquelle d'autres édulcorants à fortes intensité influent sur les prix de l'aspartame. Au Canada, l'aspartame est le seul édulcorant à forte intensité à avoir été approuvé comme additif alimentaire. Toute concurrence dans le segment des édulcorants domestiques aurait probablement très peu de répercussions sur l'ensemble des prix. En conséquence, les répercussions sur la concurrence au Canada d'autres édulcorants à forte intensité doivent être indirectes, le tout découlant des prix de l'aspartame à l'étranger et se répercutant sur les prix canadiens. La question essentielle qui se pose est

dans quelle mesure le marché canadien est-il protégé des répercussions de la concurrence venant d'ailleurs, le cas échéant. La réponse à cette question se trouve dans la définition du marché géographique.

III. LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

Comme il n'y a pas de production d'aspartame au Canada en termes de sources d'approvisionnement des fabricants, le Canada est nécessairement inclus dans un marché géographique qui s'étend au-delà de ses frontières. Puisque les acheteurs canadiens doivent compter sur des fabricants étrangers, il faut se demander si le Canada constitue un marché distinct pour ce qui est de la distribution.

Le directeur est d'avis que le Canada est le marché géographique dont il faut tenir compte pour évaluer les répercussions sur la concurrence des pratiques de la défenderesse en matière de vente d'aspartame. Il soutient que cette opinion est étayée par plusieurs facteurs, notamment, les rapports qui existent sur la question des prix entre différentes régions géographiques (en particulier entre le Canada et la CEE), le traitement distinct accordé au Canada relativement au volume et au prix dans les contrats touchant plusieurs pays conclus entre NSC et Coke et Pepsi, ainsi que le propre régime de réglementation du Canada lorsqu'il s'agit

d'admettre les édulcorants intenses comme additifs alimentaires, régime qui entraîne des résultats différents de ceux que l'on retrouve dans les pays de la CEE. Selon le Tribunal, cette dernière réflexion n'aide pas beaucoup à délimiter le marché géographique. Il est vrai que le resserrement des critères réglementaires concernant d'autres édulcorants à forte intensité risque d'accroître la demande d'aspartame et de faire augmenter les prix. Cependant, on ne répond pas ainsi à la question fondamentale qui se pose dans la délimitation du marché géographique, à savoir si une région est suffisamment à l'abri des tensions suscitées par les prix émanant d'autres régions pour que ses caractéristiques particulières permettent d'imposer des prix qui diffèrent sensiblement pendant une période donnée de ceux des autres régions.

La défenderesse estime que le marché s'étend à l'échelle mondiale (sauf, probablement, pour ce qui est des pays où elle détient toujours un brevet d'exploitation). Elle fonde cette opinion sur les considérations suivantes : les frais de transport sont peu élevés, il n'existe pas de barrières tarifaires et non tarifaires canadiennes¹³ et, selon le

¹³ Les tarifs modérés pour l'aspartame sont les suivants : Tarif de la nation la plus favorisée, 12,5 %; Tarif de préférence général, 8 %; Tarif américain (au 1er janvier 1990), 7,5 %. Voir *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. C-54, numéro tarifaire 2924-29.00.10. En vertu du *Décret de 1988 sur La réduction ou La suppression des droits de douane sur les produits chimiques et les matières plastiques*, DORS/88-74, modifié par DORS/88-340, DORS 89/327 et DORS/90-383, l'aspartame entre au Canada en franchise jusqu'au 30 juin 1991. À cette date, l'exemption sera probablement renouvelée pour une autre année, une prolongation n'étant apparemment qu'une question de routine.

professeur Mathewson, témoin expert de la défenderesse, le peu d'infrastructure requise pour la distribution rend l'accès facile. Le professeur Mathewson conclut que tant qu'il y aura des fournisseurs à l'extérieur du Canada, ceux-ci accéderaient rapidement au marché, directement ou indirectement, si NSC tentait d'augmenter les prix au Canada.

La délimitation du marché géographique consiste à tenter de déterminer l'étendue du territoire à l'intérieur duquel la concurrence existe et les prix d'un produit ont tendance à être uniformes. Dans la majorité des industries, l'absence d'obstacles gouvernementaux au commerce et le coût peu élevé du transport suffisent pour que les frontières nationales ne créent pas de marchés distincts, surtout lorsque l'accès à la distribution est facile. On peut alors habituellement présumer que les vendeurs (ou même les acheteurs) déplaceront les produits d'une région où les prix sont bas à une autre où ils sont élevés afin de faire échec aux tentatives de hausse des prix dans une région donnée. Il ne faut toutefois pas tenir ce fait pour acquis.

Il est peu probable qu'un mouvement vers la péréquation des prix de l'aspartame découle de l'arbitrage au sens étroit du terme, c'est-à-dire, le déplacement des biens d'une région où les prix sont bas vers une autre où ils sont élevés, car les contrats d'approvisionnement d'aspartame sont conclus pour un pays ou une région donnée. S'il y a

péréquation, il est plus probable qu'elle découle de la position de négociation des multinationales qui comptent pour une grande partie des achats. Même lorsque la négociation n'est pas centrale, le personnel dans les différentes régions est au courant des prix pratiques ailleurs.

Du point de vue de l'offre, HSC a de bonnes raisons d'axer ses activités de vente dans la région qui offre le meilleur rendement, ce qui tend à faire baisser les prix dans la région où ils sont plus élevés. Les nouveaux distributeurs susceptibles d'accéder à ce marché verraient la chose du même oeil. Il y aurait lieu de nuancer la conclusion du professeur Mathewson concernant la facilité d'accès dans le domaine de la distribution en faisant remarquer que l'existence même du logo NutraSuc, son historique et son utilisation sur les emballages de la plupart des principaux acheteurs d'aspartame constituent l'une des conditions d'accès auxquelles se heurtent les nouveaux distributeurs. Nous ne tenterons pas ici de savoir si le logo constitue un obstacle et, si oui, dans quelle mesure. L'élément le plus important pour déterminer si ce facteur et d'autres contribuent à séparer le marché canadien du reste du monde où la concurrence existe (c'est-à-dire sauf pour ce qui est des régions protégées par un brevet) est le prix effectivement payé. Les renseignements les plus complets déposés en preuve touchent le Canada et l'Europe, particulièrement la CEE, et, en fait, il s'agit

là des deux seules grandes régions, autres que les régions pour lesquelles un brevet existe, les États-Unis et l'Australie, où l'aspartame est utilisé.

Conclusion relative au marché géographique

Le prix net de NSC, ou "le prix net/net" qui est l'expression utilisée par la société, est calculé en appliquant divers rabais qui sont accordés pour une région ou un client donné. Les prix nets/nets moyens de NSC en Europe étaient de 10 % plus élevés que les prix canadiens en 1987, année où les brevets d'exploitation ont expiré au Canada et au Royaume-Uni (qui vendait le plus d'aspartame en Europe), de 6 % plus élevés en 1988 et de 13 % plus bas en 1989¹⁴.

Les clauses particulières à des pays dans les contrats touchant plusieurs pays, de même que la moyenne de ces différences de prix, montrent que les conditions de marché au Canada, qui comprennent les pratiques commerciales de NSC, peuvent entraîner, et qu'elles l'ont fait, des prix qui diffèrent sensiblement de ceux pratiqués dans d'autres régions où la concurrence existe. Autrement dit, il est raisonnable de traiter le Canada comme un marché géographique distinct aux fins de l'évaluation des effets des pratiques commerciales de NSC.

¹⁴ Pièce D-3 (confidentielle).

IV. LA PRODUCTION DE L'ASPARTAME LES PRODUCTEURS EVENTUELS ET LES CONDITIONS D'ACCES

L'aspartame est produit en combinant l'acide aspartique et la phénylalanine. On peut facilement se procurer l'acide aspartique parce qu'il est utilisé autrement que pour la production de l'aspartame. Par contre, la phénylalanine sert presque exclusivement à la fabrication de l'aspartame et les producteurs doivent s'intégrer d'une façon ou d'une autre dans sa production.

NSC possède deux usines de production d'aspartame, une à University Park (Illinois) et l'autre à Augusta (Georgia). La première, ouverte en 1982, utilise le procédé "Z", un procédé technique de combinaison moins capitalistique, mais qui semble dans l'ensemble plus couteux. L'usine d'Augusta, ouverte en 1985, utilise le procédé "F" qui est fondé sur un procédé technique mis au point par la société mère de NSC, Monsanto Company. HSC utilise le procédé "Z", mais elle se sert d'une méthode enzymatique plutôt que d'un processus chimique. Ajinomoto possède des

¹⁵ Les estimations des coûts fournies par NutraSweet ne comprenaient pas le coût de l'utilisation du capital, sauf l'amortissement. Si l'on tenait compte du coût du capital, l'effet serait plus grand sur le procédé «F» qui est plus capitalistique et la différence des coûts qui est estimée lorsque l'on ne tient pas compte de ce facteur aurait tendance à être éliminée ou renversée.

connaissances dans les deux procédés, mais elle utiliserait un troisième processus chimique.

La production de l'aspartame comporte de nombreuses étapes. Chacune d'entre elles, ou plusieurs regroupées, selon le procédé technique utilisé, est brevetée par des entreprises différentes. Outre NSC (grâce à ses contrats de licence avec Ajinomoto) et Ajinomoto, aucune entreprise ne détient les brevets couvrant toutes les étapes. Ajinomoto est la seule qui détient des brevets pour la cristallisation, qui survient vers la fin du procédé de fabrication. Selon la preuve fournie par HSC, Ajinomoto a intenté des poursuites en Angleterre et en Hollande contre HSC pour contrefaçon de brevet. On sait que certaines entreprises ont des brevets couvrant une ou plusieurs étapes. Outre les grands producteurs actuels (NSC, Ajinomoto et HSC), seule Mitsui Toatsu du Japon détiendrait un ensemble de brevets relativement complet. Ces brevets portent sur toutes les étapes de la production, sauf la cristallisation.

Le directeur est d'avis que les ensembles de brevets actuellement en vigueur constituent un obstacle important pour les producteurs éventuels. Il croit également que les économies d'échelle et les coûts irrécupérables de la production d'aspartame raffermissent cet obstacle. Pour sa part, la défenderesse soutient qu'il est dans l'intérêt de ceux qui ont

fait breveter des procédés techniques qu'ils n'utilisent pas d'accorder une licence d'exploitation de leurs brevets et que le fait que des entreprises distinctes ne détiennent pas les brevets couvrant tous les procédés ne constitue pas un obstacle. Le Tribunal admet qu'il n'est pas nécessaire de détenir des brevets pour fabriquer de l'aspartame. Il suffit d'avoir accès à un procédé technique qui n'enfreint pas les droits conférés par des brevets existants. En outre, même s'il existe un brevet, cela ne signifie pas que le procédé technique en question ne coûte pas cher. Le Tribunal estime que les procédés techniques en général et les procédés techniques brevetés qui sont protégés par le secret industriel constituent un obstacle à l'accès, mais la preuve n'est pas suffisamment détaillée pour s'avancer plus avant sur cette question. Les producteurs éventuels devront probablement faire un compromis entre investir dans des techniques peu coûteuses et utiliser des techniques existantes plus onéreuses. Les entreprises qui envisagent de prendre une large part du marché grâce à des usines spécialisées devront presque certainement investir dans des procédés techniques afin de pouvoir arriver à des coûts concurrentiels.

Dr Fry et le professeur Mathewson soutiennent que beaucoup de producteurs éventuels, représentés par des entreprises polyvalentes de produits chimiques fins ou d'anciens producteurs d'aspartame, peuvent

facilement avoir accès à l'industrie ou y revenir. Le professeur Mathewson résume ainsi le témoignage du Dr Fry et ses incidences :

[TRADUCTION]

James Fry dresse La liste des producteurs actuels d'aspartame dans le monde et de leur capacité de production, de même que des producteurs éventuels. En outre, il expose en détail ce qu'il en coûterait pour transformer une usine de produits chimiques fins en vue de la production d'aspartame ou de reconvertir une ancienne usine de fabrication d'aspartame et le temps que cela demanderait. En général, le coût est peu élevé et le temps nécessaire est court. [...]

[En raison des coûts de transport peu élevés et de la facilité d'accès au secteur de La distribution au Canada], il semble que les pressions exercées en matière de concurrence par les fournisseurs éventuels dans ces circonstances seraient importantes. Il découle de La facilité d'accès à La production et à La distribution de l'aspartame que NSC doit agir de façon concurrentielle pour survivre¹⁶

Dr Fry et le professeur Mathewson insistent sur le temps que demanderait la transformation d'une usine de produits chimiques fins en vue de la production de l'aspartame. Leur analyse ne tient pas compte du fait que les producteurs de produits chimiques fins doivent avoir une source de phénylalanine, ce qui oblige à investir dans la fabrication de ce produit directement ou par l'entremise d'un contrat. Selon M. Minarich, vice-président des opérations et de la technologie de NSC, il devrait être possible d'acheter de la phénylalanine. La fourchette de prix, selon lui, à laquelle cet ingrédient pourrait être acheté est beaucoup plus élevée que ce qu'il en coûte

¹⁶ Affidavit du témoin expert, F. Mathewson, aux para. 31-32 (Pièce R-20-C) [notes en bas de page omises].

à NSC pour le produire. Dans leur témoignage, Dr Fry et le professeur Mathewson ne se prononcent pas sur la question importante du cout relatif de production de l'aspartame dans une usine spécialisée et dans une autre polyvalente. D'après le témoignage non conteste de M. Vermijs, directeur général de HSC, la production dans les usines polyvalentes est beaucoup plus onéreuse; ces usines seraient probablement celles qu'utiliseraient les entreprises de produits chimiques fins pour amorcer la production d'aspartame.

Un contrat de sous-traitance entre NSC et Hexcel, un producteur de produits chimiques fins, ne confirme pas l'opinion selon laquelle ce genre de producteurs peut facilement accéder à cette industrie. Selon ce contrat, Hexcel doit produire de l'aspartame pour NSC. Il faut utiliser le procédé technique de combinaison "Z", apparemment plus onéreux, parce qu'il demande de l'équipement que le producteur a façon possède déjà en grande partie. Le prix payé à Hexcel peut ne pas être fonction de son cout de production parce que NSC fournit les connaissances nécessaires, les matières premières essentielles et une partie de l'équipement. En outre, on ne sait pas quelles sont les autres possibilités ouvertes à Hexcel. Le rendement que Hexcel pourrait retirer de la production d'autres produits chimiques fins déterminerait ce qu'il exigerait de NSC. Une clause de

non-incurrence dans le contrat interdit à Hexcel de produire de l'aspartame pendant cinq ans après la fin de son accord d'approvisionnement avec NSC.

Dr Fry a mentionné un certain nombre d'entreprises qui ont déjà produit de l'aspartame, en produisent actuellement ou ont manifesté de l'intérêt pour ce genre de production. Ce témoignage n'est pas assez convaincant au chapitre de la concurrence éventuelle pour être significatif (ou utile). Les renseignements concernant les producteurs (anciens ou actuels) sont résumés ci-dessous. L'importance de la production des usines est fondée sur le témoignage du Dr Fry ¹⁷, mais nous avons tenu compte d'autres témoignages pour ce qui est de leur situation lorsque celui du Dr Fry n'était pas précis où était contredit. Les six premières entreprises sont européennes, les deux suivantes japonaises et les deux dernières coréennes.

ENTREPRISES	PRODUCTION (tonnes par an)	SITUATION
Laboratoires Bottu	50	A produit au milieu des années 80
Isochem	70	Ne produit pas
Farmitalia (maintenant Antibioticus)	1000	Produira sous contrat
Farchemia	100	Ne produit pas

¹⁷ Affidavit du témoin expert, J. Fry, aux pp. 1-1 à 1-7 (Pièce R-13-E).

Pierrel	630	N'a pas produit depuis 1985 ou 1986
Orgamol	25	A produit au milieu de 1986
Mitsui Toatsu	15	Laboratoire ou usine-pilote ¹⁸
Tosoh	25	Usine-pilote
Cheill Sugar	25	Ne produit pas
Green Cross	125	A récemment cessé de produire ¹⁹

Bien que certaines entreprises aient déjà produit de l'aspartame, on ne sait pas ce qu'il leur en coûterait pour reprendre la production si elles le souhaitent. Les entreprises européennes ont cessé de produire au milieu des années 80 lorsque le prix de l'aspartame était de deux à trois fois plus élevé que son prix courant à l'extérieur des États-Unis. Dans presque tous les cas, la production se faisait (ou se fait) dans des usines-pilotes ou des usines polyvalentes.

Le coût de renonciation et, par conséquent, la volonté de commencer à produire de l'aspartame des producteurs actuels de produits

¹⁸ Selon Dr Fry, Mitsui Toatsu possède une usine-pilote, mais d'après le témoignage de M. Vermijs, on ne sait pas vraiment si cette société est à l'étape du laboratoire ou de l'usine-pilote.

¹⁹ Dr Fry ne mentionne pas si Green Cross produit actuellement. Selon le témoignage de M. Kuipers, directeur de La commercialisation chez HSC, elle ne produit pas.

chimiques fins dépendent naturellement du rendement de la production des autres produits chimiques fins. Même si la production est sensiblement plus onéreuse dans une usine polyvalente de produits chimiques fins que dans une usine spécialisée dans la production d'aspartame (et de phénylalanine) lorsque la comparaison des couts porte sur des usines construites expressément à ces fins, il se peut que les couts des producteurs de produits chimiques fins puissent quand même être comparables à ceux des producteurs spécialisés lorsque l'on prévoit une baisse dans l'industrie des produits chimiques fins.

Il semble que Pierrel, Farmitalia et Green Cross aient été les nouveaux producteurs les plus importants. Pierrel produisait dans une usine polyvalente. Elle a approvisionné NSC pendant un certain temps alors que la production de cette dernière n'était pas suffisante pour satisfaire à la demande. Pierrel a également tenté de vendre directement. On rapporte qu'elle avait encore beaucoup d'inventaires lorsqu'elle a mis fin à sa production. Comme les autres entreprises qui ont quitté le domaine, Pierrel s'est heurtée à de nombreuses difficultés parce que le volume des ventes possibles à l'extérieur des régions couvertes par le brevet d'exploitation de NSC était très restreint.

