



Barristers

Brian Gover
Téléphone – ligne directe : 416-593-2489
Télécopieur – ligne directe : 416-593-9345
briang@stockwoods.ca

Le 19 juin 2008

PRIVILÉGIÉ ET CONFIDENTIEL

Livraison par courrier électronique et service de messagerie

M. John H. Sims
Sous-ministre de la Justice
Édifice commémoratif de l’Est, bureau 4121
284, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8

M^{me} Sheridan Scott
Commissaire de la concurrence
Bureau de la concurrence
21^e étage
50, rue Victoria
Gatineau (Québec)
K1A 0C9

Monsieur Sims et Madame Scott,

Objet : Analyse de l’article 11 de la *Loi sur la concurrence*

À votre demande, nous avons effectué l’analyse de la démarche suivie par le Bureau de la concurrence pour obtenir des ordonnances en application de l’art. 11 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la *Loi*) et formulé une opinion à cet égard. Vous trouverez dans l’opinion qui suit nos conclusions ainsi que nos recommandations.

Table des matières

1. Résumé.....4

2. Mandat6

3. Consultations.....7

4. Article 11 de la *Loi*8

5. Critère juridique aux termes de l’art. 1110

 A. « Une enquête est menée en application de l’article 10 ».....12

B.	« Une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question »	14
C.	Coût de l'obtempération	15
6.	Demandes de modification	15
7.	Obligation d'effectuer une divulgation complète, franche et impartiale	17
A.	Ordonnances <i>ex parte</i> en général	17
B.	L'obligation dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11	20
8.	L'affaire <i>Labatt</i>	20
A.	Les conclusions factuelles de la Cour	21
B.	Omission de mentionner les représentations faites auprès du juge Noël	23
C.	Mesure du recouplement des éléments déjà fournis	25
D.	Caractère potentiellement onéreux de l'ordonnance	28
9.	Le processus interne du Bureau	29
10.	Ordonnances d'enquête aux États-Unis	30
A.	Deuxièmes requêtes	31
B.	Demandes d'enquête civile	32
C.	Autres outils d'enquête	33
11.	Questions en litige et recommandations	33
A.	Le recours par le Bureau aux ordonnances visées à l'art. 11	33
B.	Le processus d'examen interne du Bureau	37
C.	Pratiques suivies lors des demandes d'ordonnances en vertu de l'art. 11	39
D.	Critère légal pour obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 11	41
E.	Obligation de divulgation au tribunal	43
F.	Éléments que le Bureau a déjà en sa possession	44
G.	Caractère potentiellement onéreux des ordonnances en vertu de l'art. 11	45

H.	L'article 11 dans les enquêtes criminelles	47
I.	Communication d'un avis officiel d'une demande fondée sur l'art. 11	48
J.	Dialogue général avec les avocats en droit de la concurrence du secteur privé	49
12.	Conclusion	50

1. Résumé

Dans notre analyse, nous avons porté notre attention sur le processus suivi par le Bureau pour obtenir des ordonnances visées à l'art. 11 de la *Loi* et sur l'obligation de divulgation à laquelle est tenu le commissaire de la concurrence à l'égard du tribunal lorsqu'il demande de telles ordonnances.

Nous en sommes arrivés à la conclusion que le Bureau assume son rôle de manière responsable sous le régime de l'art. 11 et qu'il établit un juste équilibre entre, d'une part, le fardeau des intimés, plus particulièrement les tierces parties, et d'autre part, la nécessité d'obtenir les renseignements nécessaires aux fins d'une enquête.

Dans le cadre de nos consultations, il est devenu évident que la principale critique des avocats de pratique privée en droit de la concurrence ciblait l'existence même du pouvoir conféré à l'art. 11. À notre avis, cependant, il ne fait aucun doute que l'art. 11 énonce un pouvoir dont le commissaire a besoin pour administrer et appliquer la *Loi* efficacement. Nos recommandations portent essentiellement sur les améliorations à apporter à la pratique actuelle du Bureau en vue d'accroître l'efficacité du processus de l'art. 11 et d'en atténuer la lourdeur pour les intimés.

Le Bureau a récemment constitué un nouveau comité d'examen composé de trois membres, chargé d'examiner à l'interne tous les projets de demandes fondées sur l'art. 11. Nous recommandons que ce modèle d'examen demeure en place et que le Bureau et le ministère de la Justice en étudient l'efficacité dans un délai de deux ans.

Par le passé, le Bureau avait pour pratique de présenter à la Cour fédérale ses demandes en vue d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11 par écrit, sans que l'avocat du commissaire comparaisse personnellement. Lors de la plus récente demande du commissaire fondée sur l'art. 11, l'avocat du commissaire a comparu personnellement devant la Cour.

Nous recommandons que l'avocat présente personnellement à la Cour toutes les demandes fondées sur l'art. 11. Dans la mesure du possible, le commissaire devrait s'adresser au même juge pour toutes les ordonnances visées à l'art. 11 obtenues dans le cadre d'une enquête donnée.

Pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11, le commissaire doit établir l'existence de deux conditions de fond seulement : (i) une enquête est menée en application de l'art. 10 et (ii) une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question. Les tribunaux et les avocats des parties intimées ont tenté d'interpréter cette disposition de manière à y ajouter des conditions de fond. Or, à notre avis, il faut résister à cette tendance. Le législateur a clairement établi qu'aux termes de l'art. 11, il est nécessaire de satisfaire à deux conditions seulement.

À cette fin, la distinction entre le critère juridique de fond aux termes de l'art. 11 et l'obligation de divulgation à la Cour doit être maintenue. L'auteur d'une demande *ex parte* doit dans tous les cas effectuer une divulgation complète, franche et impartiale à la Cour. Dans le contexte de l'art. 11, cela signifie que le commissaire doit exposer sa preuve de manière impartiale pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11, et informer la Cour des points de fait ou de droit dont il connaît l'existence et en raison desquels l'ordonnance visée à l'art. 11 ne devrait pas être prononcée. La norme de divulgation est la même, peu importe que le processus d'exécution invoqué en bout de ligne sous le régime de la Loi soit civil ou criminel.

Le Bureau devrait entreprendre un dialogue antérieur à la demande et postérieur à la signification avec les parties intimées à des ordonnances visées à l'art. 11. Ce dialogue devrait constituer la norme. Néanmoins, il y aura des circonstances où le Bureau devra présenter des demandes fondées sur l'art. 11, sans qu'un tel dialogue ne soit possible, notamment lorsqu'il y a urgence ou lorsque l'on craint que des dossiers qui sont en la possession d'une partie intimée soient détruits. Le dialogue est volontaire et il ne lie pas le Bureau. Si une partie intimée est récalcitrante ou qu'elle retarde le processus, le Bureau n'est pas tenu de poursuivre le dialogue et devrait soit aller de l'avant avec sa demande visée à l'art. 11, soit, s'il a déjà obtenu une ordonnance visée à l'art. 11, faire exécuter celle-ci. Dans le contexte des fusions, les délais applicables aux fins de l'examen ne laissent d'autre choix au commissaire que d'agir rapidement pour obtenir des ordonnances visées à l'art. 11 afin d'achever l'enquête avant que cette période d'attente n'expire ou que la transaction ne soit conclue. Même dans le contexte des fusions, cependant, le Bureau devrait s'efforcer d'entreprendre un dialogue antérieur à la demande avec les parties intimées proposées aux ordonnances visées à l'art. 11.

Nous estimons que ce dialogue permettra, d'une part, d'atténuer le fardeau des parties intimées pour ce qui est de donner suite aux ordonnances visées à l'art. 11 et, d'autre part, d'accroître l'efficacité du processus de l'art. 11. À cet égard, les avocats du secteur privé en droit de la concurrence devront abandonner leur démarche accusatoire actuelle au profit d'un modèle davantage axé sur la coopération.

À ce même égard, nous recommandons également que le Bureau et les avocats de pratique privée en droit de la concurrence continuent de tenir des discussions plus générales, particulièrement en vue de mettre en place des pratiques exemplaires.

Nous exposons nos conclusions et nos recommandations plus en détail dans les pages qui suivent.

2. Mandat

Le 3 mars 2008, le sous-ministre de la Justice, John Sims, et la commissaire de la concurrence, Sheridan Scott, m'ont chargé d'analyser la démarche suivie par le Bureau et m'ont accordé un délai de trois mois pour formuler une opinion à cet égard. Le mandat était le suivant :

- Analyser la norme de divulgation requise dans le cadre des demandes *ex parte* fondées sur l'art. 11 de la *Loi* en regard de dossiers en litige, et formuler des conseils à cet égard.
- Analyser la démarche suivie par le Bureau sous le régime de l'art. 11 et formuler des conseils à cet égard de manière que les tribunaux auxquels la commissaire s'adresse pour présenter des demandes fondées sur l'art. 11 obtiennent les renseignements dont ils ont besoin pour déterminer s'il y a lieu de prononcer ou non une ordonnance sous le régime de cette disposition.
- Formuler des recommandations de manière que le Bureau puisse effectuer une divulgation suffisante aux tribunaux dans le cadre des demandes fondées sur l'art. 11 de la *Loi* eu égard notamment aux principes juridiques applicables en matière de divulgation; au mandat du commissaire aux termes de la *Loi*; aux exigences

opérationnelles, notamment les délais, que le commissaire et le Bureau de la concurrence doivent prendre en considération; aux pratiques et aux modalités suivies par les avocats pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11; et à la nécessité d'assurer l'efficacité des ordonnances visées à l'art. 11 à titre d'outils d'enquête efficaces.

Aux fins d'effectuer cette analyse, j'ai bénéficié de l'aide de M. Owen Rees, de notre cabinet.

3. Consultations

Pour effectuer une analyse exhaustive de ces questions, nous avons mené des consultations avec le Bureau de la concurrence, le ministère de la Justice du Canada, le département de la justice des États-Unis – Division antitrust, certains anciens directeurs des enquêtes et recherches, l'Association du Barreau canadien – Section nationale sur le droit de la concurrence, et l'avocat représentant un client dans le cadre d'une contestation constitutionnelle de l'art. 11 dont les tribunaux sont saisis à l'heure actuelle.