Farmitalia a approvisionne NSC de 1982 à 1985, et elle fera de même en vertu d'un contrat de sous-traitance pendant une partie de 1990-1991. Elle a l'équipement nécessaire pour toutes les étapes de la production et elle utilisera son propre procédé technique. NSC fournira les deux matières premières de base. Le prix élevé que recevra Farmitalia en vertu de l'accord ne confirme pas l'opinion selon laquelle son arrivée possible sur le marché imposerait des contraintes aux prix fixes par des producteurs actuels. De toute façon, tout comme Hexcel, Farmitalia ne pourra pas produire d'aspartame pendant cinq ans après la fin de son contrat d'approvisionnement.

Green Cross n'est pas mentionnée souvent dans la preuve, si ce n'est pour dire qu'elle a récemment mis fin à la production et que NSC ne la considérait pas comme un sous-traitant utile.

Si l'on se fonde sur l'ensemble de brevets qu'elle détient, Mitsui Toatsu pourrait être un producteur éventuel. Selon le Dr Fry, elle possède une usine-pilote, mais M. Vermijs estime qu'elle n'en est pas encore à cette étape. Quoi qu'il en soit, la construction d'une usine d'aspartame demande environ deux ans et, par la suite, plusieurs mois additionnels sont nécessaires pour surmonter tous les problèmes de production. Comme rien ne prouve que Mitsui Toatsu a commencé à construire, la production ne débutera

certainement pas avant ce temps et, si l'on se fie à l'expérience de HSC, elle sera retardée d'un autre deux ans environ, si elle n'a pas d'usine-pilote.

L'accès à un procédé technique est une première étape essentielle à la production. Cependant, même une entreprise qui disposerait d'un procédé technique comparable à celui qu'utilisent les producteurs actuels peut trouver les débuts de la production difficiles, surtout jusqu'à l'expiration du brevet d'exploitation américain à la fin de 1992. Selon le témoignage de M. Minarich, on retrouve des économies d'échelle pour une usine avec des capacités s'élevant à plus du tiers de la production mondiale actuelle. Cette affirmation est confirmée par le témoignage de M. Vermijs, qui soutient qu'il est courant dans l'industrie des produits chimiques que les exigences en matière de biens d'équipement par unité diminuent à mesure que l'importance de la production augmente, c'est-à-dire que le coût des récipients et des tuyaux augmente moins rapidement que leur capacité. La nouvelle usine de 2 100 tonnes qui est actuellement en construction à Augusta ne répond pas aux estimations de M. Minarich pour ce qui est de la production minimale rentable, mais elle représente quand même plus du quart de la production mondiale et davantage que l'ensemble des ventes à l'extérieur des États-Unis. Par conséquent, une entreprise qui espère parvenir à la parité des coûts avec NSC doit pouvoir prendre une grande part du marché. L'accès à la production sur une si grande échelle entraîne des

risques puisque, selon le témoignage de M. Vermijs, une grande partie de l'investissement dans une usine spécialisée dans la production d'aspartame est irrécupérable, c'est-à-dire que la valeur de l'usine pour ce qui est des autres utilisations possibles est beaucoup moins élevée. Une autre difficulté à laquelle se heurtent ceux qui veulent accéder à ce marché est l'existence d'une courbe d'apprentissage prononcée dans la production de phénylalanine et d'aspartame. Même avec une grande usine utilisée à pleine capacité, les nouveaux producteurs ne pourront peut-être pas arriver à des coûts comparables à ceux auxquels NSC est maintenant parvenue tant qu'ils n'auront pas acquis l'expérience nécessaire en matière de production.

Conclusion relative aux obstacles à l'accès

Le Tribunal est convaincu qu'il existe de très importants obstacles à l'accès de nouveaux fabricants d'aspartame autres que NSC. L'accès à ce marché est difficile parce que les futurs producteurs qui voudraient atteindre des coûts de production comparables à ceux de NSC doivent surmonter les obstacles que posent les ensembles de brevets des producteurs actuels, les économies d'échelle importantes relatives à la demande mondiale actuelle d'aspartame et les coûts irrécupérables qui augmentent les risques de l'accès. De plus, même les entreprises qui disposent déjà des procédés techniques nécessaires et qui ont l'expérience de

la production dans une usine-pilote doivent attendre au moins deux ans avant de pouvoir se lancer dans la production sur une grande échelle.

v. **L'ARTICLE 79**

Le directeur prétend que NSC se livre (et s'est livrée depuis la fin de son brevet d'exploitation canadien) à la pratique d'un certain nombre d'agissements anti-concurrentiels ayant vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Les alinéas a), b) et c) du paragraphe 79(1) reproduits ci-dessous énoncent les éléments qui doivent être pris en compte.

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

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

1. "Contrôle"

Aux termes de l'alinéa (1)a), la situation suivante doit exister :

une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à La grandeur du Canada ou d'une de ses régions.

Ce premier élément soulève la question de la signification qu'il y a lieu d'accorder au verbe "contrôler" dans "contrôlent sensiblement ou complètement".

Selon le directeur, il faudrait appliquer la définition ordinaire suivante de "*control*" :

*To exercise restraint or direction upon the free action of; to dominate, command.*²⁰

De l'avis du directeur, le "contrôle" s'exerce sur l'approvisionnement, ce que l'on peut évaluer si l'on considère la part de la capacité mondiale qu'occupe NSC et sa part des ventes canadiennes, ou bien

²⁰ Arguments écrits du directeur à la p. 17.

le fait qu'elle détient des contrats d'exclusivité couvrant plus de 90 % des ventes canadiennes.

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

Le Tribunal est persuadé que la situation de la défenderesse est conforme à l'esprit de l'article et de l'ensemble de la Loi. Cette constatation a peu d'importance sur le plan pratique parce que, en dernier ressort, il faut tenir compte de tous les indicateurs pertinents de la puissance commerciale pour déterminer s'il y a vraisemblablement risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. En outre, on pourrait difficilement exclure de la définition de contrôle, y compris de celle du dictionnaire, la prise en compte des conditions d'accès. Toutefois, l'économie de l'article soulève la question de savoir s'il faut étudier à fond la preuve relative au contrôle

puisque cela entraînerait probablement une étude des agissements anti-concurrentiels reproches et de leurs effets. Si tous les éléments de preuve sont pris en compte, les trois principaux facteurs des alinéas a), b) et c) du paragraphe 79(1) pourraient être regroupés dans l'évaluation du premier. Cet aspect est courant dans le droit de la concurrence parce que les facteurs pertinents des différentes dispositions législatives sont rarement distincts et l'on doit nécessairement se fonder sur des facteurs communs au besoin.

Des arguments alternatifs du directeur soutiennent que si l'on définit le contrôle comme s'entendant de la "puissance commerciale" ou de l'emprise monopolistique", la preuve confirme la conclusion selon laquelle NSC exerce un contrôle en raison de sa large part des ventes et de sa capacité de production et de l'existence d'obstacles à l'accès au marché des édulcorants à forte intensité. Ces obstacles sont énumérés comme étant :

[TRADUCTION]

a) les obstacles à la production d'aspartame que posent les brevets de procédé, b) l'importance des coûts irrécupérables qu'entraîne la production rentable de l'aspartame, c) les pratiques contractuelles de la défenderesse qui empêchent l'accès marginal à la production et font par conséquent augmenter l'importance de la production dès le début et les coûts qui en découlent, d) les pratiques commerciales de la défenderesse qui obligent les concurrents à engager des dépenses semblables et aussi élevées pour la commercialisation, et e) le temps nécessaire à l'approbation réglementaire et à l'acceptation par les consommateurs de tout nouveau édulcorant intense. De plus, une clause

contractuelle interdit expressément au nouveau producteur le plus probable, Ajinomoto, d'accéder au marché²¹.

Des analyses antérieures des conditions d'accès à la fabrication et au marché des produits couvrent les points a), b) et e) soulevés par le directeur, tandis que les points c) et d) portent sur des allégations concernant la conduite de NSC. Le directeur considéré également certaines conditions du contrat avec Ajinomoto comme constituant un agissement anti-concurrentiel de la part de NSC. Pour les besoins de la présente analyse, les rapports entre NSC et Ajinomoto font que la quasi-totalité de la capacité globale de cette dernière est contrôlée par NSC.

Les premières observations de la défenderesse concernant le contrôle sont que la baisse des prix et l'augmentation de la production depuis 1987 prouvent que NSC ne possède pas de puissance commerciale. On peut difficilement tirer cette conclusion de la preuve, surtout lorsque l'on examine l'allégation selon laquelle un des agissements anti-concurrentiels de NSC consiste à fixer des prix inférieurs à son coût de revient. Par contre, la preuve montre, ce qui est de toute façon absolument évident, que la puissance commerciale actuelle de NSC, s'il en existe une, a beaucoup diminué depuis l'expiration de son brevet d'exploitation canadien.

²¹ Arguments écrits confidentiels du directeur à La p. 21.

Les principales observations de la défenderesse portent sur la capacité de Coke et de Pepsi, en tant qu'acheteurs très importants, de protéger leurs intérêts et de faire obstacle à tout pouvoir que pourrait détenir NSC. La force de leur position stratégique résiderait dans le fait que ces deux sociétés contrôlent un volume suffisant pour leur permettre, au besoin, d'aider un concurrent à s'établir afin de répondre à leur demande. Leur position serait d'autant plus forte que les coûts irrécupérables de NSC la rendraient très vulnérable si une telle situation se produisait. Cette observation est incomplète parce qu'elle ne tient pas compte du fait que des coûts irrécupérables élevés, surtout lorsqu'ils sont assortis de fortes économies d'échelle, nuisent également à la position de Coke et de Pepsi en tant que futurs producteurs. En omettant ce point, la défenderesse a grandement exagéré la capacité de Coke ou de Pepsi d'accéder à l'industrie. Fait plus important, cette argumentation fait abstraction des conséquences négatives qu'un tel accès pourrait avoir sur la position relative du nouveau producteur par rapport à son principal concurrent et aux autres producteurs de boissons gazeuses de régime. En supposant que l'une ou l'autre de ces deux sociétés trouve un producteur capable de fonctionner à un coût acceptable, l'importance de la nouvelle production nécessaire pour répondre aux besoins de Coke ou de Pepsi entraînerait un fort excédent de production. Il en découlerait une pression à la baisse des prix de l'aspartame, ce qui rejaillirait sur les profits de celle des deux sociétés qui n'aurait pas eu à dépenser de

l'argent pour faire une intégration descendante. Par contre, la société de boissons gazeuses qui se serait lancée dans la production, par l'entremise d'un contrat à long terme ou à titre de propriétaire, serait prise dans une situation qui pourrait fort bien entraîner des coûts de production plus élevés que ceux de ses concurrents.

Il ne fait aucun doute que Coke et Pepsi sont des clients extrêmement importants pour NSC, qui doit évaluer attentivement leur réaction à toute mesure qu'elle prend. Il est évident que l'inverse est également vrai. Coke et Pepsi dépendront encore beaucoup de NSC même après l'expiration du brevet d'exploitation américain, car elles devront encore compter sur NSC pour obtenir une grande quantité d'un ingrédient très important. Chacun doit également tenir compte de la réaction de l'autre. Par exemple, si les deux sociétés retirent le logo NutraSuc de leurs contenants²², le risque de perdre des ventes est moins élevé que si seulement l'une d'elles le fait, et il en serait de même si l'une ou l'autre décidait de se lancer dans la production de l'aspartame. L'historique de l'adoption du logo NutraSuc par Coke est révélateur à cet égard. Lorsque l'utilisation de l'aspartame a été approuvée dans les boissons gazeuses aux États-Unis en 1983, Coke a d'abord choisi d'utiliser un mélange d'aspartame et de

²² En vertu des contrats en vigueur avec NSC, Coke et Pepsi ont convenu de reproduire La marque NutraSuc et le logo en "spirale" sur les emballages de leurs produits de régime en contrepartie d'un rabais important du prix de l'aspartame qu'elles achètent.

saccharine tandis que Pepsi optait pour l'aspartame seulement et la reproduction du logo NutraSuc sur ses contenants. Coke a décidé de faire de même après quelques mois.

Bien que Coke et Pepsi disposent de ressources considérables pour protéger leurs intérêts, le Tribunal n'est pas persuadé que la puissance commerciale de NSC soit abolie pour autant, surtout tant que le brevet d'exploitation américain sera encore en vigueur et qu'il aura des répercussions sur les négociations relatives aux contrats au Canada. Quelles que soient les conclusions qui seront retenues concernant la nature et l'effet des conditions des contrats qui seraient anti-concurrentielles²³, on ne peut pas conclure que NSC n'était pas en situation de puissance commerciale au moment de la négociation de ces conditions.

La défenderesse prétend également que NSC n'est pas en situation de puissance commerciale en raison de l'existence de concurrents actuels ou éventuels. Pour ce qui est des petits concurrents, la défenderesse estime qu'au prix auquel on peut, selon M. Minarich, acheter la phénylalanine (à deux ou trois mois d'avis), ces entreprises pourraient fort bien être exploitées à un cout inférieur aux prix pratiques actuellement au Canada. Quoique la preuve ne permet pas de se prononcer avec exactitude sur les

²³ L'exclusivité et les conditions connexes des contrats sont analysées *infra* à la p. 73 et s.

coûts des producteurs polyvalents de produits chimiques fins, elle pourrait à la rigueur confirmer les prétentions de la défenderesse. Comme nous l'avons signalé dans l'analyse des conditions d'accès, le rendement qu'une entreprise pourrait retirer de la fabrication d'autres produits compte pour beaucoup. De toute façon, on ne peut pas conclure qu'une simple comparaison des coûts de production et des prix signifie que NSC ne dispose pas d'une puissance commerciale parce qu'il y a des possibilités que d'autres producteurs aient accès au marché; la distribution du produit entraîne d'autres frais dont aucun des éléments de preuve ne fait mention, si ce n'est ceux de NSC, qui a une situation très particulière sur le marché.

La preuve que NSC dispose d'une puissance de marche appréciable compte tenu de sa part du marché (plus de 95 % des ventes au Canada), des conditions d'accès et des restrictions imposées à ses clients les plus importants est suffisamment convaincante pour qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner les limites que suppose l'utilisation du mot sensiblement. Il est évident qu'elle exerce un "contrôle" sensiblement important. Il n'est pas nécessaire non plus d'étudier les effets des agissements anti-concurrentiels reprochés sur l'accès à la distribution et, indirectement, sur la fabrication.

2. "Catégorie ou espèce d'entreprises"

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

Le directeur fonde son opinion sur l'arrêt *Eddy Match Co. v. R.*²⁴ Cette poursuite a été intentée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*²⁵, qui a été remplacée par la *Loi sur la concurrence*. L'article 32 dispose que quiconque a participé personnellement ou sciemment à la formation ou à l'exploitation d'une coalition est coupable d'un acte criminel. "Coalition" y est défini au paragraphe 2(1) comme :

²⁴ (1953), 109 C.C.C. 1 (B.R. Quebec, S.A.).

²⁵ S.R.C. (1927), ch. 26, art. 32, 2.

une fusion, un trust ou monopole, laquelle entente, fusion, lequel trust ou monopole a fonctionné ou est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, [...]

L'alinéa 2(4)b) précise en outre que "fusion (*merger*), trust ou monopole" signifie :

[...] une ou plusieurs personnes [...] qui sensiblement ou complètement exerce ou exercent une influence prépondérante, dans une région ou dans un district particulier du Canada ou dans le Canada tout entier, sur. @
catégorie ou le genre d'entreprise a quoi cette personne s'est livrée ou ces personnes se sont livrées, [...]
[Soulignement ajoute]

Les mots soulignés sont équivalents à ceux de l'alinéa 79(1)a).

Dans ces procédures, Eddy Match Co. ("Eddy") était accusée d'exploiter une coalition, c'est-à-dire, une fusion, un trust ou un monopole, qui contrôlait la fabrication et la distribution des allumettes de bois. Cette entreprise et des sociétés apparentées avaient une politique énergique d'acquisition des nouveaux producteurs dans ce domaine. En déterminant que les allumettes de bois constituaient la "catégorie ou espèce d'entreprises" pertinente, le tribunal n'a pas jugé nécessaire de tenir compte des autres moyens de produire une flamme comme substituts possibles. Il a reconnu que "dispositifs d'allumage" était une catégorie générale qui pouvait comprendre de nombreux genres d'entreprises mais a statué que "catégorie

ou espèce d'entreprises" se rapportait aux allumettes de bois puisqu'il s'agissait du seul commerce d'Eddy et que les allumettes étaient différentes des autres dispositifs d'allumage.

En se fondant sur les faits en cause dans l'arrêt *Eddy Match Co.* et sur les différentes dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et de la *Loi sur La concurrence*, le Tribunal ne croit pas que cet arrêt puisse vraiment servir de base pour déterminer ce qui constitue une "catégorie ou espèce d'entreprises" sans se reporter à des substituts possibles. Dans cette affaire, les accusations ont été portées en vertu d'une loi pénale, l'accusée ayant eu une conduite très énergique envers d'autres producteurs d'allumettes de bois. Eddy a certainement agi comme si les allumettes de bois étaient un produit suffisamment distinct pour qu'elle juge utile de concentrer ses efforts sur cette industrie. Dans la loi actuelle, toutefois, l'article 79 prévoit d'autres recours et l'organisme décideur est un tribunal spécialisé. Le Tribunal irait à l'encontre de l'esprit de cette loi s'il ne tenait pas compte d'autres facteurs pertinents (c'est-à-dire les substituts possibles) en se fondant sur une question de forme présumée.

De plus, le directeur reconnaît qu'il faut tenir compte du marché des produits dans l'étude du paragraphe 79(1) et plus particulièrement de l'alinéa 79(1)c) où il est question de diminuer

sensiblement la concurrence dans "un marché", terme qui oblige à identifier le produit et l'étendue géographique. De l'avis du Tribunal, on s'en tient davantage à la logique de l'article si l'on identifie expressément le marché des produits relativement au "contrôle" plutôt que de traiter partiellement de la question en fonction de l'alinéa 79(1)a) et de reprendre l'étude en se fondant sur l'alinéa 79(1)c).