Au sein du Bureau, nous avons tenu des discussions avec la commissaire de la concurrence, Sheridan Scott; la sous-commissaire principale de la concurrence, Fusions, Melanie Aitken; le sous-commissaire de la concurrence, Affaires civiles, Richard Taylor; la sous-commissaire des affaires législatives et parlementaires, Colette Downie; la sous-commissaire adjointe de la concurrence, Fusions, Ann Wallwork; et des membres de l'équipe du Bureau de la concurrence et du ministère de la Justice chargés du dossier de la fusion Labatt-Lakeport : Greg Lang, agent du droit de la concurrence, John Syme, avocat principal, et Roger Nassrallah, avocat.

Au sein du ministère de la Justice, nous avons discuté avec le sous-procureur général adjoint, Direction du contentieux, Donald Rennie; avocat-conseil, Cabinet du sous-ministre de la Justice, Simon Fothergill; et des membres du Service des poursuites criminelles du Canada chargés d'instituer des poursuites à l'égard des infractions à la *Loi sur la concurrence* : Jim Sutton, Guy Pinsonnault et Stéphane Hould. Tout au long de notre examen, nous avons obtenu l'aide du conseiller spécial de la commissaire de la concurrence, Adam Fanaki.

Pour obtenir une perspective comparative des ordonnances d'enquête rendues aux États-Unis, nous avons rencontré le procureur général adjoint des États-Unis, Division antitrust, Tom Barnett; le sous-procureur général adjoint pour les questions internationales, de politique et d'appel, James J. O'Connell; le directeur des opérations, J. Robert Kramer, II; et le directeur, Section du commerce international, Edward T. Hand.

Nous avons également demandé les commentaires des avocats de pratique privée en droit de la concurrence au cours d'une rencontre avec le président sortant et le président actuel de l'Association du Barreau canadien – Section nationale sur le droit de la concurrence, James B. Musgrove, de Lang Michener LLP, et Barry Zalmanowitz, c.r., du cabinet Fraser Milner Casgrain LLP, des avocats de la pratique privée en droit de la concurrence.

En dernier lieu, nous avons demandé à certains anciens directeurs des enquêtes et recherches de nous faire part de leurs opinions. À cette fin, nous nous sommes adressés à George Addy, l'honorable Konrad von Finckenstein, c.r., Calvin S. Goldman, c.r., Lawson Hunter, c.r., et l'honorable Howard Wetston, c.r.

Nous avons fait des présentations à l'intention du Bureau et du ministère de la Justice les 29 et 30 mai 2008 respectivement, et avons déposé un rapport provisoire le 10 juin 2008.

4. Article 11 de la Loi

Le commissaire peut invoquer l'art. 11 pour demander une ordonnance contraignant la partie intimée à comparaître aux fins d'une déposition orale devant un fonctionnaire d'instruction (al. (1)a)), à produire des documents ou autres choses (al. (1)b)) et à préparer et donner une déclaration écrite énonçant les renseignements exigés par l'ordonnance (al. (1)c)).

L'article 11 énonce les conditions préalables à l'obtention de l'ordonnance (par. (1)). Ainsi que nous en discuterons plus loin, ces conditions sont minimales et ont mené certaines personnes à soutenir que les tribunaux saisis de demandes en vue d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11 sont relégués à un rôle d'approbation d'office. L'article 11 traite également de la production de

documents en la possession de personnes morales affiliées (par. (2)), de l'immunité en regard de l'utilisation (par. (3)), et de l'effet territorial d'une ordonnance (par. (4)). Il prescrit ce qui suit :

11. (1) Sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne :

a) de comparaître, selon ce que prévoit l'ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l'enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l'ordonnance et qui, pour l'application du présent article et des articles 12 à 14, est appelée « fonctionnaire d'instruction »;

b) de produire auprès du commissaire ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou les autres choses dont l'ordonnance fait mention;

c) de préparer et de donner au commissaire ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance.

(2) Lorsque, en rapport avec une enquête, la personne contre qui une ordonnance est demandée en application de l'alinéa (1)b) est une personne morale et que le juge à qui la demande est faite aux termes du paragraphe (1) est convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu'une affiliée de cette personne morale a des documents qui sont pertinents à l'enquête, il peut, sans égard au fait que l'affiliée soit située au Canada ou ailleurs, ordonner à la personne morale de produire les documents en question.

(3) Nul n'est dispensé de se conformer à une ordonnance visée au paragraphe (1) ou (2) au motif que le témoignage oral, le document, l'autre chose ou la déclaration qu'on exige de lui peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais un témoignage oral qu'un individu a rendu conformément à une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)a) ou une déclaration qu'il a faite en conformité avec une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)c) ne peut être utilisé ou admis contre celui-ci dans le cadre de poursuites criminelles intentées contre lui par la suite sauf en ce qui concerne une poursuite prévue à l'article 132 ou 136 du *Code criminel*.

(4) Une ordonnance rendue en application du présent article a effet partout au Canada.

Le paragraphe 11(1) énonce une condition préalable à l'obtention d'une ordonnance visée à l'art. 11, à savoir que le commissaire doit mener une enquête en application de l'art. 10 de la *Loi*.

Le paragraphe 10(1) est libellé dans les termes suivants :

10. (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits :

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire :

(i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou des parties VII.1 ou VIII,

(ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

(iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;

c) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un des faits visés aux sous-alinéas b)(i) à (iii) existe.

Le commissaire doit entreprendre une enquête sur demande faite par six personnes résidant au Canada en vertu de l'art. 9 de la *Loi* (al. 10(1)a)); chaque fois qu'il a *des raisons de croire* qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en vertu de la *Loi* (sous-al. (1)b)(i)), s'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la *Loi* (sous-al. (1)b)(ii)), ou qu'une infraction visée dans la *Loi* a été perpétrée ou est sur le point de l'être (sous-al. (1)b)(iii)); ou chaque fois que le ministre le lui ordonne (al. 10c)).

5. Critère juridique aux termes de l'art. 11

Il faut établir une distinction entre le critère juridique aux termes de l'art. 11 de la *Loi* et l'obligation de divulgation à laquelle est tenu le demandeur à l'égard de la Cour dans le cadre d'une demande *ex parte*. Dans la présente section, nous nous pencherons sur le critère prévu par la loi qui s'applique pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11; dans la section suivante, nous examinerons l'obligation de divulgation « complète, franche et impartiale » à laquelle le commissaire est tenu à l'endroit de la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11.

Pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11, le commissaire¹ doit convaincre la Cour, par affidavit, (i) qu'une enquête est menée en application de l'art. 10, et (ii) qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question². Ce sont là les *seules* conditions de fond énoncées à l'art. 11. Lorsqu'il y est satisfait, le juge peut rendre une ordonnance. La Cour détient cependant le pouvoir discrétionnaire résiduel de déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance visée à l'art. 11³.

La partie que l'on vise par l'ordonnance n'est pas une partie à la demande. La demande fondée sur le par. 11(1) doit être faite *ex parte* par le commissaire. Suivant l'art. 11, il n'est pas nécessaire qu'il y ait devant la Cour quelque document que ce soit autre que ceux qui ont été produits par le commissaire. Le critère à deux volets peut être déterminé sur le fondement d'une preuve par affidavit jointe à la demande du commissaire⁴.

Dans le cadre de l'analyse, la question de savoir si, aux termes de l'art. 11, le commissaire doit présenter la demande *ex parte* ou s'il lui est simplement permis de le faire, s'est posée. À notre avis, l'art. 11 vise à ce que le commissaire présente la demande *ex parte*. Cependant, dans des circonstances spéciales, la Cour saisie d'une demande visée à l'art. 11 peut rendre une ordonnance spéciale pour permettre à la partie intimée dans le cadre de la demande fondée sur l'art. 11 de comparaître pour présenter des observations avant qu'une décision ne soit prise sur la demande d'ordonnance⁵. Ces circonstances spéciales seront examinées plus loin.

-
1. Ou son représentant autorisé. Par souci de concision, nous parlerons du commissaire tout au long de notre opinion juridique.
 2. *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian (Director of Investigation and Research under the Competition Act)*, [1995] O.J. No. 709 (Div. gén. Ont.) [CP], les motifs du juge Farley, ¶ 7; *Commissaire de la concurrence c. Xerox Canada Ltée* (2002), n° du dossier de la Cour 550-05-010175-011 (C.S. Qc.), p. 3.
 3. *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada* (2000), 8 C.P.R. (4th) 372 (C.F. 1^{re} inst.) [*Air Canada*], ¶ 31.
 4. *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 142 (Div. gén. Ont.) [*Raimondo*].
 5. Voir p. ex. le droit pertinent aux mandats autorisant les prélèvements pour analyse génétique de perquisition sous le régime de l'art. 487.05 du *Code criminel* : *R. v. F(S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

Comme dans le cas d'autres demandes *ex parte*, il est essentiel qu'il y ait une divulgation complète, franche et impartiale dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11⁶.

A. « Une enquête est menée en application de l'article 10 »

La Cour fédérale a donné à entendre qu'il existait des conditions supplémentaires auxquelles le commissaire doit satisfaire dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11. Elle a indiqué qu'une simple affirmation qu'une enquête est menée ne suffisait pas. La Cour a statué que le commissaire devait fournir :

- « une certaine description » de la nature du comportement allégué faisant l'objet de l'enquête;
- la raison qui sous-tend la décision du commissaire de mener une enquête;
- la ou les raisons pour lesquelles le commissaire croit que le comportement sur lequel porte l'enquête s'est produit⁷.

À notre avis, les tribunaux ne devraient pas s'écarter des conditions prescrites par le législateur aux fins d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11. C'était l'intention du législateur que les conditions prévues à l'art. 11 soient minimales. C'est ce qui ressort clairement d'une comparaison de l'art. 11 avec la disposition sur les mandats de perquisition énoncée à l'art. 15 de la *Loi* :

<p>11. (1) Sur demande <i>ex parte</i> du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne : [...]</p> <p>[Nous soulignons]</p>	<p>15. (1) À la demande <i>ex parte</i> du commissaire ou de son représentant autorisé et si, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté est convaincu :</p> <p>a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire :</p> <p>(i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou des parties VII.1 ou VIII,</p>
---	---

6. *Air Canada*, *supra*, note 6 de ces motifs.

7. *Ibid.*, ¶ 31.

	<p>(ii) soit qu'il y a des motifs justifiant que soit rendue une ordonnance aux termes des parties VII.1 ou VIII,</p> <p>(iii) soit qu'une infraction prévue à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;</p> <p>b) qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il existe, en un local quelconque, un document ou une autre chose qui fournira une preuve en ce qui concerne les circonstances visées aux sous-alinéas a)(i), (ii) ou (iii), selon le cas,</p> <p>celui-ci peut délivrer sous son seing un mandat autorisant le commissaire ou toute autre personne qui y est nommée à : [...]</p> <p>[Nous soulignons]</p>
--	--

Dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11, il n'appartient pas à la Cour de déterminer si le commissaire a des motifs raisonnables de faire étudier une question⁸. Néanmoins, le commissaire serait bien avisé d'inclure notamment dans les affidavits qu'il joint à sa demande fondée sur l'art. 11 les éléments suivants :

- Une brève description de la nature du comportement allégué qui fait l'objet de l'enquête. La description du comportement ne doit pas nécessairement être détaillée. En revanche, elle devrait permettre à la Cour de juger de la pertinence des renseignements recherchés dans l'ordonnance proposée.
- Une déclaration selon laquelle l'enquête est menée en application de l'al. 10a), des sous-al. b)(i), b)(ii), b)(iii) et (ou) de l'al. c).

Contrairement à ce qu'a donné à entendre le juge dans l'affaire *Air Canada*⁹, il ne devrait pas incomber au commissaire de convaincre la Cour de sa bonne foi dans la tenue d'une enquête. Le

8. *Raimondo, supra*, p. 6 (version QL).

9. *Air Canada, supra*, ¶ 31.

commissaire est un fonctionnaire tenu par la loi d'agir de manière équitable et dans l'intérêt public. En conséquence, la Cour doit à juste titre présumer de sa bonne foi¹⁰. Il devrait incomber à la partie intimée dans le cadre d'une ordonnance visée à l'art. 11 d'établir la mauvaise foi du commissaire. La solution que nous préconisons est conforme aux principes de droit public généraux¹¹.

B. « Une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question »

Aux fins de sélectionner une partie intimée à une ordonnance visée à l'art. 11, le commissaire a le droit de choisir entre des sources d'information autres. Implicitement, il n'appartient pas à la Cour de déterminer s'il existe une autre source qui serait plus efficace ou efficiente¹². Le commissaire doit fournir à la Cour des « documents convaincants » pour établir que la « personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question »¹³.

Curieusement, la Cour a fait peu de cas de l'exigence relative à la « pertinence ». Pour déterminer la « pertinence » sous le régime de l'art. 11, le renvoi au contexte législatif de l'art. 11 est important. La Cour fédérale a prévenu que « l'ordonnance porte sur la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête, non pas pour les fins d'une poursuite pour une infraction criminelle »¹⁴. Ce contexte est pertinent aux fins de déterminer si le commissaire s'est acquitté de la charge qui lui incombe dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11. À l'étape de l'enquête, la « pertinence » doit être jugée à l'aulne d'une norme plus souple qu'elle ne le serait si l'on se penchait sur l'admissibilité de la preuve au procès, ou même de la norme appliquée à l'étape de l'interrogatoire préalable d'une instance civile.

10. Voir p. ex. *Commissaire de la concurrence c. Canada Pipe Company*, 2004 CACT 2, 29 C.P.R. (4th) 530 (Tribunal de la concurrence.), ¶ 61.

11. Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Canvasback Publishers) § 15:3314.

12. *Raimondo, supra*, p. 6 (version QL).

13. *Raimondo, supra*, p. 5 (version QL).

14. *Air Canada, supra*, ¶ 19.

À notre avis, des documents ou des renseignements devraient être considérés comme étant « pertinents » s'ils *peuvent* raisonnablement, considérés seuls ou en relation avec d'autres documents ou renseignements, fournir une information sur l'objet de l'enquête. Cette norme proposée repose sur le critère qui s'applique à l'égard des mandats de perquisition sous le régime de l'art. 487 du *Code criminel*¹⁵, compte tenu des modifications appropriées au niveau du libellé législatif de l'art. 11 de la *Loi* et de son objet.

C. Coût de l'obtempération

Le coût de l'obtempération n'est pas un facteur à prendre en considération dans le cadre du critère applicable aux fins d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11. La Cour fédérale a cependant donné à entendre qu'une ordonnance visée à l'art. 11 peut être modifiée dans des circonstances exceptionnelles de façon à prévoir le remboursement des coûts, plus particulièrement lorsque l'obtempération à une ordonnance peut être compromise en raison d'une grave insuffisance de ressources¹⁶. La Cour suprême du Canada a sérieusement mis en doute cette suggestion dans une décision qu'elle a rendue récemment dans le contexte des ordonnances de production sous le régime de l'art. 487.012 du *Code criminel*¹⁷. Il n'existe absolument aucune disposition législative qui permette à la Cour d'ordonner le remboursement des coûts à la partie intimée à une ordonnance visée à l'art. 11.

6. Demandes de modification

Les demandes soumises à la Cour fédérale en vertu de l'art. 11 sont régies par les Règles de la Cour fédérale. Le paragraphe 399(1) des Règles, qui s'applique aux demandes de modification des ordonnances *ex parte*, s'applique aux ordonnances visées à l'art. 11¹⁸. L'article 399 des Règles prescrit ce qui suit :

15. *R. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1992), 77 C.C.C. (3d) 341 (Div. gén. Ont.), les motifs du juge Moldaver (tel était alors son titre).

16. *Air Canada*, *supra*, ¶ 14.

17. *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, voir particulièrement le ¶ 67.

18. *Air Canada*, *supra*, ¶ 14.

399. (1) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve prima facie démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue :

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui n'a pas comparu par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis insuffisant de l'instance.

(2) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier une ordonnance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue;

b) l'ordonnance a été obtenue par fraude.

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'annulation ou la modification d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) ne porte pas atteinte à la validité ou à la nature des actes ou omissions antérieurs à cette annulation ou modification.

Aux termes du par. 399(1) des Règles, une ordonnance visée à l'art. 11 peut être annulée si la partie qui en demande l'annulation ou la modification peut établir qu'elle a été rendue sur le fondement de faits trompeurs, incomplets ou inexacts, ou d'une omission ou fraude volontaire du commissaire. La non-divulgence d'erreurs dans la preuve soumise au juge qui a rendu l'ordonnance doit être de nature telle que, si le juge en question en avait connu l'existence, il aurait refusé de rendre l'ordonnance¹⁹. En outre, si la partie visée par l'ordonnance peut démontrer que les documents ou les renseignements recherchés par l'ordonnance sont sans pertinence aux fins de l'enquête visée à l'art. 10, les portions de l'ordonnance qui se rapportent à leur production peuvent être radiées²⁰.

Le paragraphe 399(1) des Règles énonce un moyen par lequel la partie visée par une ordonnance rendue *ex parte* peut faire respecter l'obligation de l'auteur de la requête de se montrer scrupuleusement équitable envers la partie absente. Cette obligation sera examinée dans la prochaine section du présent exposé.

19. *Ibid.*, ¶ 13.

20. *Ibid.*

7. Obligation d'effectuer une divulgation complète, franche et impartiale

A. Ordonnances *ex parte* en général

Les audiences *ex parte* sont une dérogation au principe fondamental d'équité procédurale *audi alteram partem*²¹. Dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir un redressement *ex parte*, la partie contre qui l'on demande un redressement n'a pas la possibilité d'être entendue et de faire valoir à la Cour les raisons pour lesquelles le redressement demandé ne devrait pas être accordé. Donc, le droit impose à l'auteur de la requête l'obligation d'être scrupuleusement équitable envers la partie absente en divulguant tous les faits pertinents d'une manière impartiale.

La raison d'être de cette obligation et des conséquences de l'omission d'y satisfaire est expliquée par le juge Sharpe (tel était alors son titre) dans la décision de principe en Ontario, *United States of America v. Friedland*²² :

[TRADUCTION]

Selon un principe bien établi de notre droit, la partie qui demande le redressement extraordinaire qu'est l'injonction *ex parte* doit effectuer une divulgation complète et franche de sa preuve. La raison d'être de cette règle est évidente. Le juge qui entend une requête *ex parte* et la partie absente sont littéralement à la merci de la partie qui demande l'injonction. Les freins et contrepoids ordinaires du système accusatoire ne s'appliquent pas. La partie opposée est privée de la possibilité de contester les prétentions factuelles et juridiques avancées par l'auteur de la demande à l'appui de l'injonction. Il en découle un risque qu'une injustice lui soit causée. Ainsi qu'un juge de la Colombie-Britannique l'a indiqué récemment [dans l'affaire *Watson v. Slavik* [(1996), 65 A.C.W.S. (3d) 831 (B.C.S.C.)] :

Il n'existe aucune situation plus susceptible de causer une injustice ou un abus des pouvoirs de la Cour que la demande d'injonction *ex parte*.

Pour cette raison, le droit impose une obligation exceptionnelle à la partie qui demande un redressement *ex parte*. Cette partie n'a pas le droit de présenter uniquement sa version de la preuve sous l'angle le plus favorable possible, comme elle le ferait si l'autre partie était présente. Il lui incombe au contraire de

21. « Entendre la partie adverse ».