3. **Pratique d'agissements anti-concurrentiels**

Aux termes de l'alinéa 79(1)b), il faut déterminer l'existence de deux situations, à savoir, la "pratique" et les "agissements anti-concurrentiels".

L'article 78 énonce neuf agissements anti-concurrentiels :

78. Pour l'application de l'article 79, "agissement anti-concurrentiel" s'entend notamment des agissements suivants:

- a) La compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;
- b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;
- c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

- d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;
- e) La préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;
- f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;
- g) l'adoption pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;
- h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de La part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou La participation accrue d'un concurrent dans un marché;
- i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

Il est évident que cette liste ne se veut pas exhaustive et la défenderesse admet que d'autres conduites qui ne sont pas expressément mentionnées à l'article 78 peuvent constituer des agissements anti-concurrentiels. Certains de ces agissements ont des éléments communs mais, comme le reconnaissent le directeur et la défenderesse, un seul est commun à tous : l'agissement anti-concurrentiel doit avoir un but particulier dont il est nécessaire de faire la preuve. Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l'alinéa 78f), est l'effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas.

Le mot "pratique" revient à plusieurs reprises dans la Loi, mais il n'est pas défini. Le directeur a soulevé cette question, mais la défenderesse ne l'a pas fait. Selon le directeur, l'interprétation de "pratique" adoptée dans une décision de l'Ontario sur la vente à prix impose est adéquate. Le juge de première instance a statué, et sa décision a été confirmée par la Cour d'appel dans *R. v. William E. Coutts Co.*²⁶, qu'un agissement relatif à la vente de cartes de souhaits pendant une semaine constituait une "pratique". Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je crois que le mot est utilisé dans l'article pour marquer une distinction par rapport à un agissement ou des agissements pris isolément²⁷.

Le directeur soutient également que l'on peut tenir compte de différents agissements anti-concurrentiels ensemble, ou d'un agissement répété pour déterminer s'il s'agit d'une "pratique".

Dans son étude de la signification de "pratique", le Tribunal est conscient de la différence importante qui existe entre la conduite prévue à l'article 79 et la vente à prix impose. Cette dernière est une infraction criminelle (dont les moyens de défense sont restreints), tandis que l'article 79

²⁶ [1968] 1 O.R. 549.

²⁷ *Ibid.* à la p. 555.

prévoit un recours d'ordre civil comportant des éléments relies auxquels il faut se conformer avant que le recours ne puisse être accordé. S'il existe une bonne raison d'éviter d'accorder une interprétation restrictive au terme "pratique" en vertu du droit pénal, il est d'autant plus important de faire de même en vertu de l'article 79. Les agissements anti-concurrentiels mentionnés à l'article 78 sont très variés. Certains supposent presque certainement une conduite qui se poursuit pendant un certain temps, comme la péréquation du fret à l'alinéa c), tandis que d'autres, comme l'établissement de normes pour des produits prévu à l'alinéa g), portent sur des actes isolés. L'interprétation de "pratique" doit être assez large pour permettre d'y inclure toute une gamme d'agissements anti-concurrentiels. Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'il peut y avoir pratique lorsqu'il y a plus qu'un "agissement isolé ou une série d'agissements". Pour les mêmes raisons, le Tribunal croit également que différents agissements anti-concurrentiels pris ensemble peuvent constituer une pratique. Il importe toutefois de signaler que cette constatation ne dégage pas le directeur de la nécessité d'établir que chacun des agissements avait un but anti-concurrentiel.

Le directeur impute huit agissements anti-concurrentiels à la défenderesse. Sauf pour ce qui est de la "fixation des prix anti-concurrentielle", aucun d'entre eux n'est expressément mentionné à l'article 78. Quatre des agissements anti-concurrentiels reprochés, qui ont

trait aux clauses des contrats d'approvisionnement de NSC, s'inscrivent dans une tentative de provoquer une exclusivité ou sont des prolongements de l'exclusivité. Il est préférable de les analyser ensemble. (Nous nous réservons pour plus tard la tâche de déterminer s'ils constituent des agissements distincts ou s'il s'agit de conditions contractuelles ayant un thème commun.) Auparavant, nous examinerons les allégations d'abus touchant les exigences relatives aux "déclarations gouvernementales" et d'exclusion contractuelle des concurrents éventuels". La "fixation des prix anti-concurrentielle" et l'utilisation du brevet américain pour faire obstacle à la concurrence" sont étudiées en dernier.

On peut difficilement déterminer si un agissement est anti-concurrentiel, surtout en ce qui concerne son but. Selon le directeur, pour déterminer quel était le but, on peut se fonder sur la preuve d'une intention subjective (grâce aux déclarations orales et écrites du personnel de la défenderesse) ou sur un examen de l'agissement même (on peut présumer qu'une société est consciente de ses agissements). Le Tribunal ne trouve rien d'inacceptable dans ces observations. Il va sans dire que dans la plupart des cas, il faudra se fonder sur les circonstances qui entourent le but d'un agissement en particulier.

a) Abus touchant les exigences relatives aux déclarations gouvernementales

Le directeur soutient que le fait que NSC ait inscrit une perte dans ses déclarations d'impôt de 1986 à 1988 constitue un agissement anti-concurrentiel compte tenu de sa situation de puissance sur le marché et vu que l'on s'attendait raisonnablement à ce qu'elle fasse des profits. Il prétend que, puisqu'elle ne paie pas d'impôts au Canada sur ses opérations canadiennes et qu'elle n'en paiera pas pendant un certain temps en raison de ses pertes accumulées, NSC jouit d'un avantage concurrentiel par rapport aux concurrents existants ou éventuels. Cette dernière nie qu'elle évite des impôts dans l'ensemble car, si elle fait des économies d'impôt au Canada, elle en paie en conséquence davantage aux États-Unis.

Le directeur est également d'avis que, puisque la méthode de fixation des prix de l'aspartame importe n'est pas clairement expliquée comme l'exigent les formulaires de déclaration de douane, cela constitue également un agissement anti-concurrentiel, car NSC épargne ainsi le montant (de l'avis général très minime) qu'il en coûterait pour compléter adéquatement ces formulaires. NSC n'a pas de droits de douane ni d'autres montants à verser pour l'importation de l'aspartame, et elle n'a donc pas de frais liés à la précision des déclarations.

Selon le Tribunal, cette allégation ne peut pas être admise puisque le directeur n'a même pas tenté de démontrer que ces abus touchant les exigences relatives aux déclarations gouvernementales avait un but anti-concurrentiel²⁸.

b) Exclusion contractuelle des concurrents éventuels

Le directeur prétend que l'exclusion d'Ajinomoto du marché canadien à titre de fournisseur indépendant d'aspartame aux termes d'une entente avec NSC constitue un agissement anti-concurrentiel. L'entente écrite n'a pas été déposée, mais des témoins de NSC ont déclaré qu'Ajinomoto a convenu de ne pas vendre au Canada (ni aux États-Unis) jusqu'à la fin de 1995. Selon la défenderesse, la décision d'Ajinomoto de ne pas vendre au Canada n'est pas un agissement anti-concurrentiel mais fait partie d'une entente globale en vue d'accroître l'efficacité. Cependant, rien ne prouve que les rapports entre Ajinomoto et NSC aient apporté des éléments complémentaires sur les plans technique ou économique.

²⁸ Teitelbaum, J. formule cette autre observation : En ce qui concerne le fait que NSC a inscrit une perte au chapitre de ses opérations canadiennes dans ses déclarations d'impôt au gouvernement du Canada pour les exercices d'imposition de 1986 à 1988 - formulaires dans lesquels NSC déclare solennellement avoir dit La vérité - et bien que le directeur n'ait pu démontrer l'existence d'un but anti-concurrentiel, je dirai que les représentants de La haute direction de NSC, y compris son président, ont témoigné sous serment que NSC a réalisé des profits grâce à ses opérations canadiennes. Il est donc évident qu'au moyen d'une "comptabilité créative", NSC réussit à ne pas payer au gouvernement du Canada des impôts au titre des profits qu'elle a réalisés au Canada. Et l'excuse est inacceptable selon laquelle, comme un représentant de NSC l'a indiqué, NSC paierait des impôts pour les profits réalisés au Canada au gouvernement des États-Unis, n'échappant pas ainsi à ses obligations.

NSC a choisi Ajinomoto comme fournisseur au début des années 70 (sinon avant) en raison des connaissances de cette dernière dans des domaines reliés à la production d'aspartame. Jusqu'à récemment, Ajinomoto ne pouvait pas agir à titre de fournisseur indépendant car les brevets d'exploitation de NSC couvraient presque le monde entier. La preuve montre que NSC compte sur Ajinomoto pour une faible part de son propre approvisionnement, la totalité de l'approvisionnement de la coentreprise avec Ajinomoto en Europe (NutraSweet A.G.) et pour les techniques brevetées, pour lesquelles elle verse des redevances. Ajinomoto est libre de vendre au Japon à son propre compte.

Les documents de la société²⁹ comportent des renseignements selon lesquels NSC a investi des sommes importantes dans l'usine d'Ajinomoto au début des années 80. Selon les témoignages oraux, le prix payé à Ajinomoto au début et au milieu des années 80 était établi de façon à lui permettre de recouvrer rapidement son capital. Par la suite, le prix devait couvrir surtout les coûts variables. Une démarche semblable doit être adoptée pour la production provenant d'une expansion prévue des installations d'Ajinomoto. La preuve ne précise pas si NSC investira également dans ce projet d'expansion.

²⁹ Pièce VIII-29 (confidentielle): Plan à long terme de 1989 de NSC, tableau intitulé "Capital Expenditure Trends".

Au vu de ce que l'on sait de l'entente, NSC a fait en sorte de ne pas avoir Ajinomoto comme concurrent pendant quelque temps. Outre la concession de licence pour les procédés techniques d'Ajinomoto, qui est probablement très souhaitable sur le plan de l'efficacité, on peut difficilement noter dans les rapports entre les deux sociétés des éléments visant à accroître l'efficacité ou à promouvoir la concurrence. C'est plutôt le contraire qui ressort : les deux principaux producteurs, chacun ayant des atouts considérables quoique différents, ont convenu de ne pas se faire concurrence.

Il s'agit de déterminer si l'entente constitue un agissement anti-concurrentiel aux termes de l'article 78. De l'avis du directeur, elle peut être considérée comme telle, compte tenu du fait que l'entente de NSC avec Ajinomoto interdit à cette dernière de vendre au Canada et étant donné la situation de NSC sur le marché. Toutefois, le Tribunal estime que ce motif en lui-même n'est pas suffisant. Le critère qui revient dans les agissements anti-concurrentiels énumérés à l'article 78 (sauf à l'alinéa f)) est que le concurrent de l'entreprise dominante soit une cible et non un allié. Le Tribunal hésite à conclure que toutes les ententes horizontales sont exclues des dispositions des articles 78 et 79, mais il estime qu'on ne lui a pas apporté de preuve suffisante pour conclure que l'entente entre NSC et Ajinomoto (dans la mesure où elle touche le Canada) constitue un agissement anti-concurrentiel aux termes de l'article 78.

c) Conditions contractuelles liées à l'exclusivité

Le directeur soutient que le recours par la défenderesse aux conditions contractuelles décrites ci-dessous constitue une pratique d'agissements anti-concurrentiels.

(i) En vertu des clauses d'approvisionnement exclusif, le client doit acheter tout l'aspartame dont il a besoin de NSC et, en vertu des clauses d'exploitation exclusive, il doit utiliser l'aspartame produit par la défenderesse comme seul ou principal édulcorant dans une partie ou la totalité de ses produits. Ces clauses sont souvent formulées de la façon suivante :

X convient d'utiliser de l'aspartame NutraSuc comme seul (ou principal) ingrédient édulcorant intense dans [liste nominative des produits] [produits sans sucre ou de régime] fabriqués au Canada pendant La durée de l'entente et convient également d'acheter de NSC tout l'aspartame de marque NutraSuc dont il a besoin.

La simple mention de l'exclusivité" englobe ces deux clauses. Les deux sont plutôt redondantes puisque, normalement, il est impossible de se procurer de l'aspartame de marque NutraSuc ailleurs que chez NSC. En conséquence, le client convient de n'acheter que de l'aspartame de marque NutraSuc pour répondre à tous ses besoins d'édulcorants non calogènes ou à tous ceux d'une gamme donnée de produits.

(ii) La déduction relative à l'apposition de la marque de commerce ou du logo est un rabais important du prix brut de l'aspartame accordée au client. En retour, celui-ci doit reproduire le nom NutraSuc et le logo sur ses emballages et dans sa publicité à la télévision et dans les journaux visant les produits qui contiennent de l'aspartame de marque NutraSuc. La déduction est fixée par livre selon le nombre total de livres d'aspartame que le client achète, et non selon le nombre d'utilisations de la marque de commerce. NSC décide de ce qui doit paraître sur l'emballage (la marque de commerce "NutraSweet/NutraSuc" et le logo en spirale) ainsi que des couleurs et de la taille.

Les programmes de commercialisation en commun comportent un autre rabais sous forme d'un montant par livre que NSC verse au client pour ses programmes de commercialisation des produits contenant de l'aspartame de marque NutraSuc. Le paiement est calculé selon le montant total d'aspartame acheté et doit s'appliquer à des programmes de publicité approuvés par NSC. Le processus semble être assez informel, l'approbation étant donnée dans le cadre de discussions courantes ou après le fait. Un témoin d'un client a dit qu'il suffisait de s'assurer que le nom NutraSuc et le logo apparaissent dans la publicité. En fait, cette démarche est également prévue dans les conditions types de la déduction relative à l'apposition de la marque de commerce.

(iii) Dans certains contrats, une clause de prix concurrentiel ou de dédit accorde à NSC le choix de vendre son produit au prix inférieur du concurrent ou de dégager le client de son obligation afin qu'il puisse acheter de l'autre fournisseur, et une clause de la nation la plus favorisée garantit que le prix demandé à un client donne est le plus bas prix offert par NSC pour un volume équivalent d'aspartame. A la fin de l'année, NSC envoie au client sans autre explication un chèque couvrant un paiement de péréquation découlant d'une clause de la nation la plus favorisée.

Les deux premiers points, (i) et (ii), constituent indéniablement une pratique puisqu'on les retrouve dans presque tous les contrats d'approvisionnement de la défenderesse. Comme les contrats de Coke et de Pepsi comportent les deux clauses mentionnées en (iii) et qu'ils comptent pour un large volume des ventes sur plusieurs années, le directeur soutient que l'insertion de ces clauses constitue une pratique, ce que la défenderesse ne conteste pas. Le Tribunal est du même avis que le directeur sur ce point.

L'exclusivité n'est pas mentionnée comme telle parmi les agissements anti-concurrentiels énumérés à l'article 78, mais en l'espèce elle est parfaitement compatible avec ceux-ci. L'exclusivité et les conditions contractuelles connexes découlent de la "stratégie de l'ingrédient de marque" de NSC. L'idée de bien identifier et de promouvoir un ingrédient tel que

l'aspartame semble être unique à NSC. Les personnes qui achètent des ingrédients pour les utiliser dans leurs produits sont habituellement très bien renseignées et s'intéressent aux propriétés de l'ingrédient plutôt qu'à son image de marque. Normalement, le consommateur de base est conscient seulement, et ce, de façon marginale, de certains ingrédients contenus dans le produit. NSC a implanté sa stratégie unique peu après que la FDA eut approuvé l'utilisation de l'aspartame dans les boissons gazeuses aux États-Unis. Rien ne prouve que NSC ait assujéti l'approvisionnement à l'utilisation du nom NutraSuc et du logo; elle a plutôt rendu cette utilisation attrayante du nom et du logo en offrant des rabais aux clients qui apposent le nom et le logo sur leurs emballages et qui font ainsi de la publicité pour ce produit. Cependant, tant que NSC, grâce aux droits monopolistiques que lui conférait son brevet, était le seul fournisseur, la distinction entre promouvoir l'utilisation du nom et du logo en réduisant les prix et en faire une condition d'approvisionnement était nettement théorique car NSC pouvait fixer ses prix de façon que le client n'ait en réalité pas vraiment le choix. Toutefois, la stratégie de l'ingrédient de marque devient une question d'exclusivité quand le brevet d'exploitation prend fin et que les clients ont au moins la possibilité légale de s'approvisionner ailleurs.

Comme l'a souligné le professeur Mathewson dans son témoignage, l'exclusivité est très répandue dans le système économique et

il arrive souvent qu'elle soit nécessaire pour que la distribution du produit ou du service soit efficace. Il est évident que les marches concurrentiels peuvent susciter l'exclusivité.

D'après ce que montrent des documents internes, NSC croit que la stratégie de l'ingrédient de marque est nécessaire pour empêcher les prix de baisser au niveau des coûts marginaux de la production, ce qui a tendance à se produire dans le cas des autres produits chimiques qui sont vendus comme des marchandises. On insiste dans ces documents sur la "stratégie du fournisseur unique", vers laquelle NSC devrait tendre afin de prendre et de conserver la plus large part possible du marché pour l'aspartame de marque NutraSuc³⁰. Compte tenu de cette preuve et du fait qu'elle a été mise en place au moment où le brevet d'exploitation était en vigueur et où les clients n'avaient pas le choix quant à leurs fournisseurs ou à leurs modes de commercialisation, le Tribunal est convaincu que la stratégie a été et est élaborée afin d'exclure la concurrence future ou existante et non pas parce

³⁰ L'article 69 de La *Loi sur La concurrence* dispose que les documents de La société font foi sans autre preuve que La défenderesse connaissait leur contenu et qu'ils ont été constitués avec son autorisation. Le Tribunal tire ses conclusions concernant le but de La stratégie des ingrédients de marque du plan stratégique de 1984-88 du NutraSweet Group (établi en 1983 pour La direction de Searle), et des plans à long terme de 1986 et de 1989 de NSC préparés par le président Shapiro, pour être présentes au comité de gestion de Monsanto Co. (Pièces V- 20, VIII-29, VIII-31) (confidentielles). Le fait que ces documents représentent La politique intégrée de NSC n'est pas contesté; ce qui l'est, c'est que les conséquences d'une telle politique soient anti-concurrentielles.

qu'elle est jugée nécessaire pour accroître l'efficacité de la distribution ou de l'utilisation du produit.

Selon les témoins de NSC, la promotion de l'aspartame NutraSuc avait pour but de dissiper les craintes des consommateurs au sujet de l'innocuité de l'aspartame-- craintes qui étaient à prévoir étant donné la publicité défavorable faite autour des édulcorants à forte intensité comme les cyclamates et la saccharine. En fait, NSC ne fait pas la promotion de l'aspartame, mais plutôt de son propre nom et de sa marque. D'après des enquêtes menées par NSC, certains clients croient que le fait que des produits renferment de l'aspartame de marque NutraSuc est une bonne chose. Cependant, la réaction positive à la marque NutraSuc est un objectif auquel tend toute société dont les produits font l'objet de beaucoup de publicité, et celui-ci n'entre pas en ligne de compte dans les conclusions du Tribunal concernant le but de NSC lorsqu'elle vise l'exclusivité.

Les déductions relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun incitent fortement à utiliser le logo. Tout client qui veut acheter de NSC est presque obligé de l'utiliser sur tout emballage de produits contenant de l'aspartame NutraSuc, car la réduction est de l'ordre de 40 % lorsque les déductions relatives à l'apposition du logo et à la publicité sont toutes les deux prises en compte, l'apposition du logo

comptant de loin pour la plus grande part. Le montant de la réduction pour l'apposition du logo n'est pas du tout, du moins selon ce que l'on peut déduire de la preuve, fonction de la valeur pour NSC de cet affichage sur l'emballage d'un client par opposition à un autre. M. Rosa, vice-président et directeur général du Groupe Sweetener, a expliqué une récente augmentation de cette réduction comme étant la formule de réduction des prix que préfère NSC.

Ces réductions ne laissent pas le choix aux clients. S'ils décident de ne pas utiliser le logo pour une gamme donnée de produits ou de ne pas s'engager à l'utiliser pour tous les produits de cette gamme, ils sont obligés de s'approvisionner au complet chez un autre fournisseur car les prix de NSC sans les rabais relatifs au logo et à la publicité sont trop élevés. Les nouveaux fournisseurs doivent être suffisamment bien établis pour que les clients éventuels consentent à leur confier tous leurs besoins pour une gamme de produits.

Bien que NSC désire manifestement promouvoir son appellation commerciale et sa marque, il est évident que ses contrats avec Coke et Pepsi visent l'exclusivité comme telle plutôt que la publicité de sa marque de commerce. Ces deux sociétés reçoivent une réduction relative à l'apposition du logo pour leurs boissons de régime vendues dans les grandes bouteilles

consignées sur lesquelles le nom et le logo de NSC n'apparaissent pas; la marque de commerce ne figure qu'en lettres minuscules sur la capsule. La réduction est également accordée pour les produits de régime vendus en distributeur ou le logo n'est pas du tout affiche.

Il est donc évident que ces réductions visent essentiellement l'exclusivité.

Le directeur s'oppose à la clause de prix concurrentiel ou de dédit, tout comme Tosoh, au motif qu'elle accorde à NSC un avantage sur les concurrents. Lorsqu'un client veut s'en prévaloir, NSC à sa disposition des renseignements sur les offres de ses concurrents et, pour conserver la clientèle (ou la part pour laquelle le client a reçu une autre offre) elle n'a qu'à faire une offre concurrentielle. Selon Tosoh, les concurrents ne sont pas portés à soumissionner s'ils savent qu'ils ne serviront que de monnaie d'échange. De l'avis du professeur Thompson, qui a comparu pour le compte du directeur, ces clauses sont parfois considérées par les économistes comme une modalité d'échange de renseignements entre les entreprises concurrentielles. En l'espèce, il croit que les clauses servent à décourager les nouveaux producteurs, ce qui renforce les effets anti-concurrentiels de l'exclusivité.

Le Tribunal estime que la clause de prix concurrentiel ou de dédit a été exigée par les clients les plus importants, soit Coke et Pepsi, qui ont conclu des contrats d'exclusivité à long terme. La clause était considérée comme un moyen d'atténuer les effets de cette exclusivité. Le Tribunal est d'avis que, si l'approvisionnement exclusif est contestable en l'espèce, la clause de prix concurrentiel ou de dédit l'est également : le fait de rendre l'exclusivité plus acceptable pour les clients incite ces derniers à conclure des ententes d'exclusivité. Rien non plus ne porte à conclure que la clause atténue les obstacles à l'accès que pose l'exclusivité. Les concurrents sont dissuadés de soumissionner parce qu'ils savent que NSC aura la possibilité de concurrencer les prix qu'ils offrent. Lorsque des concurrents présentent des soumissions, la situation de NSC lui permet de garder quand même sa clientèle.

Pour ce qui est de la clause de la nation la plus favorisée, le directeur croit qu'il s'agit d'une incitation à l'exclusivité car elle garantit aux clients qu'ils seront traités aussi bien que leurs concurrents. Il soutient, avec raison selon le Tribunal, que seule une entreprise ayant une large part du marché peut offrir à ses clients une clause de la nation la plus favorisée, car elle est fort probablement la seule à vendre à leurs concurrents. Le Tribunal ajouterait cependant que, dans la mesure où les acheteurs importants peuvent exercer des pressions sur leurs fournisseurs, et donc accroître la concurrence,

ils le feront plus vraisemblablement s'ils sont convaincus (contrairement au cas présent) qu'eux seuls profiteront des pressions exercées et que leurs concurrents ne tireront pas aussi profit des efforts qu'ils ont déployés. Tout comme la clause de prix concurrentiel et de dédit, la clause de la nation la plus favorisée ne rend pas moins contestable l'approvisionnement exclusif.

Le directeur soutient que chacune des conditions contractuelles touchant l'approvisionnement exclusif devrait être considérée comme un agissement anti-concurrentiel distinct. Il s'appuie sur la jurisprudence américaine relative à l'exclusivité et sur celle de la Commission européenne traitant des "rabais de fidélité" s'apparentant aux réductions relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun ainsi que des clauses de prix concurrentiel ou de dédit. En l'espèce, le Tribunal ne voit pas la nécessité de déterminer si chaque clause constitue un agissement anti-concurrentiel. Il est peu probable que les clauses de prix concurrentiel ou de dédit et de la nation la plus favorisée existaient s'il n'y avait pas d'entente d'exclusivité explicite ou implicite. Le Tribunal estime qu'il s'agit de déterminer si les ententes d'approvisionnement exclusif, et toutes les conditions contractuelles qui s'y rattachent, ont pour but d'interdire l'accès à d'autres fournisseurs. Il est convaincu que tel est le cas.

d) Vente a un prix inférieur au cout : Norme de cout pertinente

Le directeur prétend que NSC se livre à l'agissement anti-concurrentiel décrit à l'alinéa 78(i) qui consiste à "vendre des articles à un prix inférieur au cout d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent". Il présente diverses interprétations ou sources d'information sur les couts s'appliquant au "cout d'acquisition" en l'espèce. La défenderesse soutient, avec raison selon le Tribunal, que le cout d'acquisition ne se prête pas facilement au contexte de la fabrication. En fait, d'après le libelle de l'alinéa, il semble que le Parlement voulait qu'il s'applique à la distribution, c'est-à-dire a des situations où les articles sont achetés pour être revendus. Puisque NSC achète des produits d'Ajinomoto, il y a achat et revente par NSC. La prétention de la défenderesse selon laquelle le cout d'acquisition de ces achats est limite au cout des articles et ne s'applique pas au cout de leur distribution est conforme au libelle de l'alinéa; c'est-à-dire que seul le prix versé à Ajinomoto peut être assimilé au cout d'acquisition et non les couts de commercialisation et de distribution des activités canadiennes. Si l'on s'en tient à cette interprétation, les prix pratiqués par NSC dépassent de beaucoup son coût d'acquisition.

En outre, la défenderesse soutient que si l'alinéa 78(i) doit s'appliquer également à sa fabrication de l'aspartame, alors seul le coût de

la fabrication du produit répond à la signification du coût d'acquisition, et les autres coûts, comme ceux de la commercialisation et de la distribution, sont exclus. Cependant, rien ne justifie l'application de l'alinéa 78i) à des situations reliées à la production, ou les articles ne sont pas achetés pour être revendus. Pour cette raison, l'allégation du directeur selon laquelle NSC vend à un prix inférieur au coût d'acquisition ne peut pas être retenue et l'alinéa 78i) ne s'applique pas pour ce qui est des coûts de fabrication et des autres coûts.

Le Tribunal a entendu de longues argumentations sur la question de savoir si, outre l'accusation de vendre à un prix inférieur au coût d'acquisition, NSC a commis un agissement anti-concurrentiel en pratiquant une autre forme d'établissement prédatore des prix qui n'a pas été prévue à l'article 78. Le Tribunal est convaincu que l'expression "agissement anti-concurrentiel" à l'article 78 est suffisamment vaste pour englober d'autres pratiques d'établissement prédatore. Toutefois, nous n'étudierons pas cette question à fond.

Tout d'abord, nous trouvons la preuve moins convaincante en ce qui concerne la question de savoir si NSC a fixé ses prix au-dessous du coût. Le directeur n'a pas expliqué de façon uniforme ou cohérente comment le coût est établi à cette fin. Bien que la définition de "coût" dans

ce contexte soit tout à fait discutable, nous souscrivons en l'instance à l'opinion de Areeda et Turner³¹ selon laquelle le coût marginal (c'est-à-dire le cout accru attribuable à la production d'une unité de plus) ("Cma") est un critère approprié. Nous sommes également d'accord avec eux que, parce que le Cma est si difficile à déterminer, le substitut qui est normalement utilisé est le cout variable moyen ("CVM"), c'est-à-dire le cout unitaire moyen de l'ensemble de la production, fondé seulement sur les éléments de cout qui varient en fonction de la production. Il ressort toutefois que le CVM est un substitut valable pour le Cma uniquement lorsque l'entreprise ne fonctionne pas à pleine capacité. Areeda et Turner, selon des notions d'économie établies, définissent la "capacité" en fonction du niveau de production qui correspond au point où le cout total moyen par unité de production ("CTM") est un minimum³². Le Cma est égal au CVM à ce point, et le CVM plutôt que le CTM est donc manifestement le meilleur substitut pour le Cma dans le cas d'une entreprise qui produit à pleine capacité. Il n'est pas nécessaire que la capacité, prise dans cette acception, s'apparente à une limite quantitative de production, car les entreprises peuvent souvent augmenter la production en utilisant de façon plus intensive les installations existantes. Cette façon de procéder amènera le Cma à excéder le CTM.

³¹ P. Areeda & D.F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman-Act" (1975) 88 Harv. L. Rev. 697, reproduit dans (1980) 10 J. Reprints for Antitrust L. & Econ. 1.

³² *Ibid.* à La p. 710.

Dans le cas qui nous intéresse, les usines de NSC fonctionnent sept jours sur sept, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sauf pendant quelques semaines par an où les usines sont fermées pour permettre l'entretien. Faute de plus amples renseignements, nous avons pris pour acquis que la "capacité" est égale à cette limite physique, qui équivaut probablement d'assez près au point le plus bas du CTM. Ainsi, lorsqu'elle fonctionne à pleine capacité, NSC peut augmenter la production uniquement en investissant dans une usine et dans du matériel supplémentaires au lieu d'utiliser de façon plus intensive les installations existantes.

On ignore au juste si les usines sont exploitées de façon aussi intensive pour des raisons techniques ou parce qu'il en coûte (et en coûtait) moins cher ainsi compte tenu des augmentations actuelles et prévues au niveau des ventes. Étant donné que les usines ont apparemment été exploitées selon leurs limites physiques pendant un certain temps, rendre un jugement quant à la question de savoir si NSC a fonctionné à pleine capacité soit en faisant un grand effort en vue de respecter ses contrats de ventes nécessite un examen de la production et des niveaux de ventes ou de stocks. Cette preuve, ainsi que les décisions prises par NSC en matière d'investissements et d'acquisitions, ne laisse aucun doute que la société a utilisé et utilisera au maximum sa capacité existante en vue de respecter ses contrats de vente. Dans ces circonstances, ce qui se rapproche le plus du

Cma est le CTM, c'est-à-dire tous les cmlts, y compris les cmlts en capital. Il n'est pas possible de définir une date précise à laquelle la pleine capacité a été atteinte, mais, selon le témoignage de M. Balbirer, vice-président des finances et de la planification chez NSC, les approvisionnements de NSC étaient "très serres" vers la fin de 1988. Il nous semble qu'avant cette période, NSC ne fonctionnait pas à pleine capacité, et le critère de coût approprié aurait donc été le CVM. On constate également qu'au cours de cette période, les prix de NSC excédaient le CVM.

Même si NSC a pratiqué des prix inférieurs au cmlt après 1988, il est très peu probable que la société puisse arriver à récupérer auprès des consommateurs canadiens les profits non réalisés en raison des prix inférieurs au cmlt de revient. La preuve indique que NSC aurait un intérêt commercial certain à vendre à un prix inférieur à son prix de revient, à l'extérieur des États-Unis, afin d'empêcher actuellement l'accès aux marchés internationaux de façon à protéger son propre marché gigantesque aux États-Unis lorsque le brevet y arrivera à expiration en 1992. Toutefois, d'après la preuve soumise, nous ne pouvons fournir que des conclusions provisoires quant au rapport entre les prix et le CTM, qui est le critère de cmlt pertinent pour une entreprise fonctionnant à pleine capacité, après 1988.

Enfin, même si nous parvenons à une conclusion qui donne tort à NSC à cet égard, le Directeur dans son plaidoyer n'a parlé d'aucune réparation au sujet des prix, si ce n'est qu'il soit interdit à la société de descendre au-dessous des "coûts d'acquisition", idée qui ne nous a pas paru appropriée en l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire de parvenir à une conclusion précise sur la vente au-dessous du prix de revient en vue d'une réparation possible.

e) Utilisation du brevet américain pour faire obstacle à la concurrence

La dernière allégation du directeur, en ce qui concerne les agissements anti-concurrentiels, est que NSC a utilisé de trois façons différentes son brevet d'exploitation américain pour s'assurer un avantage concurrentiel au Canada.

Premièrement, à cause de l'existence même du brevet, les sociétés Coke et Pepsi ont été incitées à conclure des contrats d'approvisionnement exclusifs à l'extérieur des États-Unis. Cette question a déjà été examinée dans d'autres contextes, et selon le Tribunal, la preuve soumise ne permet pas de conclure que cette action constitue un agissement anti-concurrentiel distinct ou soit un élément d'un tel agissement.

Deuxièmement, le brevet aurait été utilisé pour financer la vente à un prix inférieur au prix de revient au Canada. L'argument selon lequel le brevet permettait à NSC d'avoir un portefeuille bien garni fait partie de l'allégation voulant que l'entreprise ait vendu et vende encore à prix inférieur au prix de revient au Canada, mais selon le Tribunal, cet argument n'ajoute rien à l'allégation.

Troisièmement, la dernière utilisation du brevet impliquerait la société U.F.L. Foods Inc. ("UFL"), une entreprise canadienne de conditionnement à forfait pour Nutri/System, c'est-à-dire qu'elle fournit divers plats ou préparations à faible teneur en calories qui sont commercialisés par Nutri/System. UFL avait conclu un accord d'approvisionnement avec la société Tosoh en vue d'acheter l'aspartame utilisé dans ces produits. Des représentants de NSC ont communiqué avec les dirigeants de Nutri/System, dont ils ont réussi à obtenir la collaboration, en leur offrant un certain nombre d'encouragements pour qu'ils exigent de l'entreprise de conditionnement à forfait, UFL, qu'elle achète l'aspartame de NSC. L'un des avantages offerts était une remise, sur tous les produits contenant de l'aspartame que Nutri/System importait de l'entreprise de conditionnement à forfait aux États-Unis, d'un montant égal à la différence entre les prix de NSC au Canada et aux États-Unis multipliée par la quantité d'aspartame contenue dans les importations.

Cette remise comporte plusieurs aspects qui nous ont portés à conclure que le brevet américain est utilisé pour empêcher la concurrence et, ce, d'une façon très cavalière. Il est à toute fin pratique impossible pour la société HSC ou pour tout autre concurrent d'égaliser l'offre de NSC, ce qui reviendrait à remettre un chèque en blanc aux clients. Il est impossible pour les concurrents de savoir quel sera le montant de la remise sur les importations américaines d'un client. Le grand écart entre les prix au Canada et aux États-Unis ainsi que l'effet d'une remise équivalente à ce montant sur le prix net/net prouve que NSC est prête à fixer ses prix en ne tenant pas compte du prix de revient pour empêcher l'expansion de la société HSC. NSC n'aurait aucun moyen de savoir combien lui coûterait cette offre.

Enfin, il s'agit d'une forme de dumping, en ce sens que NSC peut effectivement exporter son produit à un prix inférieur à celui qui est pratique aux États-Unis, sans que cela ne risque d'affecter son prix domestique, qui est protégé là-bas par les droits exclusifs que lui confère le brevet.

Le Tribunal accepte l'observation du directeur selon laquelle l'utilisation d'un monopole (créé par le brevet américain) en vue d'obtenir un avantage concurrentiel pour une entreprise dominante dans un autre marché constitue un agissement anti-concurrentiel.

4. Empêcher ou diminuer sensiblement La concurrence sur le marché

Le dernier élément qui entre en ligne de compte pour qu'une ordonnance soit rendue est qu'un agissement anti-concurrentiel "a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché". Pour des raisons qui ont déjà été exposées, le marché en question est la vente et l'achat d'aspartame au Canada.

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la concurrence a été ou risque d'être diminuée sensiblement sont semblables à ceux qui ont été mentionnés au moment où il a été conclu que NSC constitue une puissance sur le marché. Essentiellement, il faut déterminer si les agissements anti-concurrentiels auxquels se livre NSC préservent ou augmentent son emprise sur le marché.

Par rapport aux modalités des contrats relatives à l'exclusivité et à l'utilisation du brevet américain pour gagner les clients canadiens, la question est de savoir dans quelle mesure ces agissements anti-concurrentiels renforcent les obstacles à l'accès au marché canadien et, partant, à l'industrie.