22. 1996 CarswellOnt 5566 (Div. gén. Ont.), ¶¶ 26-28. Adopté par le juge Mactavish dans l'affaire *Labatt, supra*, ¶ 23. À noter que le juge Sharpe, de la Cour d'appel, fait autorité au Canada sur le droit des injonctions, et qu'il a publié sur le sujet notamment *Injunctions and Specific Performance*, 2^e éd. (Toronto: Canada Law Book, 1992).

présenter les faits de manière équilibrée en droit. La partie requérante doit exposer sa propre preuve équitablement et doit informer la Cour des points de fait ou de droit, le cas échéant, dont elle connaît l'existence et qui avantagent la partie opposée. L'obligation de divulgation complète et franche vise à compenser le risque évident d'injustice inhérent à toute situation où un juge est invité à prononcer une ordonnance sans avoir la possibilité d'entendre la partie opposée.

Si la partie qui demande le redressement *ex parte* ne s'acquitte pas de son obligation de divulgation complète et franche en omettant des faits importants ou en présentant ceux-ci faussement, la partie opposée a le droit de faire infirmer l'injonction. C'est là le prix que le demandeur doit payer pour avoir omis de s'acquitter de l'obligation qui lui est imposée en droit. S'il en était autrement, l'obligation serait dénuée de tout son sens et le droit serait dans l'impossibilité de protéger la partie absente.

Ce principe a été codifié au par. 39.01(6) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, qui prescrit ceci :

Dans une motion ou une requête présentée sans préavis, l'auteur de la motion ou le requérant procède à une divulgation complète et impartiale de tous les faits pertinents. Le défaut de ce faire constitue un motif suffisant d'annulation de l'ordonnance obtenue à la suite de la motion ou de la requête.

Bien qu'il n'existe aucune disposition semblable dans les *Règles de la Cour fédérale*, la même obligation a été imposée au sein de la Cour fédérale à l'auteur d'une requête dans le cadre de demandes de redressement *ex parte*²³. Le paragraphe 399(1) des Règles, appliqué par la Cour fédérale, a lui aussi cet effet.

L'ordonnance *Anton Piller* enjoint au défendeur de laisser le demandeur effectuer des recherches dans ses locaux en vue d'y obtenir des éléments de preuve et de les conserver aux fins d'un litige, dans la mesure où il est satisfait à certaines conditions²⁴. Lorsqu'une partie demande une ordonnance *Anton Piller*, elle doit satisfaire à une norme très élevée de divulgation :

23. *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, 2005 CAF 28 [TMR].

24. Ces conditions sont les suivantes :

- a) le demandeur a un commencement de preuve solide;
- b) le préjudice, réel ou possible, doit être très grave pour le requérant;
- c) il faut faire la preuve manifeste que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets pouvant servir de pièces à conviction et qu'il est réellement possible que le

[TRADUCTION]

[L]e demandeur est tenu de divulguer tous les faits dont il a connaissance et qui sont pertinents en ce qui concerne l'« appréciation que le tribunal doit effectuer pour décider s'il y a lieu ou non de prononcer l'ordonnance » (*Thermax Ltd. v. Schott Industrial Glass Ltd.*, [1981] F.S.R. 289, p. 298 (Ch. D.)). Dans l'affaire *Columbia Picture Industries v. Robinson*, [1987] Ch. 38, [1986] F.S.R. 367, p. 441 (Ch. D.), le juge Scott a statué que « les affidavits produits par les demandeurs à l'appui d'[ordonnances « *Anton Piller* »] doivent pécher par excès de divulgation. Dans le cas des éléments qui relèvent de la zone grise d'une pertinence possible, le juge, et non les procureurs des demandeurs, devrait en déterminer la pertinence »²⁵.

Les faits pertinents que l'auteur d'une demande d'ordonnance *ex parte* doit divulguer sont notamment les faits qui peuvent expliquer la thèse de la partie visée par l'ordonnance, si elle est connue de l'auteur de la requête²⁶. Les faits, le cas échéant, qui seraient soupesés ou examinés par le juge des requêtes pour trancher les questions en litige, sans égard à la question de savoir si leur divulgation changerait l'issue, sont pertinents²⁷.

L'obligation de divulgation complète, franche et impartiale s'applique à d'autres processus d'enquête *ex parte*, notamment aux mandats de perquisition sous le régime du *Code criminel*²⁸. Cette norme ne varie pas selon la nature du processus invoqué en bout de ligne, à savoir civil (p. ex. les affaires que le Tribunal de la concurrence peut examiner en vertu de la partie VIII de la *Loi*) ou criminel (p. ex. les infractions prévues aux parties VI et VII de la *Loi*).

défendeur détruisse ces pièces avant que puisse être présentée une demande *inter partes*.

Voir aussi *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, 2005 C.F. 1405.

25. *Lynian Ltd. v. Dubois* (1990), 45 C.P.C. (2d) 231, p. 233 (Div. gén. Ont.).
26. *Chitel v. Rothbart* (1982), 39 O.R. (2d) 513, p. 519 (C.A.); *Coca-Cola Ltd. c. Pardhan*, 2003 CAF 11.
27. *Forestwood Co-operative Homes Inc. v. Pritz*, 2002 CarswellOnt 490, par. 26 (C. div.); *TMR*, précitée, par. 65.
28. *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 46; *R. v. Church of Scientology (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), p. 528, autorisation d'appel refusée [1987] 1 R.C.S. vii, 33 C.R.R. 384 (note) (C.S.C.).

B. L'obligation dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11

Quelle est la nature de cette obligation à la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11? À notre avis, elle compte deux volets : le commissaire doit (i) exposer sa propre preuve pour obtenir de manière équitable une ordonnance visée à l'art. 11, et (ii) informer la Cour de tous les points de fait et de droit, le cas échéant, dont il connaît l'existence et en raison desquels l'ordonnance visée à l'art. 11 ne devrait pas être accordée. La décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Labatt*, précitée, permet de penser que les faits pertinents que le commissaire doit divulguer sont à tout le moins les faits suivants :

- Les faits qui peuvent expliquer le point de vue de la partie intimée concernant la portée de l'ordonnance et la pertinence des documents demandés, s'ils sont connus du commissaire.
- La question de savoir si, dans le cadre de la même enquête visée à l'art. 11, des ordonnances ont été précédemment demandées, et une description générale des renseignements déjà obtenus dans ces ordonnances.

Dans la pratique, il est sage d'inclure un renvoi à tout fait raisonnablement susceptible d'être pris en considération par le juge aux fins de décider s'il y a lieu de prononcer l'ordonnance.

Toutefois, il est important de maintenir la distinction entre les conditions prévues à l'art. 11 d'une part et l'obligation de divulgation à la Cour d'autre part. L'obligation de divulgation ne hausse pas le nombre de conditions *de fond* auxquelles il doit être satisfait pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11 ni n'en impose de nouvelles.

8. L'affaire Labatt

Dans l'affaire *Labatt*, la compagnie de brassage Labatt Limitée (« Labatt ») et Lakeport Brewing Income Fund (« Lakeport ») souhaitent obtenir, en application de l'article 399 des *Règles de la Cour fédérale*, une ordonnance infirmant une ordonnance visée à l'art. 11.

Aux termes de l'ordonnance visée à l'art. 11, Labatt et Lakeport étaient tenues de produire des documents et des renseignements sur une déclaration écrite. Labatt et Lakeport ont fait valoir que les renseignements fournis par la commissaire dans le cadre de sa demande *ex parte* étaient trompeurs, inexacts ou incomplets, et que l'ordonnance n'aurait jamais dû être rendue. Elles ont soutenu également que la plupart des renseignements demandés par la commissaire avaient déjà été produits ou qu'ils n'avaient aucune pertinence aux fins de son enquête sur l'effet, sur le plan de la concurrence, de l'acquisition de Lakeport par Labatt²⁹.

La Cour a conclu que la divulgation faite par la commissaire dans le cadre de la demande *ex parte* en vue de l'obtention d'une ordonnance visée à l'art. 11 avait été « trompeuse, inexacte et incomplète ». La Cour a statué que, si on lui avait fait une divulgation complète, elle n'aurait pas prononcé l'ordonnance qu'elle a rendue, dans la forme dans laquelle elle l'a rendue. Par conséquent, la Cour a infirmé l'ordonnance visée à l'art. 11, sous réserve du droit de la commissaire de présenter une nouvelle demande en vue d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11, *sur avis* à Labatt et à Lakeport.

A. Les conclusions factuelles de la Cour

Les faits dont l'existence a été constatée par la Cour dans l'affaire *Labatt* sont résumés brièvement ci-après :

- Le 31 janvier 2007, Labatt s'est engagée à acheter Lakeport. Labatt et Lakeport ont fourni des renseignements « détaillés » à la commissaire concernant les effets sur le plan concurrentiel de l'acquisition proposée, en conformité avec l'art. 114 de la *Loi*.
- Le 15 février 2007, la commissaire a entrepris une enquête sur l'acquisition, en application de l'alinéa 10(1)b) de la *Loi*.
- À la suite de l'enquête, la commissaire a présenté onze demandes *ex parte* en vue d'obtenir des ordonnances visées à l'art. 11 contre diverses parties intimées (la

29. *Labatt, supra*, ¶¶ 1 à 3.

« demande de février 2007 »)³⁰. Le 22 février 2007, le juge Noël a rendu des ordonnances enjoignant à Labatt et à Lakeport notamment de produire des dossiers « détaillés » ainsi que des déclarations écrites (l'« ordonnance de février 2007 »).

- En réponse à son ordonnance visée à l'art. 11, Labatt a fourni à la commissaire 7 432 documents, comptant pour plus de 138 620 pages. La production des documents a coûté à Labatt approximativement 750 000 \$ au titre des seuls frais externes.
- Le 26 mars 2007, la commissaire s'est adressée au Tribunal de la concurrence en vue d'obtenir, en application de l'art. 100 de la *Loi*, une ordonnance interdisant pendant une période de 30 jours que l'acquisition soit conclue. Le Tribunal a refusé de prononcer l'injonction. L'acquisition a été conclue le 29 mars 2007.
- L'enquête de la commissaire sur l'acquisition s'est poursuivie.
- Le 6 novembre 2007, la commissaire a présenté au juge Mactavish une deuxième série de demandes *ex parte* en vue d'obtenir des ordonnances visées à l'art. 11 contre quinze intimés (la « demande de novembre 2007 »). Ces demandes ont été présentées sans une comparution personnelle de l'avocat de la commissaire. Huit des quinze intimés avaient été l'objet des ordonnances visées à l'art. 11 déjà rendues par le juge Noël.
- Le 8 novembre 2007, le juge Mactavish a accueilli la deuxième série de demandes de la commissaire. Ces ordonnances visées à l'art. 11 exigeaient la production de dossiers « volumineux » et de renseignements « détaillés » (l'« ordonnance de novembre 2007 »).
- Le 23 novembre 2007, Labatt et Lakeport ont présenté une requête en vertu de l'art. 399 des Règles en vue de faire infirmer ou modifier l'ordonnance de novembre 2007 rendue par le juge Mactavish.

30. Les documents de la demande contenaient une déclaration qui s'est par la suite révélée problématique, voir pages 20 et 21, ci-après.

La Cour semble avoir appliqué à l'égard des affidavits de la commissaire une norme plus élevée que celle qui serait normalement appliquée à l'égard d'une demande *ex parte*, au motif, la Cour a-t-elle statué, que la raison pour laquelle on accorde habituellement une certaine marge de manœuvre à l'auteur d'une demande *ex parte*—à savoir que de telles demandes sont présentées d'urgence—était absente dans cette affaire. La Cour a conclu que la demande de la commissaire en vue d'obtenir une ordonnance visée à l'art. 11 n'était pas urgente et que l'enquête était en cours depuis des mois.

La Cour a statué que la divulgation par la commissaire était « trompeuse, inexacte ou incomplète à plusieurs égards importants ». Elle a statué en outre que les renseignements requis dans l'ordonnance proposée et certains renseignements déjà en la possession de la commissaire se recoupaient. La Cour n'a tiré aucune conclusion sur la pertinence des renseignements demandés.

Commentaires

À notre humble avis, les conclusions tirées par la Cour fédérale dans l'affaire *Labatt* n'étaient pas justifiées et la Cour a à tort exercé son pouvoir discrétionnaire pour annuler l'ordonnance de novembre 2007 visée à l'art. 11. Néanmoins, la décision était de nature discrétionnaire et, pour cette raison, les chances que la décision soit infirmée par la Cour d'appel fédérale étaient minces.

B. Omission de mentionner les représentations faites auprès du juge Noël

Conclusions de la Cour

Les affidavits présentés par la commissaire au juge Mactavish aux fins de la demande de novembre 2007 ne renvoyaient pas à la déclaration faite par le représentant autorisé de la commissaire dans un affidavit soumis au juge Noël en février 2007, selon laquelle [TRADUCTION] « [I]a commissaire estime que les réponses à ces questions par les brasseries seront suffisantes aux fins de la tenue de son enquête »³¹.

31. *Labatt, supra*, ¶ 42.

La Cour a statué que, si elle avait été au courant des représentations faites par la commissaire à la Cour, suivant lesquelles les renseignements détaillés demandés dans les ordonnances de février 2007 visées par l'art. 11 « seraient probablement suffisants » aux fins de la tenue de l'enquête, elle n'aurait pas rendu l'ordonnance de novembre 2007 sans demander à la commissaire d'expliquer pourquoi des renseignements supplémentaires étaient nécessaires. C'était, de l'avis de la Cour, une omission importante qui justifiait l'annulation de l'ordonnance de novembre 2007³².

La Cour a statué que la commissaire était tenue d'informer la Cour de toute représentation faite à la Cour sur la question de savoir si les renseignements antérieurement demandés seraient suffisants aux fins de la tenue de l'enquête³³.

La Cour a statué également que, pour exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en application du par. 11(1) et assurer correctement le contrôle de sa propre procédure, la Cour doit être « pleinement informée des circonstances pertinentes » entourant une ordonnance visée à l'art. 11. Elle a expliqué que, selon les circonstances, la Cour peut refuser d'accorder l'ordonnance, demander des renseignements ou des clarifications supplémentaires auprès de la commissaire, ou exiger la remise d'un avis à la partie ciblée par l'ordonnance de manière qu'elle puisse être entendue *avant* qu'une ordonnance ne soit rendue³⁴.

Commentaires

À notre humble avis, il aurait dû être clair pour la Cour que la déclaration faite dans l'affidavit du Bureau sur la demandée antérieure fondée sur l'art. 11 ne se voulait pas une assurance qu'aucune autre ordonnance ne serait nécessaire. Il est tout simplement impossible de savoir à l'étape de l'enquête—qui est nécessairement fluide—si les renseignements demandés seront obtenus et, le cas échéant, s'ils seront suffisants aux fins de la tenue d'une enquête.

32. *Ibid.*, ¶ 46.

33. *Ibid.*, ¶¶ 49 et 50.

34. *Ibid.*, ¶¶ 50 à 52.

Lorsque la commissaire a fait des représentations à la Cour dans le cadre d'une demande antérieure visée à l'art. 11 dans une même enquête, ces représentations devraient être présentées à la Cour dans le cadre de toute demande subséquente visée à l'art. 11 dans la même enquête.

Nous souscrivons à la conclusion de la Cour selon laquelle la commissaire doit informer pleinement la Cour des circonstances pertinentes relativement à la demande fondée sur l'art. 11, et que la Cour peut refuser d'accorder l'ordonnance, ou demander des renseignements ou des clarifications supplémentaires auprès de la commissaire. En outre, accessoirement au pouvoir qu'elle détient de contrôler sa propre procédure, la Cour peut exiger qu'un avis soit donné à la partie intimée à l'ordonnance de manière qu'elle puisse être entendue avant qu'une ordonnance ne soit rendue.

C. Mesure du recoupement des éléments déjà fournis

Conclusions de la Cour

Des renseignements importants avaient déjà été fournis à la commissaire en réponse à l'ordonnance de février 2007. La Cour a statué que les observations écrites de la commissaire dans le cadre de la demande de novembre 2007, selon lesquelles [TRADUCTION] « [a]ucun des dossiers ou des renseignements demandés n'avait été antérieurement demandé aux parties intimées », étaient « de mauvaise foi et trompeuses ». Au contraire, la Cour a-t-elle conclu, il existait un « recoupement considérable » par rapport aux renseignements antérieurement fournis à la commissaire³⁵.

La Cour a déclaré que la simple inclusion par la commissaire d'une copie de l'ordonnance de février 2007 dans les documents soumis dans le cadre de la demande de novembre 2007 ne convenait pas étant donné le nombre de documents dont la Cour avait été saisie³⁶.

La Cour a statué également que l'omission par la commissaire de porter à l'attention de la Cour les documents qu'elle avait en sa possession et qui avaient été produits dans le cadre d'une

35. *Ibid.*, ¶ 70.

36. *Ibid.*, ¶¶ 67 à 69.

enquête menée en 2004 sur l'Entente nationale sur la bouteille standard de l'Industrie, qui avait été conclue par un certain nombre de brasseries dans la province, était pertinente puisqu'il y avait un certain nombre de zones de recoupement avec les renseignements demandés dans le cadre de la demande de novembre 2007³⁷. De même, la Cour a semblé considérer importante l'omission de toute mention des renseignements produits par Labatt et Lakeport en conformité avec l'art. 114 de la *Loi* et l'art. 17 du *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*³⁸.

Commentaires

À notre humble avis, il ressortait clairement du projet de l'ordonnance demandée, ainsi que d'une lecture ordinaire de l'affidavit produit à l'appui, que le Bureau ne cherchait pas à dédoubler les renseignements fournis par les parties intimées en conformité avec l'ordonnance antérieure visée à l'art. 11. Dans le projet d'ordonnance relative à la demande de novembre 2007, la commissaire avait inclus le paragraphe suivant juste avant la liste des dossiers qui devaient être produits par la partie intimée :

[TRADUCTION]

Certains des dossiers qui sont exigés ci-après peuvent avoir été antérieurement fournis à la commissaire. La partie intimée n'est pas tenue de produire une deuxième copie de ces dossiers en réponse à la présente ordonnance, à condition qu'elle :

- (i) désigne à la satisfaction de la commissaire les dossiers en la possession de cette dernière, le cas échéant, qui constituent une réponse à l'ordonnance;
- (ii) reconnaisse que ces dossiers sont réputés avoir été fournis à la commissaire conformément à la présente ordonnance;
- (iii) reçoive la confirmation de la commissaire que les dossiers sont en sa possession.

La cour a sélectionné une poignée d'exemples d'un recoupement possible parmi les renseignements demandés, sans tenir compte du fait que les renseignements déjà produits au

37. *Ibid.*, ¶ 78.

38. *Ibid.* at ¶¶ 88-91.

Bureau n'étaient pas nécessairement sous la forme pertinente relativement à l'enquête en cours. Il serait inutile que le Bureau cherche à obtenir des renseignements se recoupant.

La décision de la Cour de se fonder sur l'observation formulée par le juge Sharpe dans l'affaire *Friedland*—suivant laquelle [TRADUCTION] « étant donné le nombre de pièces et le temps dont le juge *ex parte* dispose pour se prononcer sur de telles questions, le fait qu'un document soit soumis à la Cour ne relève pas l'auteur de la requête de son obligation de faire une divulgation complète et impartiale »—était inopportune dans l'affaire *Labatt*. Un examen du dossier de la demande de novembre 2007 montre qu'il est malvenu de donner à entendre que le dossier était volumineux, comme c'est souvent le cas lorsqu'une injonction est demandée *ex parte*. Le dossier de la demande comptait approximativement 75 pages³⁹. L'examen de ces documents ne représentait pas une tâche trop lourde pour la Cour. Les renseignements n'étaient pas pertinents non plus relativement à l'exercice par la Cour de la fonction prévue à l'art. 11 enfouie sous les documents. L'ordonnance de février 2007 aurait pu aisément être examinée par la Cour.