Les arguments du directeur et de la défenderesse peuvent se résumer comme suit. Le directeur soutient que les contrats

d'approvisionnement de NSC et leurs modalités monopolisent un pourcentage très élevé du marché et empêchent une entrée minimale ou sur une petite échelle; il soutient également que la preuve en est la pénétration très limitée du marché de NSC par HSC et d'autres arrivants éventuels. La défenderesse soutient que les conditions d'approvisionnement ne sont pas particulièrement restrictives, que l'incapacité de HSC à progresser plus rapidement est attribuable à des problèmes de croissance qui sont en train d'être réglés, que la part importante du marché détenue par NSC découle de son rendement économique supérieur et que, finalement, l'existence de grands acheteurs capables de créer leurs propres débouchés d'approvisionnement garantit qu'ils n'accepteront pas de contrats d'approvisionnement susceptibles de nuire à leurs intérêts (et à ceux de leurs consommateurs).

A l'origine, l'usine de la société HSC devait être terminée en novembre 1987, mais elle n'a pas commencé à produire avant le milieu de 1988 et n'a pas réussi à atteindre la capacité nécessaire avant la fin de 1989. Avant d'avoir accès à la production de ces usines, HSC comptait sur les stocks limités de l'usine pilote de Tosoh et sur ceux que celle-ci avait accumulés. Comme elle devait compter sur la production de l'usine pilote, Tosoh a eu de la difficulté à fournir des échantillons uniformes pour les essais de produits; par conséquent, certains acheteurs ont tardé à accepter le produit. Toutefois, il n'y a eu aucun problème en ce qui concerne

L'acceptation du produit par la plupart des clients potentiels; et, en particulier, dans l'industrie des boissons gazeuses qui représente 84 % des achats de l'aspartame, tous les clients sans exception ont accepté le produit en question. Mais le retard enregistré avant que l'usine fonctionne à pleine capacité est peut-être à l'origine d'un problème de crédibilité plus général qui a accentué la difficulté de la société HSC à attirer des clients. L'importance de ce point est beaucoup atténuée par le fait que, lorsque son brevet canadien a expiré, NSC a conclu des contrats d'exclusivité valides, pour la plupart, jusqu'à la fin de 1988. Même à l'expiration de ces contrats, la relation entre le client et le fournisseur, enchâssée dans les modalités contractuelles (discutées plus loin), dictait au nouveau fournisseur de répondre à tous les besoins d'un client, ou à tout le moins à ceux qui visaient une gamme de produits; les clients n'avaient pas la possibilité de placer de petites commandes chez d'autres fournisseurs afin d'essayer leurs produits tout en favorisant leur survie. Donc, dans la mesure où HSC avait un problème de crédibilité à la fin de 1988, cette situation n'est pas indépendante des effets des pratiques de NSC.

L'échec ou la réussite des ventes d'aspartame d'un nouvel arrivant sur le marché dépend de son aptitude à faire des affaires avec Coke ou Pepsi. Ces deux sociétés avaient conclu des contrats d'exclusivité à l'échelle mondiale en 1986. Il y avait cependant une possibilité pour une

nouvelle entreprise en vertu des clauses de prix concurrentiel ou de dédit dans ces contrats.

Suite aux contacts établis par HSC/Tosoh, Coke et Pepsi ont lancé un appel d'offres couvrant tous leurs besoins pour 1989. HSC/Tosoh a refusé en prétextant qu'elle ne possédait pas suffisamment de capacité libre pour satisfaire à tous les besoins des deux sociétés et qu'elle voulait traiter les deux sur un pied d'égalité. HSC/Tosoh a donc présenté une soumission portant sur un volume considérable qui était toutefois largement inférieur à la demande des sociétés. La défenderesse soutient qu'en agissant ainsi, cette société a été la cause de son propre échec. Nous convenons, avec Tosoh, que Coke et Pepsi utilisaient l'entreprise pour obtenir un meilleur prix de NSC, et qu'il était très peu probable que l'une d'elles ait envisagé sérieusement de faire affaires exclusivement avec Tosoh au Canada. Le fait que ni Coke ni Pepsi n'aient mené d'enquête auprès des consommateurs pour déterminer quels seraient les effets de la disparition du nom NutraSuc et du logo de ses emballages (si elles changeaient de fournisseur pour l'aspartame) en est une preuve solide. Il est très peu probable que l'une ou l'autre de ces entreprises prendrait une telle décision importante sans avoir sondé au préalable la réaction des consommateurs. L'impression donnée par les témoins représentant les deux sociétés à l'instance appuie fortement cette conclusion. Comme marches éventuels pour lesquels HSC peut faire concurrence, ces

deux sociétés ont un choix plus restreint, quant à leurs décisions relatives aux sources d'approvisionnement en aspartame, qu'un acheteur moins important dont tous les besoins peuvent être satisfaits par HSC. Leur position stratégique est aussi grandement affectée par leur rivalité.

Le Tribunal conclut que l'exclusivité prévue aux contrats de NSC, qui comprennent à la fois des clauses indiquant l'intention des parties d'utiliser seulement ou surtout la marque d'aspartame NutraSuc ainsi que les primes subventions pertinentes, empêche l'accès au marché et l'expansion d'autres entreprises. Comme des clauses relatives à l'usage exclusif et à l'approvisionnement figurent dans presque tous les contrats de NSC pour 1989, et représentent donc environ 90% du marché canadien de l'aspartame, il est évident qu'au cours de la durée de ces contrats, il y a peu de possibilités d'accès pour un nouveau fournisseur.

Il est vrai que les contrats durent en général seulement un an. En théorie, par conséquent, l'ensemble du marché est lié tout au plus pendant un an, après quoi un nouveau fournisseur pourrait, tout comme NSC, présenter des soumissions en vue de décrocher les nouveaux contrats d'approvisionnement. Toutefois, il y a des différences marquées dans de telles circonstances entre la position d'un nouveau fournisseur et celle de NSC.

Tout d'abord, il y a la question du logo sur les emballages des clients qui utilisent la marque d'aspartame NutraSuc et bénéficient en retour de la déduction relative à l'apposition de la marque de commerce (tous, en 1989). Si un client changeait de fournisseur ou s'approvisionnait chez deux fournisseurs, il devrait retirer le logo de ses emballages. (Ci-dessous, il sera question de l'opportunité de recourir à différents fournisseurs soit pour un produit ou pour une gamme de produits, laissant ainsi le logo NutraSuc seulement sur certains emballages.) Si la publicité doit être modifiée dans un bref délai, il faut payer des coûts supplémentaires. Rien ne prouvait que l'un quelconque des clients estimait les coûts de suppression du logo assez élevés pour les empêcher de changer de fournisseurs d'aspartame, même si ce coût constitue sans aucun doute un facteur de la décision. Dans le cas de Cadbury-Schweppes et de Stafford Foods, qui ont opté pour l'aspartame de Tosoh et ont donc dû enlever le logo d'une partie ou de l'ensemble de leurs emballages, Tosoh a payé une partie des coûts.

Quelque chose est encore plus important que les coûts matériels ou les coûts de publicité rattachés à la suppression du logo : l'incertitude exprimée par les clients, en particulier les bénéficiaires d'une franchise pour les boissons gazeuses, concernant les conséquences de cette mesure, tant par rapport aux consommateurs qu'à leur position concurrentielle. Selon M. Matthews, directeur général de Breuvages Cadbury Canada Inc., même

si Cadbury-Schweppes a supprimé le logo de certains produits de régime en canette vendus en Ontario et au Québec, à savoir Schweppes Diet Ginger Ale et Diet Tonic Water, et achète l'aspartame pour ces produits de Tosoh, avant que sa société fasse d'autres affaires avec cette société qui nécessiteraient la suppression du logo sur d'autres produits, elle voudrait que l'un des grands producteurs de boissons dites au cola (c'est-à-dire Coke ou Pepsi) cesse d'utiliser la "spirale". Cadbury-Schweppes n'a aucun renseignement concret indiquant que les consommateurs attachent de l'importance au logo et, à sa connaissance, la suppression du logo d'un certain nombre de produits n'a eu aucun effet négatif direct. Toutefois, il y a de toute évidence beaucoup d'incertitude lorsqu'il s'agit de déterminer si le logo *pourrait* avoir une certaine valeur. Comme l'a indiqué M. Matthews, Cadbury-Schweppes n'est pas prête à mettre en jeu sa position concurrentielle face aux grandes entreprises de "cola" en retirant le logo de tous ses emballages.

Les sociétés Coke et Pepsi ont elles aussi exprimé une certaine réticence quant à la possibilité de supprimer le logo. Ni l'une ni l'autre n'ont mené d'étude de marche pour déterminer comment le consommateur perçoit le logo, bien que M. Eames, président de Coca Cola Ltée (la filiale canadienne), et Mme Price, directeur de la commercialisation des emballages chez Pepsi-Cola Co., croient que NSC a effectué certaines recherches dont les résultats montrent que les consommateurs de produits diététiques

associent le logo à un produit plus sûr. Selon M. Eames, le maintien de la marque de commerce est une question [TRADUCTION] "difficile à régler étant donné que la marque est utilisée depuis plusieurs années"³³. Avant de recommander à la société de prendre une telle mesure, M. Eames voudrait être assez certain qu'il n'y aurait aucune réaction négative de la part du consommateur. Selon lui, l'utilisation du logo est, [TRADUCTION] "au premier chef, une question liée au prix, mais sa suppression aurait des répercussions plus grandes [...]"³⁴. De fait, Coke vend ses produits sans le logo dans certains pays de la CEE. Il en est de même pour certains produits de Pepsi, mais Mme Price avoue qu'avant de décider de lancer ces produits, les intéressés ont étudié soigneusement la possibilité que NSC et Coke adoptent une position de commercialisation forte pour appuyer une marque de Coke contenant l'aspartame de marque NutraSuc contre le produit Pepsi sans celui-ci. Les grandes entreprises de boissons dites au cola sont ambivalentes en ce qui concerne la réaction du consommateur au logo; elles craignent beaucoup de prendre le risque de le supprimer avant que les rivales ne l'aient fait.

Même si toutes les clauses des contrats de NSC concernant l'exclusivité étaient supprimées, il y aurait encore le coût de l'élimination du

³³ Transcription confidentielle à la p. 622 (25 janvier 1990).

³⁴ *Ibid.* à la p. 626.

logo ainsi que les préoccupations des clients concernant l'effet négatif possible sur les ventes. Néanmoins, il convient de tenir compte de l'incidence du logo sur les conditions d'accès lorsqu'il faut déterminer si l'exclusivité et les stimulants financiers qui s'y rattachent ont pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. L'exclusivité pratiquée par le passé a contribué à donner au logo son importance actuelle. Chose plus importante encore, il faut tenir compte de la position de départ ainsi que du changement survenu dans la puissance sur le marché attribuable à une pratique quelconque lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets du logo.

De plus, l'attitude des clients face à la possibilité de s'approvisionner auprès de deux fournisseurs d'aspartame différents, ce qui permettrait à un fournisseur de plus petite taille d'accéder au marché et de prendre de l'expérience, est très importante. La plupart des acheteurs ont une politique interne qui consiste à recourir à deux fournisseurs pour les ingrédients des, dans la mesure du possible. En ce qui concerne l'aspartame, la seule façon pratique de procéder ainsi, compte tenu de la structure de prix de NSC, semble être d'utiliser ces sources pour des gammes de produits différentes ou (dans le cas des fabricants de boissons gazeuses) selon le genre d'emballage (p. ex. boissons en distributeur ou bouteilles consignées). Ainsi, il est possible de conserver le logo sur l'emballage de produits qui contiennent de l'aspartame de marque NutraSuc tout en continuant de

bénéficier des déductions relatives à l'apposition de la marque de commerce ainsi qu'à la commercialisation en commun pour la gamme de produits ou l'emballage en question. S'il est impossible d'obtenir ces déductions parce que tout l'aspartame est mélange, le prix le plus élevé de l'élément obtenu de NSC contribue à établir un prix global trop élevé. Le recours à deux fournisseurs nécessite le maintien de deux stocks et l'entreposage séparé de tout l'aspartame. En outre, il n'est pas pratique pour tous les clients de repartir l'aspartame selon les gammes de produits. Par exemple, Crush a fait la promotion de tous ses produits ensemble étant donné qu'aucun d'entre eux ne génère suffisamment de ventes pour justifier une promotion distincte; l'entreprise ne pouvait par conséquent pas faire de publicité distincte pour les gammes de produits contenant de l'aspartame provenant de NSC. La société Wrigley's possède seulement une marque de gomme à mâcher sans sucre ("Extra"), tout comme Adams Brands ("Trident").

Le directeur soutient que l'incapacité de deux distributeurs canadiens d'additifs alimentaires et autres ingrédients à attirer des clients de l'aspartame s'explique par les tactiques de NSC fondées sur l'exclusivité. Dans l'un des cas en question, le distributeur représentait la société Lark and Pierrel (Italie) et dans l'autre, Mitsui Toatsu (Japon). Selon la preuve soumise par les acheteurs d'aspartame, ceux-ci n'étaient pas intéressés à acheter de distributeurs qui représentaient des fabricants sans production

continue. Cette preuve montre que face à la stratégie d'ingrédients de marque de NSC, il est difficile de concevoir une possibilité quelconque pour les fabricants de produits chimiques fins d'accéder temporairement au marché de l'aspartame. Il est également vrai que le prix de NSC baissait rapidement. Il ne s'agit pas d'un point nécessairement pris en compte par les acheteurs, mais cette situation influait évidemment sur la rentabilité possible des distributeurs.

Par l'entremise de son témoin expert, le professeur Mathewson, la défenderesse soutient que NSC a besoin de cette exclusivité afin de justifier les investissements nécessaires pour répondre aux besoins des clients. Un autre argument du même genre est que les coûts de stockage globaux sont plus bas, lorsqu'il y a exclusivité, que lorsque chaque client doit voir à ses propres besoins, étant donné que le coût de stockage par unité est moins élevé lorsque les stocks sont gérés par un organisme (NSC). Il est à noter que ce genre de raisonnement ne constitue pas un moyen de défense fondé sur l'efficacité. Il mène plutôt à la conclusion que l'exclusivité est préférable pour les clients qui font profiter les consommateurs des économies réalisées. En vertu d'un contrat d'exclusivité, les clients peuvent négocier un barème d'achats minimaux et maximaux. Sinon, les clients devraient vraisemblablement s'engager à acheter un volume précis et seraient obligés de garder des stocks suffisants pour répondre à la demande plus élevée que

prévu, ou encore devraient faire plus d'achats que nécessaire si les besoins étaient moins élevés. Un cadre d'un important client a déclaré que même si le client négociait un barème général, cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un point prépondérant; de toute façon, le client est tout à fait capable de prévoir avec exactitude la demande pour ses produits. Quelle que soit la capacité du client à cet égard, le Tribunal ne trouve pas le raisonnement de la défenderesse très valable. Il est toujours possible de prétendre que les risques et le coût associés au fonctionnement d'une usine et au maintien des stocks sont moindres s'il y a un seul fournisseur et non plusieurs. A moins qu'il soit possible de démontrer qu'une industrie possède des caractéristiques spéciales qui rendent importante cette source d'économies, il n'y a aucune raison d'en tenir compte.

La défenderesse avance également que l'exclusivité est nécessaire pour protéger NSC contre le resquillage. NSC a assumé tous les coûts liés à l'obtention des autorisations réglementaires et au développement des marchés, et maintenant d'autres fournisseurs pourraient profiter de ces investissements. Selon le Tribunal, NSC n'a pas droit à une protection plus grande contre la concurrence que celle qui lui a été conférée par un brevet qui lui a donné une longueur d'avance sur les concurrents éventuels.

Conclusion relative à l'article 79

En conséquence, le Tribunal conclut que NSC contrôle sensiblement, grâce à sa puissance commerciale, une catégorie ou une espèce d'entreprises, notamment celle de la vente d'aspartame au Canada.

En outre, nous concluons que NSC s'est livrée, et se livre toujours, à une pratique d'agissements anti-concurrentiels. Il s'agit de plusieurs agissements, qui se sont répétés de façon fréquente. Mentionnons notamment le recours, dans les contrats d'approvisionnement de NSC, à des clauses d'utilisation et d'approvisionnement exclusifs, à des déductions relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun, à des clauses de prix concurrentiel ou de dédit et à des clauses de la nation la plus favorisée. Ces agissements incluent également le recours au brevet américain de NSC en vue d'empêcher la concurrence au moyen d'un système de rabais sur les exportations en provenance des États-Unis afin d'inciter ainsi les importateurs canadiens à n'utiliser que l'aspartame de NSC dans d'autres produits achetés par eux au Canada.

Nous concluons également que ces pratiques ont eu et ont toujours pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

VI. ARTICLE 77

1. Exclusivité

L'article 77(1) définit l'"exclusivité" comme suit :

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

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

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

Le directeur soutient qu'il peut être prouvé que, pour approvisionner ses clients canadiens en aspartame, NSC exigeait que les clients signent des contrats exclusifs, ou bien que les divers "rabais de fidélité" (déduction relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun) dans les contrats constituent des incitatifs pour les clients d'acheter uniquement de l'aspartame de marque NutraSuc. Ces arguments sont

avancés pour satisfaire aux exigences des alinéas a) et b), respectivement, du paragraphe 77(1).

A l'appui de sa première observation, le directeur soutient que la présence d'une clause d'exclusivité dans les contrats d'approvisionnement constitue en soi l'exclusivité parce que, si un client ne se conforme pas aux exigences à cet égard, NSC aurait le droit de mettre fin à ses obligations en vertu du contrat, notamment l'approvisionnement en aspartame. Cela est possible soit en raison de la présence d'une clause de résiliation précise dans le contrat ou en raison des clauses d'exclusivité qui sont essentielles au contrat. Le directeur affirme également qu'une "condition" d'approvisionnement n'est qu'une disposition du contrat et que, par conséquent, le simple fait d'inclure une clause d'exclusivité dans un contrat d'approvisionnement constitue en soi l'exclusivité.