En ce qui concerne l'enquête de 2004 sur l'Entente nationale sur la bouteille standard de l'Industrie, il est surprenant que l'on donne à entendre que les renseignements produits dans le cadre d'une enquête antérieure sans lien doivent être conservés par le Bureau, examinés et utilisés dans le cadre d'une enquête subséquente. L'on ne peut certainement pas dire avec certitude que la commissaire peut conserver des renseignements ou des documents obtenus dans le cadre d'une enquête visée à l'art. 11 pour utilisation à l'extérieur de l'enquête dans laquelle ils ont été obtenus⁴⁰. Mise à part la question de l'existence d'une disposition législative, les renseignements obtenus dans l'enquête sur l'Entente nationale sur la bouteille standard de

39. L'on a demandé 15 ordonnances et produit à l'appui de ces demandes des documents essentiellement identiques.

40. L'article 18 de la *Loi* prévoit qu'une « chose ou un document » produit en application de l'art. 11 est remis à la personne qui l'a produit au plus tard 60 jours suivant sa production, à moins que la personne qui l'a produit n'accepte sa rétention pour un délai supplémentaire, que le juge qui a ordonné sa production ordonne sa rétention pour un délai supplémentaire spécifié, ou que des procédures soient entamées au cours desquelles la production du document ou de la chose peut être exigée : par. 18(4). Toutefois, le commissaire n'est pas tenu de retourner les copies qui ont été produites en conformité avec l'art. 11 (par. 18(1.1)) et peut faire prendre des copies des documents avant de retourner le document, et conserver ces copies : par. 18(3).

l'Industrie en 2004 étaient potentiellement passés, sans pertinence ou produits sous une forme qui ne convenait pas à l'enquête sur la fusion entre Labatt et Lakeport.

Enfin, en ce qui concerne les renseignements produits par Labatt et Lakeport en conformité avec l'art. 114 de la *Loi* et l'art. 17 du *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*, la Cour doit présumer qu'ils sont conformes aux obligations législatives; par ailleurs, cette conformité ne serait pas nécessairement pertinente relativement à l'exercice par la Cour de la fonction prévue à l'art. 11 de la *Loi*.

D. Caractère potentiellement onéreux de l'ordonnance

Bien qu'elle ait fait remarquer qu'une ordonnance visée à l'art. 11 ne sera pas refusée du seul fait qu'elle impose un fardeau onéreux à la partie intimée à l'ordonnance, la Cour en est arrivée à la conclusion que la caractéristique onéreuse de l'ordonnance et le risque de demandes se recoupant sont des facteurs pertinents dans l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire aux fins d'accueillir ou non une demande fondée sur l'art. 11. À cet égard, le commissaire a l'obligation de divulguer les inquiétudes exprimées par une partie intimée à une ordonnance proposée pour ce qui est d'obtempérer aux demandes antérieures de la commissaire⁴¹.

Commentaires

À la suite de la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Labatt*, la Cour suprême du Canada a rendu une décision dans l'affaire *Télé-Mobile*, précitée, dans laquelle elle a statué que le juge ayant rendu l'ordonnance ne pouvait faire de la compensation à l'intimée une modalité d'une ordonnance de production aux termes de l'art. 487.012 du *Code criminel*. La Cour a fait remarquer que les citoyens avaient l'obligation morale et sociale générale d'aider l'État à assurer l'administration de la justice⁴².

Le législateur a reconnu que les ordonnances de production prévues au *Code criminel* représentent potentiellement un fardeau excessif, en prescrivant une exemption à leur égard dans

41. *Labatt*, *supra*, ¶¶ 92 à 100.

42. *Télé-Mobile*, *supra*, ¶ 50 et suiv.

les circonstances prévues au par. 487.015(4)⁴³. Dans l'affaire *Télé-Mobile*, la Cour a statué que, pour obtenir une exemption, l'intimée devrait établir que l'incidence financière de la décision d'obtempérer à l'ordonnance est si lourde qu'il serait déraisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il y ait obtempération⁴⁴.

L'exemption à l'égard de l'ordonnance de production prévue au *Code criminel* tire sa source du libellé législatif. Par comparaison, le législateur n'a pas prévu une telle exemption dans l'art. 11 de la *Loi*. Une partie intimée à une ordonnance visée à l'art. 11 peut-elle obtenir un redressement semblable? À notre avis, la Cour a le pouvoir inhérent de protéger sa procédure contre tout abus. En l'absence d'une exemption législative, nous sommes d'avis qu'une partie intimée à une ordonnance visée à l'art. 11 devrait démontrer que le fardeau d'obtempérer dans les circonstances constitue un abus de procédure. L'on pourra rarement faire une telle preuve cependant.

9. Le processus interne du Bureau

Avant de s'adresser à la Cour pour obtenir une ordonnance visée à l'art. 11, le Bureau suit un processus interne d'approbation qui a évolué au fil des années.

Dans les cas de fusions, par exemple, les demandes d'ordonnance visée à l'art. 11 sont préparées par l'équipe affectée à la fusion, en consultation avec les avocats de la division du droit de la concurrence, et cette équipe pourrait compter également un représentant de la Direction générale des politiques économiques et de la mise en application. Dans certaines circonstances, cette équipe peut consulter un expert économique et des avocats de l'extérieur.

Par le passé, toutes les demandes fondées sur l'art. 11 étaient examinées à l'interne par un conseiller, Politiques stratégiques, au sein de la Direction générale de la conformité et des

43. « Le juge peut accorder l'exemption s'il est convaincu que [...] b) il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements ».

44. *Ibid.*, ¶ 67.

opérations, qui avait acquis une certaine expertise. Toutefois, on a mis fin à ce processus en février 2007 pour trois raisons. Premièrement, l'organisation du Bureau était soumise à un processus général de rationalisation. Deuxièmement, le Bureau a déterminé qu'il était déraisonnable et inutile de demander à un seul particulier non partie à l'enquête en question d'approuver ou de refuser la demande, alors que ce particulier ne possède pas les renseignements requis au sujet de l'enquête. Enfin, le Bureau a déterminé que l'on insufflerait une discipline et une responsabilité accrues à l'équipe cherchant à obtenir l'ordonnance visée à l'art. 11 si celle-ci assumait la responsabilité d'examiner et d'approuver la demande fondée sur l'art. 11. La décision du Bureau à cet égard était raisonnable.

Avant la demande de novembre 2007 fondée sur l'art. 11 dans le dossier Labatt et Lakeport, le Bureau a mené un exercice mettant en place l'équipe des rouges et l'équipe des verts, dans le cadre duquel deux équipes du Bureau ont discuté du bien-fondé d'une contestation de la fusion devant la haute direction du Bureau et le commissaire. Grâce à ce processus, il est devenu clair pour le Bureau qu'il fallait obtenir des renseignements supplémentaires avant de déterminer s'il y avait lieu de contester la fusion.

À la suite de la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Labatt*, le Bureau a mis en place un nouveau processus d'approbation. Un comité d'examen formé de trois membres a été mis sur pied pour examiner les projets de demandes fondées sur l'art. 11. Il est composé du sous-commissaire adjoint de la concurrence chargé du dossier, d'un avocat-conseil, Division du droit de la concurrence (LA2B ou niveau plus élevé), qui n'a pas la responsabilité du dossier, et du conseiller spécial de la commissaire en économie (ou une personne qu'il désigne). Chaque membre doit approuver la demande avant qu'elle ne soit déposée.

10. Ordonnances d'enquête aux États-Unis

Le département de la Justice des États-Unis (DJ) et la Commission fédérale du commerce (CFC) disposent, pour enquêter dans les dossiers antitrust, d'un éventail d'outils d'enquête plus large que celui dont dispose le Bureau. La variété des outils dans le contexte de la mise en application antitrust révèle la variété d'outils d'enquête qui existent au sein des organismes de réglementation fédéraux américains.

A. Deuxièmes requêtes

Dans le contexte des fusions, il faut observer, après le dépôt initial auprès de la CFC ou du DJ en vertu de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (« *Loi HSR* »), un délai d'attente de 30 jours avant de conclure une transaction⁴⁵. Si les questions de fond en matière d'antitrust ne peuvent être résolues au cours de cette période, la CFC ou le DJ peuvent présenter une deuxième requête à chaque partie à la transaction. La CFC ou le DJ (et non les deux) peut présenter aux parties à un projet de fusion une deuxième requête en vue d'obtenir des renseignements supplémentaires⁴⁶ :

[TRADUCTION]

La Commission fédérale du commerce ou le procureur général adjoint peut, avant l'expiration du délai d'attente de 30 jours (ou dans le cas d'une offre publique d'achat comptant, du délai d'attente de 15 jours) prescrit au paragraphe *b*(1) du présent article, exiger la production de renseignements supplémentaires ou de documents pertinents relativement à l'acquisition proposée, auprès d'une personne tenue de produire un avis relativement à cette acquisition... ou de tout dirigeant, administrateur, associé, mandataire ou employé de cette personne.

Une deuxième requête est présentée par la CFC ou le DJ sans autorisation judiciaire préalable. Toutefois, afin de donner force exécutoire à cette deuxième requête, l'agence doit faire une demande à la Cour de district des États-Unis⁴⁷. En outre, la partie à qui l'on présente une deuxième requête peut demander la tenue d'un examen interne de cette deuxième requête par la CFC ou le DJ au motif qu'elle est « déraisonnablement cumulative, qu'elle est indûment coûteuse ou qu'elle fait double emploi »⁴⁸.

45. Pour les offres publiques d'achat comptant, le délai d'attente initial prévu par la Loi HSR n'est que de 15 jours : 15 U.S.C., art. 18a(b)(1)(B).

46. 15 U.S.C., art. 18a (e)(1)(A).

47. 15 U.S.C., art. 18a (g)(2).

48. 15 U.S.C., art. 18a (e)(1)(B)(i).