Le directeur a peut-être raison d'affirmer que les clauses d'exclusivité deviennent une "condition" du contrat une fois le contrat conclu, en ce sens que d'après le droit des contrats les clauses doivent être observées, sinon certains recours seront possibles, y compris le droit de résilier le contrat. Toutefois, dans l'examen d'une allégation d'exclusivité, nous sommes d'avis que ce sont les circonstances dans lesquelles les conditions particulières d'approvisionnement ont été convenues qui sont déterminantes. Le sens

ordinaire du libelle de l'alinéa 77(1)a) est que le fournisseur doit avoir refusé d'approvisionner son client à moins que l'acheteur n'accepte les conditions décrites au sous-alinéa 77(1)a)(i) ou (ii). La défenderesse prétend que la preuve ne fait état d'aucun refus d'approvisionnement en aspartame ou de menace d'un tel refus à moins que les clients ne s'engagent à s'approvisionner exclusivement auprès de NSC. Le Tribunal convient qu'il n'existe aucune preuve selon laquelle NSC a refusé d'approvisionner les clients en aspartame ou menace de le faire si ceux-ci ne signaient pas des contrats exclusifs avec elle. Plusieurs clients ont explicitement nié toute coercition et ont admis que la demande d'exclusivité provenait d'eux. Le Tribunal conclut donc qu'il n'est pas question d'exclusivité au sens de l'alinéa 77(1)a) dans la présente affaire.

Le directeur prétend ensuite que les rabais de fidélité constituent des incitatifs financiers certains pour les clients d'utiliser seulement la marque d'aspartame de la défenderesse et de ne pas acheter d'aspartame auprès d'un autre fabricant. Les rabais consentis sous forme de déductions relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun encouragent les clients à utiliser uniquement l'aspartame de marque NutraSuc. Afin de pouvoir bénéficier de ces rabais, les clients doivent faire apparaître le logo sur leurs emballages et dans leurs publicités à la télévision et dans la presse écrite. Aussi, si le logo apparaît sur les emballages ou dans les publicités, il est évident que seul l'aspartame de marque NutraSuc

peut-être utilise dans la fabrication du produit particulier ou de la gamme de produits auxquels s'appliquent les emballages et les publicités. Un client qui ne serait pas admissible à ces rabais devrait payer beaucoup plus pour obtenir de l'aspartame de NSC. Dans ses arguments écrits, la défenderesse admet que les circonstances qui entourent ces contrats de clientèle

[TRADUCTION]

Équivalent probablement à une "incitation" à l'exclusivité par NutraSweet au sens de l'article 77(1)b), simplement parce qu'un avantage réel est accordé par NutraSweet au client en retour de l'engagement qui se traduit par un prix plus bas ou d'autres offres intéressantes³⁵.

En conséquence, nous concluons que les incitatifs financiers et la clause d'exclusivité entraînent l'exclusivité au sens de l'alinéa 77(1)b) : les clients se sont clairement engagés à utiliser uniquement ou essentiellement les produits de NSC et, en retour, bénéficient de divers rabais rendus possibles grâce à l'utilisation exclusive de l'aspartame de marque NutraSuc. Il y a toutefois d'autres exigences dont il faut tenir compte avant de pouvoir rendre une ordonnance.

³⁵ Arguments écrits de NSC à la p. 156.

a) "Pratique"

Le directeur affirme que la même définition du mot "pratique" que celle qui vaut pour les articles 78 et 79 doit s'appliquer ici (quelque chose d'autre qu'un acte isolé). Le Tribunal considère qu'il s'agit d'une approche adéquate. La défenderesse ne conteste pas le fait qu'une pratique d'exclusivité existe à l'égard de ces faits particuliers en raison du nombre de contrats comportant des clauses d'utilisation et d'approvisionnement exclusifs.

b) Autres exigences relatives à l'émission d'une ordonnance

Une fois établie l'existence d'une pratique d'exclusivité, le paragraphe 77(2) expose les conditions qui doivent être réunies pour que le Tribunal puisse émettre une ordonnance :

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

- a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;
- b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;
- c) soit sur le marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée

de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser La concurrence.

Pour déterminer si NSC est un "fournisseur important" d'un "produit" sur un "marché", le Tribunal se fonde sur la définition de "fournisseur important" établie par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ("CPRC") dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Bombardier Ltée* :

Un fournisseur important est celui dont l'activité dans les marchés où il vend a un impact appréciable ou marquant⁶.

Dans cette affaire, qui portait sur l'exclusivité dans l'industrie de la motoneige, la CPRC a indiqué que la part de marché d'une entreprise donne une bonne idée de son importance, ainsi que d'autres caractéristiques telles que son pouvoir financier et ses réalisations en tant qu'innovateur, et possiblement d'autres facteurs, compte tenu de l'industrie.

Le produit et les marchés géographiques pertinents ayant déjà été définis, il n'est pas nécessaire de chercher plus loin que la part de marché et le pourcentage de capacité de production extrêmement considérables de

³⁶ (14 octobre 1980), Décision C.P.R.C. n° 1 à La p. 8. (Version anglaise publiée dans (1980), 53 C.P.R. (2e ed.) 47.

la défenderesse pour conclure que NSC est un fournisseur important sur le marché de l'aspartame canadien. La défenderesse admet que si "important" renvoie simplement au pourcentage du chiffre d'affaires, NSC est alors un fournisseur important. La défenderesse n'invoque aucun autre facteur qui pourrait venir nuancer cette conclusion et ne conteste pas, de toute façon, que la pratique d'exclusivité est répandue au Canada, la plupart des clients achetant de l'aspartame conformément aux exigences des contrats de NSC ou de Tosoh.

Reste à examiner l'autre question de savoir s'il y a eu une "diminution sensible de la concurrence". Les alinéas a), b) et c) du paragraphe 77(2) sont considérés - la chose étant commode et logique - comme faisant partie de la question globale de savoir si l'exclusivité entraîne une diminution sensible de la concurrence sur le marché. Ces alinéas fournissent des éclaircissements sur *la façon* dont se traduirait un tel effet sur la concurrence. C'est l'approche qui a été adoptée dans l'affaire *Bombardier* :

Pour déterminer de façon plus significative si les ententes d'exclusivité font obstacle à l'entrée ou au développement des concurrents sur le marché, il faut envisager ce point de vue comme partie de la question de savoir si en conséquence de la pratique de l'exclusivité, la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite substantiellement.³⁷

³⁷ *Ibid.* à la p.9.

Les effets sur la concurrence de la pratique d'exclusivité et des clauses contractuelles connexes, en particulier les déductions relatives à l'apposition du logo et à la commercialisation en commun, ont été débattus en détail dans le contexte de l'article 79. Comme le critère fondamental de la diminution sensible de la concurrence est le même dans les deux articles de la Loi, les mêmes conclusions s'appliquent⁸

Le directeur soutient également que les pratiques d'exclusivité de NSC nuiront à l'introduction d'un nouvel édulcorant intense. Selon lui, non seulement une approbation devra-t-elle être obtenue auprès des autorités réglementaires, mais un nouveau producteur devra attendre l'expiration des contrats des principaux utilisateurs d'édulcorants intenses. Nous ne sommes pas convaincus que les répercussions sur un nouvel édulcorant seraient considérables et, compte tenu de nos autres conclusions, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question plus à fond.

2. Ventes liées

Le paragraphe 77(1) définit également les ventes liées. Aux fins de cet article, "ventes liées" signifie :

³⁸ Voir *supra* à La p. 91 et s.

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

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou La personne qu'il désigne,

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

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

Le directeur prétend que la marque de commerce de la défenderesse constitue un produit clef. Il soutient que, comme condition pour qu'elle fournisse la marque de commerce (le nom de marque NutraSuc et le logo), à un client, la défenderesse exige que le client achète un autre de ses produits, notamment de l'aspartame, et qu'il s'abstienne d'utiliser l'aspartame de tout autre producteur avec la marque de commerce. Il soutient en outre que la défenderesse offre aussi de fournir la marque de commerce selon des conditions plus favorables, soit la déduction relative à l'apposition du logo, si le client achète de l'aspartame de NSC et n'utilise aucun autre aspartame avec la marque de commerce.

Le Tribunal reconnaît que, dans les circonstances appropriées, une marque de commerce pourrait faire l'objet d'un accord de ventes liées. Il n'a cependant pas été convaincu par l'argument du directeur que tel en est

le cas d'après les faits qui lui ont été présentés. En fait, l'argument du directeur à cet égard manque de cohérence. Comme la défenderesse l'a fait observer, le directeur, dans son avis de demande a soutenu que le produit clef était l'aspartame de marque NutraSuc. Dans ses arguments écrits, il prétend que la marque de commerce elle-même serait le produit clef. Il n'est pas clair non plus si le directeur cherche d'autres réparations à cet égard outre celles qui sont généralement prévues dans les cas de pratiques d'exclusivité. Le directeur reconnaît en fait qu'il ne faut pas toucher aux droits de propriété de la défenderesse par rapport à sa marque de commerce. En conséquence, nous ne formulerons pas de conclusion en ce qui concerne les ventes liées.

Conclusion relative à l'article 77

Le Tribunal conclut donc que NSC a encouragé l'exclusivité auprès de ses acheteurs d'aspartame au moyen d'incitatifs financiers ou de rabais de fidélité et de ses clauses d'exclusivité. Ces encouragements équivalent à une pratique. NSC est un fournisseur important et cette pratique d'exclusivité a réduit et réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence.

VII. REPARATIONS

Étant parvenu aux conclusions ci-dessus quanta l'applicabilité des articles 79 et 77 à cette situation, le Tribunal est autorisé, en vertu des paragraphes 79(1) et 77(2), de rendre des ordonnances interdisant à la défenderesse de se livrer aux pratiques faisant l'objet de la plainte et ayant été constatées. Il est également autorisé, en vertu des paragraphes 79(2) et 77(2), de rendre des ordonnances en vue d'enrayer les effets de telles pratiques sur le marché.

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

Le Tribunal doit donc se limiter à l'examen des réparations requises par le directeur dont les détails sont exposés aux pages 37 à 42 de son avis de demande date du 1er juin 1989.

Comme il a déjà été mentionné, cela signifie que nous ne pouvons pas rendre d'ordonnance en ce qui concerne la vente à un prix inférieur au cout de revient, étant donné que le directeur demande uniquement que soit interdite la vente à un prix inférieur au cout d'acquisition, activité qui ne nous a pas paru pertinente. Cela signifie également que nous ne pouvons pas rendre d'ordonnance visant de façon précise le genre de rabais que NSC a offert à UFL à titre de compensation pour l'écart entre les prix américains et canadiens, même si nous avons associé une telle façon d'agir à un agissement anti-concurrentiel.

Il nous a été demandé en fait de déclarer divers contrats, certains d'entre eux conclus ailleurs qu'au Canada, invalides en tout ou en partie. Certaines questions ont été soulevées dans les actes de procédures quant à la compétence que nous possédons pour faire de telles déclarations. Sans nous pencher sur cette question, nous jugeons préférable de nous limiter à donner certaines directives à la défenderesse au sujet de l'exécution de certaines clauses de contrats existants ou de la conclusion de tels contrats à l'avenir.

Outre ces considérations, nous limiterons également notre ordonnance à des conditions qui, à notre avis, seront relativement certaines et exécutoires.

En conséquence, nous rendons une ordonnance interdisant à NSC de mettre à exécution ou de conclure des contrats renfermant certaines clauses relatives à la fourniture d'aspartame à des clients canadiens : des clauses qui obligent le client à acheter ou à utiliser uniquement de l'aspartame de NSC; des conditions qui comportent des incitatifs financiers en vue d'acheter de l'aspartame de NSC, notamment des déductions relatives à l'apposition de la marque de commerce et à la publicité ou d'autres déductions semblables; des clauses de prix concurrentiel ou de dédit; et des clauses de la nation la plus favorisée, à moins que de telles clauses ne fassent également partie de contrats d'approvisionnement liant la défenderesse et tout concurrent de ce client canadien.

VIII. VALIDITE CONSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL

1. Les questions en litige

Après que le Tribunal eut entendu l'ensemble de la preuve dans la présente affaire mais avant la présentation des plaidoyers finaux, le juge

Philippon de la Cour supérieure du Québec a rendu une décision dans l'affaire *Alex Couture Inc. c. P.G. Canada*³⁹. Dans cette décision, le juge Philippon a statué que certains articles importants de la *Loi sur La concurrence* sont inconstitutionnels et que le Tribunal de la concurrence n'est pas un tribunal validement constitué. Les motifs qu'il invoque peuvent peut-être bien se résumer dans le paragraphe suivant de sa décision :

A notre avis, le Parlement n'a pas la compétence d'accorder les pouvoirs que la Loi accorde au Tribunal de la concurrence, l'assimilant à une cour supérieure d'archives avec tous les pouvoirs d'une véritable cour, sans accorder à ce tribunal les attributs essentiels d'indépendance⁴⁰.

Ce passage a été officiellement traduit ainsi :

In our opinion, Parliament does not have jurisdiction to grant the powers which the Act confers on the Competition Tribunal, treating it like a superior court of record with all the powers of a true court, without giving the Tribunal the characteristics essential to independence.

Par suite de cette décision, le procureur de la défenderesse, NSC, a demandé et obtenu le 26 avril 1990 l'autorisation de modifier sa réponse afin de contester la constitutionnalité de ce Tribunal. Le paragraphe suivant a donc été ajouté à sa réponse :

³⁹ (6 avril 1990), Québec, 200-05-001361-877. Cette décision fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Québec.

⁴⁰ *Ibid.* à La p. 86.

[TRADUCTION]

25a. La défenderesse soutient que le Tribunal de la concurrence, constitué en application de la *Loi sur le Tribunal de La concurrence*, a été établi d'une façon qui Contrevient à la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la *déclaration canadienne des droits* et qu'il n'a donc pas compétence pour trancher la présente affaire, bien qu'il soit tenu d'agir de façon judiciaire :

- a) les dispositions législatives prévoyant la nomination et la révocation des membres du Tribunal de la concurrence autres que les juges de la Cour fédérale, aux termes desquelles ces nominations auraient été faites, ne garantissent pas l'indépendance et l'impartialité du Tribunal; et
- b) F. Roseman, membre non-juge à temps plein du Tribunal, fait toujours partie de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, et est chargé de responsabilités réglementaires incompatibles avec les exigences constitutionnelles de neutralité, d'impartialité et d'indépendance que doit posséder le Tribunal de la concurrence pour agir de façon judiciaire⁴¹.

Une autre date a donc été fixée en juillet 1990 pour que la question constitutionnelle puisse être débattue.

Nous examinerons tout d'abord les dispositions législatives contestées. Les paragraphes 5(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal de La concurrence*⁴² disposent que

(2) La durée maximale du mandat des autres membres est de sept ans et ceux-ci occupent leur poste à titre inamovible, sous réserve de révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil.

⁴¹ Réponse révisée de NSC.

⁴² L.R.C. (1985), ch. 19 (2e suppl.).

(3) Au terme de son premier mandat ou d'un mandat subséquent, un membre peut être nommé pour un autre mandat.

Lorsque la *Loi sur la concurrence* a été modifiée en profondeur et que le Tribunal sur la concurrence a été constitué, la disposition législative modificatrice prévoyait ce qui suit :

60(1) Indépendamment des autres dispositions de La présente loi, les membres de La Commission sur les pratiques restrictives du commerce nommés en application de La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, appelés au présent article "membres" et "Commission", sont, tant que le présent paragraphe a effet, maintenus en poste et peuvent continuer d'exercer les pouvoirs et fonctions qui leur étaient confiés à ce titre avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans la mesure exclusivement où il leur faut donner suite à une enquête, à une procédure ou à une affaire commencée en application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou de toute autre loi fédérale avant l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Aux fins d'une enquête, d'une procédure ou de toute autre affaire visée au paragraphe (1), la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou toute autre loi fédérale modifiée par la présente loi s'applique sans tenir compte de l'entrée en vigueur de la présente loi.

(3) Les membres qui sont maintenus en poste aux termes du présent article peuvent simultanément être nommés au Tribunal de la concurrence mais alors, les personnes qui, par application du présent paragraphe, détiennent deux postes ne sont rémunérées qu'à l'égard d'un de ces postes.

(4) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, abroger le paragraphe (1) s'il est d'avis qu'il n'y a plus d'enquêtes, de procédures ou d'autres affaires pendantes devant la Commission en application du paragraphe (1) et que la Commission a fait rapport au ministre des Consommateurs et des Sociétés à l'égard de toutes les enquêtes commencées devant elle⁴³.

⁴³ *Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2e suppl.).

Dans la présente affaire, le groupe constitué a même les juges et les autres membres du Tribunal se compose de deux juges de la Division de première instance de la Cour fédérale et d'un "autre membre". Les deux juges, soit le juge Strayer et le juge Teitelbaum, ont été nommés membres du Tribunal pour une période de sept ans à compter du 30 juin 1986. L'autre membre est le Dr Frank Roseman qui a été nommé par le gouverneur en conseil pour une période de sept ans à compter du 12 mai 1987.

La validité du Tribunal est remise en question en raison de la présence du Dr Roseman au sein du groupe du Tribunal. A cet égard, on soutient que le Tribunal ne peut en droit être validement constitué pour les motifs suivants : 1) le Dr Roseman ne bénéficie pas d'une indépendance suffisante, d'une part, parce qu'il possède un mandat limité de sept ans mais peut être nommé pour un autre mandat si le gouverneur en conseil le désire aux termes du paragraphe 5(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* et, d'autre part, parce que sa nomination peut faire l'objet d'une "révocation motivée" prononcée par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 5(2); 2) le Dr Roseman fait toujours partie de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ("CPRC") conformément à l'article 60 de la Loi modificatrice susmentionnée et à ce titre possède des fonctions

exécutives qui sont [TRADUCTION] "incompatibles, d'après la nature de l'organisme, avec son devoir d'agir de façon judiciaire"⁴⁴.

Précisons des maintenant que la défenderesse ne conteste pas l'intégrité, l'indépendance ou l'impartialité personnelles du Dr Roseman. Dans son mémoire, elle précise que :

[TRADUCTION]

La défenderesse a pleinement confiance en l'indépendance, l'impartialité et la neutralité du Dr Roseman et des autres membres du Tribunal. Cela n'est pas le point en litige⁴⁵.

Lorsque la défenderesse a soulevé cette question de constitutionnalité pour la première fois devant le Tribunal, le Dr Roseman a demandé que l'on prenne note du fait qu'il n'avait pas occupé de fonctions au sein de la CPRC depuis sa nomination au Tribunal. Il a offert de fournir un affidavit à l'appui, ce qui n'a pas été demandé.

On ne conteste pas l'indépendance des juges qui font partie du Tribunal. Ils sont tout-à-fait indépendants en tant que juges de la Cour fédérale. Comme membres du Tribunal, ils sont nommés pour un mandat d'une durée maximale de sept ans. Le travail qu'ils accomplissent au sein du

⁴⁴ Mémoire sur les arguments constitutionnels de NSC au para. 43.

⁴⁵ *Ibid.*

Tribunal n'occupe qu'une partie de leur temps et remplace certaines occupations qu'ils auraient comme membres de la Cour fédérale; ce travail n'est assorti d'aucune rémunération additionnelle. La Loi ne prévoit pas la révocation des juges du Tribunal avant la fin de leur mandat et ceux-ci occupent leur poste aussi longtemps qu'ils demeurent juges de la Cour fédérale.

Le Tribunal reconnaît qu'il doit trancher la question de constitutionnalité dans la mesure où celle-ci est pertinente à l'audition de cette affaire en particulier par ce groupe du Tribunal en particulier. Contrairement aux juges de la Cour supérieure du Québec, par exemple dans l'affaire *Alex Couture Inc.*, nous ne sommes pas habilités à rendre un jugement déclaratoire quant à la validité ou à l'invalidité d'un texte législatif; toutefois, pour déterminer les règles de droit applicables en l'espèce, nous devons tenir compte de l'ensemble du droit, y compris du droit constitutionnel. En application de l'alinéa 12(1)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, ces questions de droit doivent être tranchées par les deux juges du groupe.

On ne prétend pas que la composition du groupe actuel du Tribunal contrevient aux dispositions législatives adoptées par le Parlement : en fait, elle respecte clairement les dispositions de la *Loi sur le Tribunal de*

La concurrence ainsi que le paragraphe 60(3) de la Loi modificatrice susmentionnée. La question en litige en est une de droit constitutionnel. Aux termes de notre Constitution, le Parlement est-il tenu d'établir certains critères réglementaires d'indépendance pour les membres d'un tribunal comme le nôtre? Cette indépendance doit-elle comporter certaines garanties minimales de permanence et prévoir la séparation entre les fonctions judiciaires et non-judiciaires?

Afin de bien faire ressortir la nature des questions qui nous intéressent, il nous faut souligner le fait que le texte législatif contesté est une loi fédérale qui prévoit que les membres d'un tribunal fédéral seront nommés par le gouvernement fédéral. Cette considération ne se rapporte pas directement à celle de la création des tribunaux provinciaux et aux contraintes que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁶ serait censé imposer à l'égard des lois provinciales en la matière.

Bien que l'on ait soulevé dans les arguments toute une gamme de contraintes d'ordre constitutionnel auxquelles devrait s'astreindre le Parlement, celles-ci peuvent fort bien, à notre avis, se classer en deux catégories : les contraintes implicites et les contraintes spécifiques prévues

⁴⁶ (R.-U.), 30 & 31 Viet., c. 3.

par la *Loi constitutionnelle de 1867* (articles 96 à 101) relativement à la judicature.

2. **Les contraintes constitutionnelles implicites**

On prétend essentiellement que le Tribunal de la concurrence exerce des fonctions judiciaires et que la Constitution exige implicitement que tous les membres du Tribunal bénéficient d'une certaine indépendance semblable à celle des membres des tribunaux supérieurs, de district et de comte.

Il est admis que la Constitution ne comporte pas de disposition expresse en ce sens. Bien qu'il ait soulevé l'article 7 et l'alinéa II(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁷, l'avocat de la défenderesse a reconnu que ces dispositions ne sont pas applicables en l'espèce. En effet, l'article 7 garantit le "droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne" ainsi que le droit qu'il ne soit porte atteinte ace droit "qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale"; il ne saurait s'appliquer en l'espèce. La présente affaire se rapporte aux pratiques anti-concurrentielles qu'aurait utilisées la défenderesse dans la commercialisation de l'aspartame et ne

⁴⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.

concerne pas la vie, la liberté ou la sécurité de quiconque. En outre, il est évident qu'en tant que société, la défenderesse ne peut invoquer l'application de l'article 7⁴⁸.

L'alinéa 11d) de la Charte, qui garantit le droit d'être jugé "par un tribunal indépendant et impartial", ne garantit ce droit qu'à "tout inculpe". Or, la défenderesse n'est pas inculpée dans la présente affaire.

La défenderesse a également invoqué l'application de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*⁴⁹ qui dispose que :

nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer
comme

[...]

(e) privant une personne du droit à une audition impartiale
de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour
La définition de ses droits et obligations. [...]

Bien que cette disposition ne constitue pas une exigence constitutionnelle, elle nous oblige à interpréter la *Loi sur le Tribunal de La concurrence* de façon à ne pas priver la défenderesse du droit "à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale". Toutefois, à moins que

⁴⁸ *P. G. Quebec c. Irwin Toy Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 927 aux pp. 1003, 1004, 1009.

⁴⁹ S.C. 1960, c^h. 44.

cet alinéa ne soit interprété comme ayant donné lieu en soi à l'abolition d'une multitude de tribunaux fédéraux exerçant à la fois des fonctions judiciaires et quasi-judiciaires dont les membres ne bénéficient pas d'une indépendance semblable à celle des juges (ce que nous n'acceptons pas), il faut alors considérer que cet alinéa permet d'examiner dans chaque cas s'il y a eu respect des principes d'équité ou de justice naturelle. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Il a été soutenu que, même si ces dispositions ne créent pas d'exigence qui lie le Parlement dans ce cas particulier, elles ne constituent que des exemples d'un principe d'ensemble implicite dans la Constitution. On prétend également que ce principe fait implicitement partie de la Constitution du Canada en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui dispose que le Canada possèdera "une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni". On soutient que l'indépendance de la magistrature constitue un principe reconnu dans la Constitution du Royaume-Uni et donc que la Constitution canadienne exige également qu'une personne qui exerce des fonctions judiciaires bénéficie aussi de l'indépendance accordée aux juges des tribunaux supérieurs de district et de comté.

Il faudrait tout d'abord signaler que ce raisonnement se fonde sur un point de vue idéalisé de la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni. Le concept de la "séparation des pouvoirs" appliqué au Royaume-Uni se veut plutôt descriptif que normatif. Même de façon descriptive, ce concept constitue une généralisation comportant de nombreuses exceptions. Certes, il serait futile d'examiner cette question en profondeur, mais, on pourrait, par exemple, signaler que si le Canada adoptait totalement le modèle de la Constitution du Royaume-Uni, le juge en chef du Canada serait, à l'instar du lord chancelier, membre du Cabinet fédéral et présiderait le Sénat. Par ailleurs, lorsque nous avons hérité des principes de la Constitution du Royaume-Uni à l'époque de la Confédération, le maître des rôles (le juge en chef de la Cour d'appel) avait encore le droit d'être député de la Chambre des communes⁵⁰.

Par ailleurs, la Constitution du Royaume-Uni ne semble pas exiger que l'exécution des fonctions judiciaires ne relève que de juges siégeant à temps plein et possédant une formation juridique ainsi qu'une garantie de permanence. Il existe, par exemple, quelque 25 000 juges de paix en fonction en Angleterre et au pays de Galles qui jugent des affaires criminelles et qui peuvent infliger des peines maximales de six mois. Ce sont pour la plupart

⁵⁰ S. Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North Holland, 1976 à la p. 15.

des non juristes, sans garantie de permanence, qui remplissent leurs fonctions à temps partiel⁵¹. Le recours à des jurys composés de simples citoyens constitue depuis longtemps un aspect du droit britannique et canadien. La seule chose que l'on exige de ces juges et jurés non-juristes est de n'avoir aucun parti pris dans l'affaire à laquelle ils ont été convoqués. Ces personnes ne sont pas constitutionnellement inhabiles à exécuter des fonctions judiciaires. Il est également intéressant de noter que la Constitution du Royaume-Uni semble permettre l'existence d'un tribunal semblable à de nombreux égards au Tribunal de la concurrence. Il s'agit de la *Restrictive Practices Court* dont le mandat est de trancher des questions analogues à celles dont nous sommes actuellement saisis; ce tribunal se compose de cinq juges de cours supérieures et peut comprendre jusqu'à dix autres membres. Les autres membres sont nommés pour une certaine période déterminée par Sa Majesté suite à une recommandation du Lord chancelier. Le Lord chancelier (lui-même membre du gouvernement au pouvoir) peut révoquer la nomination de ces autres membres pour un motif [TRADUCTION] "d'incapacité ou de mauvaise conduite" ou pour conflit d'intérêt. Ces personnes peuvent également bénéficier d'un nouveau mandat.

⁵¹ SA. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 5e ed. par H. Street & R. Brazier, Harmondsworth, Eng., Penguin, 1985 aux pp. 369-70, 389.

Contrairement au Tribunal de la concurrence, la *Restrictive Practices Court* est établie, de façon expresse, en tant que cour d'archives supérieure⁵².

Il ne faut jamais oublier que lorsque la *Loi constitutionnelle de 1867* a doté le Canada d'une constitution "semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni", elle y a également induit le principe de la souveraineté parlementaire qui n'est restreint dans son application que par les autres dispositions de la Constitution. Par conséquent, toute garantie implicite de séparation des pouvoirs ou d'indépendance des personnes exerçant des fonctions judiciaires doit être examinée en fonction des pouvoirs implicites que le Parlement possède lorsqu'il s'agit d'offrir les meilleurs moyens de trancher des questions économiques et sociales complexes.

La défenderesse prétend que la Constitution interdit au Parlement de conférer des fonctions judiciaires à une personne ou à un organisme qui ne bénéficie pas de l'indépendance tant individuelle qu'institutionnelle des tribunaux ordinaires. Toutefois, l'avocat de la défenderesse établit l'existence de ce soi-disant impératif constitutionnel en se fondant sur des affaires portant sur des juges de tribunaux ordinaires et sur

⁵² *Restrictive Practices Court Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 33, art. 1,3; *Restrictive Trade Practices Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 34.

d'autres dispositions constitutionnelles⁵³. Les affaires invoquées ne sont pas très utiles lorsqu'il s'agit de définir les exigences constitutionnelles en matière d'indépendance, si celles-ci existent, dans le cas de tribunaux spécialisés comme le Tribunal de la concurrence.

Le Tribunal reconnaît que la plupart de ses fonctions sont d'ordre judiciaire. Dans les grandes lignes, nous déterminons les faits en fonction des éléments de preuve que nous avons en main et nous appliquons les règles de droit déjà établies lorsque nous rendons une décision exécutoire. Sur le plan de la procédure, il est évident que nous devons respecter les règles de justice naturelle et les principes d'équité dans le cadre de nos audiences. Toutefois, ce Tribunal constitue, comme l'a récemment mentionné la Cour d'appel fédérale, un "tribunal inférieur"⁵⁴. Nous ne possédons pas les pouvoirs implicites d'un tribunal supérieur et nous sommes assujettis au pouvoir de surveillance d'un tribunal supérieur⁵⁵.

⁵³ *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56.

⁵⁴ *Chrysler Canada Ltd. v. Competition Tribunal* (10 juillet 1990), A-135-90 à La p. 4. Les avocats des deux parties avaient adopté cette position et La Cour l'a acceptée.

⁵⁵ Aux termes de l'article 13 de La *Loi sur le Tribunal de La concurrence*, les décisions du Tribunal sur des questions de droit sont susceptibles d'appel devant La Cour d'appel fédérale; un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec La permission de La Cour d'appel fédérale; La Cour supérieure du Québec aurait statué que le Tribunal est également assujetti au pouvoir de surveillance des cours supérieures des provinces : voir *Alex Couture Inc. c. P.G. Canada* (6 août 1987), Québec 200-05-001361-877 (C.S.), décision accordant une suspension des procédures devant le Tribunal, confirmée par la Cour d'appel dans l'affaire *P.G. Canada c. Alex Couture Inc.*, [1987] R.J.Q. 1971.

S'il existe une exigence constitutionnelle implicite (dont nous doutons) voulant que le Parlement établisse législativement certaines garanties d'indépendance pour les tribunaux comme le nôtre, cette exigence ressemblerait certainement aux exigences de la *common law* traditionnellement reconnues en Angleterre et au Canada. Ces exigences sont probablement fort bien exprimées à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, également invoqué par la défenderesse, qui nous oblige à interpréter les lois adoptées par le Parlement, telle que *La loi sur le Tribunal de La concurrence*, de façon à ne pas priver une personne du droit à "une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale". Dans la mesure où ces principes de justice fondamentale exigeraient l'indépendance, ils ont probablement été le mieux résumés par le juge Grandpré dans l'affaire du *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie* :

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste⁵⁶?"

⁵⁶ [1978] 1 R.C.S. 369 à la p. 394. Ce critère a été approuvé comme une exigence constitutionnelle dans certains contextes; dans *Valente c. R.*, *supra*, note 53 à La p. 689, relativement à l'exigence voulant qu'un inculpe soit jugé par "un tribunal indépendant et impartial" en application de l'alinéa 11d) de *La Charte*; aussi en approuvant ce critère dans

Ce critère a par la suite été appliqué par la Cour d'appel fédérale dans au moins deux affaires comportant des allégations de partialité⁵⁷. Il importe de signaler que toutes ces décisions portent spécifiquement sur le critère applicable aux tribunaux fédéraux autres que les tribunaux judiciaires.

En nous fondant sur ce critère, nous ne pouvons accepter que la présence du Dr Roseman au sein du Tribunal créerait chez une personne raisonnable et bien renseignée une appréhension de partialité aux motifs que les dispositions de la *Loi sur le Tribunal de La concurrence* prévoient la durée et le renouvellement du mandat exerce et que le Dr Roseman fait toujours partie de la CPRC. Cette personne raisonnable et bien renseignée tiendrait notamment compte des exigences suivantes : préalablement à leur entrée en fonction, les membres du Tribunal, y compris les autres membres, prêtent serment "d'exercer régulièrement, fidèlement et au mieux de leur capacité et de leurs connaissances les pouvoirs et attributions qui leur sont dévolus"⁵⁸; un membre ne peut pas participer aux activités du Tribunal lorsque le Tribunal

Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou, [1986] 3 C.F. 486 à La p. 493 (CA.), le juge Mahoney a suggéré qu'il s'agissait d'une exigence constitutionnelle implicite pour le Parlement dans l'exercice de son pouvoir de créer des tribunaux aux termes de l'article 101 de La *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁵⁷ *Sethi v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 87 N.R. 389 à La p. 393, 31 Admin. L.R. 123 aux pp. 129-130 (C.F. Appel), demande d'autorisation d'appel a été rejetée (1988), 36 Admin. L.R. xln (C.S.C.); *Mohammad v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 91 N.R. 121 à La p. 132 (C.F. Appel), demande d'autorisation d'appel a été rejetée (1989), 101 N.R. 157 (C.S.C.).

⁵⁸ *Loi sur le Tribunal de La concurrence*, para. 7(1).

est saisi d'une question en rapport avec laquelle le membre a un intérêt financier direct ou indirect⁵⁹; le président, qui est juge de la Cour fédérale, choisit un autre membre qui participera à une affaire particulière et, dans son choix, tient vraisemblablement compte de tout motif valable, y compris un risque de partialité, qui l'empêcherait de nommer cette personne; chaque groupe du Tribunal, siégeant dans une affaire, est présidé par un juge de la Cour fédérale qui est vraisemblablement conscient de toute apparence de partialité chez un autre membre et peut suspendre les procédures dans un tel cas⁶⁰; les autres membres ne peuvent trancher les questions de droit⁶¹; les décisions du Tribunal sur des questions de droit ou de droit et de fait sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale, mais avec l'autorisation de cette dernière, lorsqu'il s'agit d'un appel sur une question de fait seulement⁶². Certes, une personne raisonnable et bien renseignée en arriverait à la conclusion que ces dispositions offrent une protection adéquate contre tout risque de partialité de la part d'un autre membre donné.

La défenderesse soutient, bien sûr, que les conditions relatives à la permanence des autres membres comme le Dr Roseman, étant donné

⁵⁹ *Ibid.*, para. 10(3).

⁶⁰ *Ibid.*, para. 10(2).

⁶¹ *Ibid.*, al. 12(1)a).

⁶² *Ibid.*, art. 13.

qu'ils sont nommés pour une durée maximale de sept ans et occupent leur poste "à titre inamovible, sous réserve de révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil", ainsi que la possibilité d'être nommés pour un autre mandat, pourraient inciter l'observateur raisonnable à croire que ces autres membres pourraient rendre une décision en faveur du directeur contre la défenderesse s'ils ne veulent pas que leur nomination soit révoquée ou, encore, s'ils espèrent obtenir un nouveau mandat. Nous ne sommes pas d'avis que ce droit de révocation "motivée" donne au gouverneur en conseil le droit de destituer un membre simplement parce qu'il n'a pas tranché une ou des demandes en faveur du directeur. A notre avis, l'interprétation du terme "motivée" doit se limiter à un motif se rapportant à la conduite du membre par rapport à sa capacité d'exercer ses fonctions de façon adéquate. Le critère applicable dans ce cas ne peut dépendre d'une décision prise en faveur du directeur plutôt qu'en faveur de la défenderesse. On doit plutôt déterminer si le membre a exercé ses fonctions "régulièrement, fidèlement et au mieux de sa capacité et de ses connaissances" comme il s'est engagé à le faire sous serment.