La présentation d'une deuxième requête a pour effet de prolonger le délai d'attente de la *Loi HSR*, habituellement jusqu'à 30 jours suivant la certification d'une « obtempération substantielle » à la deuxième requête⁴⁹.

B. Demandes d'enquête civile

Le DJ et la CFC peuvent obtenir des documents ou contraindre une personne à témoigner au moyen de demandes d'enquête civile. Les demandes d'enquête civile sont autorisées par l'art. 1312 de la *Antitrust Civil Process Act*⁵⁰ :

[TRADUCTION]

Le procureur général ou le procureur général adjoint chargé de la Division antitrust du département de la Justice peut, s'il a des raisons de croire qu'une personne peut être en la possession de documents, en avoir la garde ou le contrôle, ou qu'elle peut détenir des renseignements pertinents relativement à une enquête civile en matière d'antitrust,... avant qu'une instance civile ou criminelle ne soit instituée par les États-Unis à cet égard, présenter par écrit, et faire signifier à cette personne une demande d'enquête civile la contraignant à produire les documents en question pour inspection et reproduction, à répondre par écrit à des interrogatoires écrits, à témoigner oralement sur les documents ou les renseignements, ou à fournir une combinaison quelconque de ces documents, réponses ou témoignage.

Les demandes d'enquête civile ne sont pas restreintes au contexte des fusions, mais elles sont fréquemment utilisées dans ce contexte. Elles peuvent viser de véritables tierces parties. Contrairement aux deuxièmes requêtes, les demandes d'enquête civile n'ont pas pour effet de suspendre ou de prolonger le délai d'attente applicable en matière de fusion. À l'instar des deuxièmes requêtes cependant, les demandes d'enquête civile sont présentées sans une autorisation judiciaire, mais pour donner force exécutoire à cette deuxième requête, l'agence doit faire une demande à la Cour de district des États-Unis pour être mises à exécution. Il existe une disposition législative expresse qui permet le dépôt d'une requête en vue de faire modifier ou infirmer la demande.

49. 15 U.S.C., art. 18a(g)(2). Pour les offres publiques d'achat comptant, le délai est de 15 jours suivant l'obtempération substantielle par la société acquérante : 15 U.S.C., art. 18a(e)(2).

50. 15 U.S.C., art. 1312.

Aucune demande d'enquête civile ne peut être présentée une fois qu'un processus civil ou criminel est enclenché; en outre, il est par la suite impossible de mettre une telle demande à exécution.

C. Autres outils d'enquête

Les autorités antitrust des É.-U. disposent d'autres outils pour faire enquête dans les dossiers antitrust : les assignations à témoigner à une enquête et le processus du grand jury.

La CFC a recours aux assignations à témoigner à une enquête pour contraindre une personne à témoigner oralement ou à produire des documents. L'article 49 de la *Federal Trade Commission Act* prescrit ceci :

[TRADUCTION]

[...L]a Commission est habilitée à contraindre quiconque par assignation à comparaître et à témoigner, et à produire toute preuve documentaire se rapportant à toute question faisant l'objet d'une enquête. Un membre de la Commission peut signer une assignation, et les membres et les examinateurs de la Commission peuvent faire prêter serment et recevoir les affirmations, interroger des témoins et recevoir la preuve.

Dans les dossiers criminels, le DJ peut opter également pour le processus du grand jury. Au moyen des assignations à témoigner, le grand jury recueille les éléments de preuve dont il a besoin pour déterminer si une infraction à une loi fédérale a été perpétrée. Il peut assigner une personne à produire des documents et une preuve matérielle et assigner une personne à témoigner devant lui.

11. Questions en litige et recommandations

A. Le recours par le Bureau aux ordonnances visées à l'art. 11

Au cours de nos consultations, les avocats du secteur privé en droit de la concurrence ont généralement critiqué le recours par le Bureau à l'art. 11 de la *Loi*, particulièrement dans le contexte des fusions. La Section nationale sur le droit de la concurrence de l'Association du

Barreau canadien a dit craindre que, dans le contexte des fusions, le Bureau se fonde sur l'art. 11 automatiquement plutôt que de présenter des demandes de renseignements volontaires aux parties à une fusion et de n'avoir recours à l'art. 11 que dans les cas où les parties ne coopèrent pas, dans les cas où le Bureau estime qu'elles s'abstiennent de communiquer des renseignements ou dans les cas où il existe un risque que des documents soient détruits. Néanmoins, la Section nationale sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien a reconnu qu'il doit exister une méthode obligatoire d'obtention de renseignements auprès des parties à une fusion, ainsi que dans le cadre d'enquêtes civiles et criminelles.

Le Bureau s'est dit fort préoccupé par sa capacité de bien s'acquitter de sa fonction d'examen des fusions sans recourir aux ordonnances visées à l'art. 11. Fort de l'expérience qu'il a acquise, le Bureau s'est dit d'avis que les parties à une fusion n'obtempéreraient pas entièrement aux demandes de divulgation volontaire. En outre, il n'existe à l'égard des tierces parties aucune raison, ou peut-être quelques-unes seulement, les incitant à divulguer des renseignements volontairement. La plus grande inquiétude du Bureau dans le contexte des fusions est sa capacité de mener à terme les enquêtes sur des fusions dans les délais d'attente applicables à l'égard des transactions qui doivent faire l'objet d'un avis en application de l'art. 123 de la *Loi*⁵¹ ou avant

51. Le paragraphe 123(1) de la *Loi* prescrit ce qui suit :

123. (1) Une transaction proposée visée à l'article 114 ne peut être complétée avant :

a) l'expiration d'un délai de quatorze jours à compter de la réception par le commissaire des renseignements exigés en vertu de l'article 114, s'il s'agit de la déclaration abrégée de renseignements réglementaire et si le commissaire n'a pas, avant l'expiration de ce délai, exigé la déclaration détaillée de renseignements réglementaire prévue à cet article;

b) sous réserve de l'alinéa *c)*, l'expiration d'un délai de quarante-deux jours à compter de la réception par le commissaire des renseignements exigés en vertu de l'article 114, s'il s'agit de la déclaration détaillée de renseignements réglementaire;

c) dans le cas d'une transaction proposée concernant une acquisition d'actions comportant droit de vote, à intervenir par l'intermédiaire d'une bourse au Canada, s'il s'agit de la déclaration détaillée de renseignements réglementaire, l'expiration d'un délai de vingt et un jours d'activité de la bourse en question ou tel autre délai plus long, d'au plus quarante-deux jours, selon ce qui est prévu par les règlements de cette bourse en ce qui concerne le moment où l'on doit compléter une acquisition d'actions, à compter du jour de la réception par le commissaire des renseignements exigés en vertu de l'article 114,

que la transaction ne soit conclue. Le Bureau a dit craindre que les délais d'attente prescrits par la loi ou le délai accordé pour conclure les transactions n'expirent s'il présentait les demandes de renseignements volontaires d'abord et qu'il recourait aux demandes fondées sur l'art. 11 en dernier recours seulement.

Les demandes de renseignements volontaires étaient la norme dans le contexte des fusions jusqu'au début ou au milieu des années 1990. Le Bureau a eu recours à des ordonnances visées à l'art. 11 plus fréquemment depuis. Si les parties à une fusion continuent de faire une divulgation volontaire, il semble cependant se créer entre le Bureau et les avocats en droit de la concurrence du secteur privé une relation de plus en plus accusatoire et de moins en moins axée sur la coopération au chapitre des demandes de renseignements volontaires. La faute incombe en partie aux avocats en droit de la concurrence du secteur privé.

Le tableau suivant donne un aperçu des ordonnances visées à l'art. 11 que le Bureau a obtenues entre 2003 et 2007 :

Direction générale	Fusions examinées ou plaintes reçues	Nombre d'enquêtes	Nombre d'enquêtes dans lesquelles des ordonnances ont été obtenues	Nombre total d'ordonnances
Fusions	1 393 fusions	27	18	166
Affaires civiles	5 020 plaintes	17	4	41
Affaires criminelles	1 275 plaintes	37	15	127
Pratiques loyales des affaires	68 478 plaintes	52	17	78 ⁵²

à moins que le commissaire ou son délégué, avant l'expiration de ce délai, n'avise les personnes qui doivent donner un avis et fournir des renseignements, qu'il n'envisage pas, pour le moment, de présenter une demande en vertu de l'article 92 à l'égard de la transaction proposée.

52. Cela inclut 34 ordonnances de production rendues sous le régime du *Code criminel*.

Bureau	76 166	133	54	412
---------------	---------------	------------	-----------	------------

Le nombre d'ordonnances demandées dans le cadre de chaque enquête varie énormément : il a atteint un sommet de 34 ordonnances dans un cas et a été limité à une seule ordonnance dans un autre cas. Les enquêtes sont très différentes tant au chapitre de leur portée qu'à celui de leur complexité, et l'écart au niveau des ordonnances visées à l'art. 11 qui sont demandées dans le cadre d'une enquête illustre le contexte propre à chacune. La Direction des fusions a obtenu des ordonnances visées à l'art. 11 avec la plus grande fréquence dans les deux tiers des enquêtes. Par opposition, la Direction des affaires civiles a invoqué des ordonnances fondées sur l'art. 11 dans 23,5 % des enquêtes seulement. Compte tenu de la nature factuelle des enquêtes, l'on ne peut affirmer avec certitude quelles conclusions doivent être tirées de ces statistiques. L'on peut dire cependant que le Bureau se fonde sur les ordonnances visées à l'art. 11 moins fréquemment que ne le donnent à entendre les avocats en droit de la concurrence du secteur privé.

Recommandations

À notre avis, les ordonnances prévues à l'art. 11 constituent – et devraient demeurer – un outil essentiel pour permettre au commissaire de recueillir les renseignements nécessaires pour une enquête. La capacité du commissaire à appliquer et exécuter la *Loi* serait sérieusement entravée s'il ne pouvait pas recourir aux ordonnances prévues à l'art. 11.