Si le terme "motivée" soulève une ambiguïté, nous devons l'interpréter d'une façon compatible avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, comme l'exige cet alinéa, et d'une façon compatible avec la soi-disant exigence de la Constitution selon laquelle les membres de

ces tribunaux doivent être indépendants⁶³. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sethz-64*, qui a statué qu'il ne faut pas croire que l'observateur raisonnable et bien renseigné présumera que le gouvernement favorisera le membre d'un tribunal qui ne fait pas preuve d'équité envers l'une des parties devant le tribunal. Bien qu'il soit exact qu'un agent public, soit le directeur des enquêtes et des recherches, est généralement l'une des parties devant le Tribunal, le ministre des Consommateurs et des Sociétés, qui recommande la nomination des autres membres du Tribunal, doit veiller à ce que la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* et la *Loi sur La concurrence* soient administrées conformément aux règles de droit, lesquelles exigent que les parties bénéficient d'une audition impartiale par le Tribunal, ce qui comprend aussi l'absence de partialité de la part des membres du Tribunal.

La défenderesse soutient en fait également qu'une personne raisonnable et bien renseignée en arriverait à la conclusion que le or Roseman ne peut être un membre impartial du Tribunal de la concurrence en raison du simple fait qu'il fait partie de la CPRC. Toutefois, en raison du libellé même de l'article 60 de la Loi modificatrice, que nous avons cité ci-dessus, qui permet au or Roseman de continuer de faire partie de la CPRC

⁶³ Voir p. ex. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 à La p. 1078.

⁶⁴ *Supra*, note 57 à La p. 394.

et d'être nommé au Tribunal de la concurrence, cet observateur averti se rendrait bien compte qu'il est impossible que le Tribunal ait à se prononcer dans une procédure commencée devant la Commission, à l'égard de laquelle le Dr Roseman aurait pu participer sur le plan administratif. Il ne serait donc pas raisonnable de considérer que le Dr Roseman peut faire preuve de partialité, en raison de sa position dans les deux organismes, relativement à une affaire dont est saisi le Tribunal de la concurrence. Advenant le cas où le Tribunal serait appelé à se prononcer dans une affaire étroitement liée à des questions dont la CPRC a déjà été saisie, le Dr Roseman pourrait toujours se récuser ou le président pourrait s'abstenir de l'assigner à cette affaire. Rien n'indique qu'il en soit le cas en l'espèce.

D'un autre côté, l'argument selon lequel la participation du Dr Roseman à la CPRC lui interdit, pour des motifs d'ordre constitutionnel, de faire partie du Tribunal est en réalité fondé sur certains impératifs constitutionnels imaginaires. En effet, on prétend que si une personne est appelée, à un autre titre, à exercer des fonctions exécutives, cette personne ne peut légalement exercer des fonctions judiciaires. Nous ne voyons aucun fondement en droit qui justifierait une séparation des pouvoirs si rigide, en supposant bien entendu qu'il n'existe pas d'appréhension raisonnable de partialité dans un dossier donné.

Même si les dispositions législatives autorisant le Dr Roseman à faire partie du Tribunal doivent être examinées en fonction d'un certain critère constitutionnel approprié, nous en arrivons à la conclusion que la loi pertinente satisfait à ce critère en l'espèce. Dans l'intérêt de la bonne administration publique, il serait peut-être souhaitable que la loi prévoise un mandat de plus longue durée ainsi que des garanties claires quant à la permanence, mais nous ne sommes pas convaincus qu'il existe un impératif constitutionnel implicite qui empêche le Dr Roseman de faire partie du groupe du Tribunal dans cette affaire.

3. Les dispositions expresses sur La judicature de La Loi constitutionnelle de 1867

Selon la thèse de la défenderesse, le Tribunal se serait vu attribuer les "fonctions d'une cour supérieure", et les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêcheraient non seulement les législatures provinciales mais aussi le Parlement du Canada de conférer des fonctions de cette nature à un organisme autre qu'une cour supérieure. A cet égard, la défenderesse se fonde essentiellement sur la jurisprudence relative aux limites constitutionnelles imposées aux provinces relativement à la création d'organismes dotés de pouvoirs analogues à ceux des cours supérieures, de district et de comté, les membres de ces organismes étant nommés par les provinces. Il y a plusieurs raisons pour lesquelles la jurisprudence n'est pas

vraiment utile lorsqu'il s'agit de déterminer le pouvoir du Parlement en ce qui concerne la création des tribunaux judiciaires et administratifs.

Il importe tout d'abord de signaler que la limitation des pouvoirs législatifs provinciaux a cet égard est habituellement prévue à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui dispose que les juges des cours supérieures, de district et de comté sont nommés par le gouverneur en conseil. Les textes législatifs provinciaux contestés confient bien entendu la nomination des juges aux autorités provinciales. Toutefois, en l'espèce, cette question ne se pose pas puisque les membres du Tribunal de la concurrence sont nommés par le gouverneur en conseil et de ce fait, ces nominations ne sont pas incompatibles en soi avec l'article 96.

L'importance de l'article 96 a toujours été associée à la répartition des pouvoirs, à la fois exécutifs et législatifs, relativement à la constitution, au maintien et à la dotation des tribunaux provinciaux. C'était la une partie essentielle du "pacte" confédératif, un compromis aux termes duquel les tribunaux provinciaux devaient se charger de l'administration de toutes les lois provinciales et de la plupart des lois fédérales. C'est pourquoi il a été prévu que chaque palier de gouvernement devra participer au fonctionnement de ces tribunaux : les provinces conformément à leur pouvoir législatif en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

le Parlement conformément à son pouvoir d'attribuer la compétence à ces tribunaux et de fixer le traitement des juges et, enfin, le gouverneur en conseil conformément à son pouvoir de nommer les juges. C'est là le raisonnement suivi dans l'affaire *McEvoy c. P.G. Nouveau-Brunswick*⁶⁵, sur laquelle s'est abondamment fondée la défenderesse. Dans un jugement unanime, la Cour suprême a disposé que :

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l'indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l'administration du droit criminel qu'elle ne l'est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures; le fédéral nomme les juges. Les articles de La *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales⁶⁶.

Il ressort clairement du contexte que le raisonnement de la Cour ne vise que les cours supérieures des provinces et que l'indépendance" dont il est question est le fait que ces tribunaux ne sont pas totalement dépendants d'un palier de gouvernement ou l'autre.

⁶⁵ [1983] 1 R.C.S. 704.

⁶⁶ *Ibid.* à La p. 720.

Toutefois, le "pacte" confédératif prévoyait également que le Parlement devait aussi conserver, aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de créer d'autres tribunaux pour assurer l'administration des lois fédérales. Cet article dispose que :

101. *Nonobstant toute disposition de La présente loi*, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi que l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada. (Soulignement ajoute)

Il est essentiel de faire remarquer que le Parlement a reçu le pouvoir d'établir "d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada" et qu'il détient ce pouvoir "*nonobstant toute disposition de La présente loi*". A cet égard, voici les propos tenus un jour par le juge en chef Duff :

Les droits accordés par les termes de cet article, interprété et appliqué avec l'intention première d'investir le Parlement d'une autorité lui permettant de mettre en oeuvre des objectifs politiques élevés en ce qui concerne le gouvernement du Dominion en matière judiciaire [...] doivent être retenus et exercés comme une autorité pleine et entière à ce titre, avec tous les pouvoirs accessoires nécessaires au Parlement pour lui permettre d'atteindre pleinement et complètement ses objectifs⁶⁷.

⁶⁷ *Reference Re Abolition of Appeals to the Privy Council*, [1940] S.C.R. 49 aux pp. 63-64, conf. par (*sub nom. A.G. Ontario v. A.G. Canada*) [1947] A.C. 127 (P.C.).

Ces propos ont été cités avec approbation dans le jugement rendu en appel par le Comité judiciaire du Conseil privé⁶⁸.

Même si certains prétendent le contraire⁶⁹, le libellé de l'article 101 n'est pas "nonobstant *certaines choses* de la présente loi". Quelles que soient les restrictions que renferment les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne la nature des tribunaux que les législatures provinciales peuvent créer, ces restrictions ne peuvent s'appliquer au Parlement lorsqu'il exerce le pouvoir qu'il détient aux termes de l'article 101. Les affaires telles que l'affaire *McEvoy* ne sont pas pertinentes parce que le litige visait l'exercice hypothétique de la compétence du Parlement en matière de droit criminel aux termes du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans cette affaire, il fut statué que l'exercice de ce pouvoir ne pouvait l'emporter sur la répartition des pouvoirs législatifs et exécutifs prévue aux articles 96 à 100, en ce qui a trait aux tribunaux provinciaux. Il n'était pas question, dans l'affaire *McEvoy*, de l'exercice du pouvoir du Parlement aux termes de l'article 101.

⁶⁸ A.G. *Ontario v. A.G. Canada*, *ibid.* à La p. 152.

⁶⁹ Voir p. ex. W.R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 Can. Bar. Rev. 769, 1139 aux pp. 1175-76. Le Tribunal reconnaît bien entendu que le Parlement ne pourrait par exemple utiliser son pouvoir en vertu de l'article 101 aux fins d'éliminer la possibilité de toute révision judiciaire dans le cas de questions constitutionnelles. Ceci ne découle pas des autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais du pouvoir de révision judiciaire qui est implicite dans une Constitution qui limite les pouvoirs des gouvernements. Le juge Stone dans l'affaire *Banque canadienne? impériale de commerce c. Rifou*, *supra*, note 56 aux pp. 510-515, a également statué que l'article 101 ne limitait pas le Parlement quant à la nature des "cours" qu'il pourrait établir.

En fait, la thèse de la défenderesse repose non pas sur des questions de répartition des pouvoirs qui pourraient être pertinentes s'il s'agissait d'un tribunal provincial, mais sur l'existence d'une certaine séparation des pouvoirs qui, selon la défenderesse, serait applicable aux organismes gouvernementaux fédéraux. En effet, elle prétend que le Parlement ne peut exercer le pouvoir d'établir des tribunaux aux termes de l'article 101 d'une façon qui permet de conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes autres que des tribunaux traditionnels. A l'appui de cette proposition, la défenderesse a invoqué l'opinion de deux juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*⁷⁰. Dans cette affaire, il fallait notamment déterminer si un arbitre nommé en vertu du Code canadien du travail s'était valablement vu conférer des "pouvoirs judiciaires" par le Parlement. Les trois juges en sont arrivés à une conclusion affirmative. Toutefois, deux des juges, les juges Urie et Mahoney, ont affirmé que le Parlement ne possédait pas des pouvoirs illimités en cette matière. Il semble que c'étaient là des remarques incidentes, et les juges n'ont donc pas eu à définir la source ou l'ampleur de la limite de l'exercice des pouvoirs du Parlement. Ils s'entendaient toutefois sur le fait que dans la mesure où le Parlement n'exclut pas la possibilité de révision judiciaire de la décision de l'arbitre, il n'irait pas à l'encontre des limites prévues par la Constitution. Ce raisonnement permet de conclure a

⁷⁰ *Supra*, note 56.

la validité du Tribunal de la concurrence car les décisions qu'il rend sont non seulement susceptibles de révision judiciaire mais aussi d'appel.

Cependant, advenant le cas où nous aurions tort de conclure que le Parlement ne peut être limité dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu de l'article 101 en matière d'établissement des tribunaux judiciaires ou administratifs, nous expliquerons brièvement pourquoi les limites traditionnelles imposées aux législatures provinciales, si elles sont applicables à l'établissement des tribunaux fédéraux, n'invalideraient pas la nomination d'autres membres, tel que le Dr Roseman, au Tribunal de la concurrence.

Précisons tout d'abord que le Tribunal n'est pas une "cour supérieure". Ce point a récemment été confirmé par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Chrysler Canada Ltd. v. Competition Tribunal*⁷¹; en tant que "Tribunal inférieur", nous ne possédons pas les pouvoirs implicites d'une cour supérieure. Dans cette affaire, il a été statué que le Tribunal de la concurrence, contrairement à une cour supérieure, ne possède pas le pouvoir d'infliger une sanction relativement à un outrage au tribunal commis en dehors de la présence du tribunal étant donné que ce pouvoir ne lui a pas été conféré expressément.

⁷¹ *Supra*, note 54.

Certes, le Tribunal exerce essentiellement des fonctions judiciaires. Toutefois, cela en soi n'empêche pas la création d'un tribunal autre qu'une cour supérieure, de district ou de comté. Il est depuis longtemps reconnu en droit administratif que les tribunaux inférieurs peuvent exercer des fonctions judiciaires : en fait, jusqu'à tout récemment, on ne pouvait obtenir des brefs de prohibition et de *certiorari* qu'à l'égard des tribunaux exerçant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires. La Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*⁷² a énoncé les critères qui permettent maintenant de déterminer si un tribunal provincial judiciaire ou administratif est en réalité une cour supérieure, de district ou de comté et, par le fait même, s'il n'est pas valablement constitué parce que les juges n'ont pas été nommés en vertu de l'article 96. La Cour a établi trois critères; s'il est impossible de conclure affirmativement à l'existence de ces trois critères, alors le tribunal en question n'a pas été établi en contravention des articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous nous en rapporterons au premier critère qui se lit comme suit :

[...] savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comte au moment de la Confédération⁷³.

⁷² [1981] 1 R.C.S. 714 aux pp. 734-736.

⁷³ *Ibid.* à la p. 734.

En l'espèce, nous sommes convaincus que la compétence exercée par le Tribunal de la concurrence n'était pas exercée par une cour supérieure, de district ou de comté à l'époque de la Confédération. Dans les grandes lignes, on nous demande de déterminer si la défenderesse s'est livrée à des pratiques "d'exclusivité", "de ventes liées" ou "d'agissements anti-concurrentiels" dans le cadre de la vente de l'aspartame au Canada. Si nous en arrivons à la conclusion que la défenderesse a bel et bien commis un de ces actes, nous devons quand même nous assurer que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement du fait de ces actes. Il n'y avait pas de loi analogue ni à l'époque de la Confédération ni pendant les nombreuses années qui ont suivi; les cours provinciales, de comté et de district ne possédaient donc pas à l'époque de la Confédération un pouvoir d'intervenir sur le marché comme on demande au Tribunal de le faire. Les questions qui intéressent le Tribunal sont à de nombreux égards essentiellement économiques et exigent l'application de connaissances spécialisées suivant une méthode ignorée des tribunaux antérieurs à la Confédération⁷⁴.

Par ailleurs, le litige oppose en fait un agent public et la défenderesse; bien qu'elles aient un caractère civil, les poursuites intentées

⁷⁴ Pour un historique de La législation sur La concurrence, voir les motifs du juge Dickson dans *P.G. Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983]2 R.C.S. 206 aux pp. 250-254.

visent à protéger l'intérêt public et non seulement à profiter à la partie qui est à l'origine de la controverse. A cet égard, elles se situent à mi-chemin entre les procédures de droit civil et de droit pénal qui relevaient généralement de la compétence des tribunaux antérieurs à la Confédération. Par conséquent, le Tribunal ne satisfait pas au premier critère énoncé dans le *Renvoi relatif à La Loi de 1979 sur La location résidentielle* et il est inutile d'examiner les autres critères.

En un sens, on ne peut accepter l'argument de la défenderesse voulant que le Parlement ne puisse conférer des fonctions judiciaires qu'à des tribunaux établis aux termes de l'article 96 ou peut-être qu'à des cours supérieures fédérales parce que ce raisonnement va trop loin. Il est évident dans ce raisonnement qu'une "cour supérieure" créée par le Parlement aux termes de l'article 101 doit aussi satisfaire aux exigences prévues aux articles 96 à 100. Un tribunal fédéral à qui seraient confiées de telles fonctions judiciaires ne pourrait donc être composé que de membres des barreaux respectifs des provinces comme le prévoient les articles 97 et 98. En outre, si ces juges exerçaient les "fonctions d'une cour supérieure", ils devraient bénéficier de la garantie de permanence jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans conformément à l'article 99 et ils devraient probablement occuper leur fonction à temps plein. Ce raisonnement porterait non seulement atteinte à la validité de toute une série de tribunaux fédéraux existants, mais exclurait

aussi comme membres de ces tribunaux des personnes possédant des connaissances spécialisées (autres qu'en droit) ou des personnes qui désirent poursuivre à temps partiel leur carrière dans les domaines économique, des affaires ou autres tout en faisant bénéficier le tribunal de leur expertise. Ils nous semble difficile de croire que la Constitution du Canada peut donner lieu à une conclusion de cette nature.

Conclusion relative aux questions constitutionnelles

Nous arrivons donc à la conclusion que le groupe du Tribunal siégeant dans la présente affaire a été validement constitué.

IX. ORDONNANCE

POUR CES MOTIFS LE TRIBUNAL ORDONNE QUE:

1. Dans la présente ordonnance, un "client canadien" comprend une personne ou une société qui conclut à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada une entente relative à l'achat d'aspartame, en ce qui concerne tout aspartame qui sera livré au Canada pour être utilisé comme ingrédient alimentaire.

2. La défenderesse, The NutraSweet Company, ne conclue ou exécute aucune clause d'un contrat relatif à l'approvisionnement d'aspartame qui:

a) exige d'un client canadien :

(i) qu'il achète tout son stock d'aspartame de la défenderesse; ou

(ii) qu'il utilise l'aspartame de la défenderesse comme seul ou principal agent édulcorant dans certains ou la totalité de ses produits;

b) autorise un client canadien à bénéficier :

(i) d'un rabais ou d'une déduction pour l'apposition de la marque de commerce ou du logo de la défenderesse sur ses produits ou dans sa publicité; ou

(ii) de tout rabais ou déduction semblable visant à inciter un tel client à acheter exclusivement l'aspartame de la

défenderesse comme ingrédient pour certains ou l'ensemble de ses produits;

c) autorise un client canadien à :

(i) exiger de la défenderesse soit qu'elle consente le même prix auquel l'aspartame est offert au client canadien par un concurrent de la défenderesse ou qu'elle dégage ce client de ses obligations contractuelles; ou

(ii) exiger de la défenderesse qu'elle lui fournisse de l'aspartame à des conditions aussi favorables que celles que la défenderesse consent aux concurrents de ce client, à moins que cette exigence ne soit également incluse dans les contrats d'approvisionnement en aspartame que la défenderesse conclut avec les concurrents de ce client.

FAIT à Ottawa, ce 4^{ième} jour d'octobre 1990.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) B.L. Strayer
B.L. Strayer