Le travail du Bureau serait grandement facilité si celui-ci disposait d'un outil d'enquête semblable à la deuxième demande pour obtenir des renseignements des parties à la fusion projetée, qui prolongerait automatiquement la période d'attente à observer avant que la transaction puisse être conclue. Cela pourrait servir aussi à atténuer certaines préoccupations de la Direction des fusions liées à l'idée de demander la communication volontaire de renseignements avant de demander des ordonnances en vertu de l'art. 11.

Les avocats en droit de la concurrence du secteur privé et certains anciens directeurs des enquêtes et de la recherche ont dit qu'il devrait y avoir un dialogue avant le dépôt de la demande avec les parties contre lesquelles on entend obtenir des ordonnances en vertu de l'art. 11. Ce

dialogue aurait pour but d'obtenir la communication volontaire de certains documents et renseignements et de façonner le projet d'ordonnance en vertu de l'art. 11. Même dans le contexte d'un processus coercitif, il y a de la place pour la coopération avec les intimés.

Au sein du Bureau, il semble y avoir des attitudes différentes à l'égard du dialogue préalable à la demande. Par exemple, la Direction générale des fusions se dit réticente à engager un dialogue préalable à la demande et réduire ainsi l'efficacité du processus *ex parte* et risquer de compromettre l'obtention de renseignements pendant les périodes d'attente applicables aux fusions énoncées à l'art. 123 de la *Loi* ou avant que la transaction ne soit conclue. Par contraste, dans les affaires civiles, le Bureau engage souvent un dialogue préalable à la demande avec des tiers qui coopèrent aux fins de la tenue de l'enquête; souvent, le Bureau aura besoin du témoignage de ces tiers. Dans les affaires criminelles, certains avocats engagent un dialogue préalable à la demande, mais cette pratique n'est pas uniforme.

À notre avis, la pratique optimale pour le Bureau consisterait à engager un dialogue préalable à la demande avec la partie contre laquelle il envisage de demander une ordonnance en vertu de l'art. 11. Le Bureau devra présenter des demandes fondées sur l'art. 11 sans un dialogue préalable lorsqu'il doit faire face à des contraintes de temps, lorsqu'il craint que des documents soient détruits, ou parce que le Bureau coordonne une « descente à l'aube » avec d'autres organismes.

Ce dialogue préalable à la demande devrait être volontaire et non contraignant pour le Bureau. Si les intimés s'avèrent récalcitrants, ou s'ils retardent le processus, le Bureau n'a aucune obligation de poursuivre le dialogue, et il devrait procéder au dépôt de sa demande en vertu de l'art. 11.

B. Le processus d'examen interne du Bureau

Les avocats en droit de la concurrence du secteur privé ont l'impression qu'il y a peu de contrôles internes au sein du Bureau avant que celui-ci dépose une demande en vertu de l'art. 11. En fait, notre examen a révélé le contraire. Le Bureau prend au sérieux sa responsabilité d'étudier soigneusement l'opportunité de faire une demande fondée sur l'art. 11 avant de s'adresser à un tribunal. Au fil du temps, le Bureau a adopté différents modèles pour assurer la

prise de responsabilité à l'égard du processus de demandes prévues à l'art. 11 et la supervision de ce processus. Indépendamment du processus, le Bureau évalue si une ordonnance en vertu de l'art. 11 est vraiment nécessaire dans une enquête donnée, s'il devrait demander une ordonnance en vertu de l'art. 11 contre des tiers, et dans chaque cas si la portée du projet d'ordonnance est suffisamment nuancée pour concilier le fardeau lié à l'observation de l'ordonnance et le besoin des renseignements recherchés.

Suite au jugement de la Cour fédérale dans *Labatt*, le Bureau a adopté un nouveau processus d'examen. Comme nous l'avons mentionné précédemment, un comité d'examen composé de deux membres principaux du Bureau et d'un délégué principal du procureur général qui n'a pas la responsabilité du dossier a été établi pour examiner les projets de demandes fondées sur l'art. 11. Le comité fonctionne par consensus, en exigeant l'approbation de tous les membres du comité.

Recommandations

À notre avis, le Bureau devrait conserver le nouveau modèle de comité. Il devrait aussi continuer à exiger le consensus de l'ensemble du comité avant de demander une ordonnance en vertu de l'art. 11. Le but devrait être de maintenir discipline et responsabilisation au sein de l'équipe qui s'occupe de la demande visée à l'art. 11, tout en assurant un contrôle interne des demandes en vertu de l'art. 11.

Nous nous sommes demandés si l'avocat-conseil, Section du droit de la concurrence, qui siège au comité d'examen devrait être remplacé par un avocat-conseil du ministère de la Justice ayant une expérience appréciable en matière d'obtention d'autres formes d'ordonnances *ex parte*. Notre souci tenait à la possibilité qu'un avocat de la boîte n'ait peut-être pas suffisamment d'indépendance par rapport à son client pour accomplir convenablement la fonction d'examen. Toutefois, en fin de compte, nous ne recommandons pas cette substitution. En pratique, l'avocat principal, Section du droit de la concurrence, possède le degré nécessaire d'indépendance pour examiner soigneusement les projets de demandes fondées sur l'art. 11. En outre, un certain niveau d'expertise accumulée en droit de la concurrence est nécessaire pour examiner efficacement les projets de demandes fondées sur l'art. 11.

Le nouveau modèle est trop récent pour que l'on puisse en évaluer l'efficacité dans la pratique. Au plan des principes, toutefois, il repose sur des bases solides. Nous recommandons que, dans deux ans, le Bureau et le ministère de la Justice réalisent une évaluation de l'efficacité du nouveau modèle d'examen préalable des demandes visées à l'art. 11.

C. Pratiques suivies lors des demandes d'ordonnances en vertu de l'art. 11

Par le passé, le Bureau faisait ses demandes en vertu de l'art. 11 à la Cour fédérale par écrit; l'avocat du commissaire ne comparaisait pas en personne devant le juge saisi de la demande. Non pas que le Bureau ne voulait pas comparaître en personne; tout simplement, une pratique s'était développée à la Cour fédérale suivant laquelle les demandes fondées sur l'art. 11 n'exigeaient pas la comparution en personne de l'avocat ni de la personne qui avait souscrit l'affidavit au soutien de la demande.

Dans la première demande fondée sur l'art. 11 qui a suivi l'affaire *Labatt*, l'avocat du commissaire et l'auteur de l'affidavit ont comparu en personne devant le tribunal.

Lorsque le Bureau demande une ordonnance en vertu de l'art. 11 à une cour supérieure provinciale, il se conforme à la pratique de cette cour quant à savoir si la demande doit être faite simplement par écrit où en comparaisant en personne devant le juge saisi de la demande.

Le Bureau s'adresse habituellement à la cour supérieure de la province dans laquelle une instance criminel pourrait être introduite en bout de ligne et, pour les affaires civiles, à la Cour fédérale. Les demandes prévues à l'art. 11 ne sont pas attribuées aux juges de la Cour fédérale qui sont désignés pour siéger au Tribunal de la concurrence, ceci afin d'éviter de rendre ces juges inhabiles à siéger par la suite au Tribunal pour entendre la même affaire dans le cadre de laquelle les demandes ont été faites.

Recommandations

Nous approuvons l'abandon de la pratique consistant à présenter les demandes par écrit sans une comparution en personne de l'avocat du commissaire. En règle générale, l'avocat devrait se présenter en cour avec la personne qui a souscrit l'affidavit. Cette comparution pourrait se faire

dans le cabinet du juge ou à huis clos devant le tribunal, à la discrétion du juge. L'avocat et la personne qui a souscrit l'affidavit sont là pour fournir des éclaircissements en rapport avec l'affidavit. Lorsque le juge du procès fait ressortir des renseignements qui ne sont pas dans l'affidavit, l'auteur de l'affidavit devrait souscrire un affidavit supplémentaire si les renseignements additionnels sont mineurs, ou retirer la demande afin de modifier l'affidavit si les renseignements additionnels ont plus d'ampleur. Dans tous les cas, le fondement de la décision du tribunal d'accueillir une demande faite en vertu de l'art. 11 devrait se trouver entre les quatre coins du dossier dont dispose le tribunal.

La comparution en personne devrait contribuer à atténuer les préoccupations de ceux qui pensent que la Cour fédérale signe à l'aveuglette les demandes fondées sur l'art. 11.

Nous avons songé à recommander que, lorsqu'une demande fondée sur l'art. 11 est faite à la Cour fédérale, elle soit faite à un des juges désignés pour siéger au Tribunal de la concurrence. L'expertise de ces juges en matière de droit de la concurrence serait précieuse pour examiner les demandes fondées sur l'art. 11. Faire appel à ce groupe de juges pourrait engendrer une constance dans la pratique. L'on pourrait résoudre le problème de l'inhabilité à siéger plus tard dans le cadre d'une instance devant le Tribunal de la concurrence en faisant en sorte que toutes les demandes fondées sur l'art. 11 dans une enquête donnée soient présentées au même juge. Malheureusement, seuls six juges peuvent être nommés au Tribunal de la concurrence⁵³, et il faudrait compter sur la collaboration de la Cour fédérale. Ainsi, on ne disposerait vraisemblablement pas de ressources judiciaires adéquates pour examiner les demandes fondées sur l'art. 11 en temps opportun. Pour cette raison, nous ne formulons pas cette recommandation.

Dans toute la mesure du possible, toutes les demandes fondées sur l'art. 11 dans une enquête donnée devraient être présentées au même juge. Cela favorisera la divulgation complète, franche et impartiale qui s'accompagnera d'une parfaite compréhension des faits et des questions litigieuses de la part du juge qui statuera sur les demandes. Nous comprenons que la rareté des

53. *Loi sur le tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2^e suppl.), al. 3(2)a).

ressources judiciaires pourrait obliger le Bureau à déroger à cette pratique à l'occasion afin d'obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 11 en temps opportun.

D. Critère légal pour obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 11

On observe une tendance chez les avocats en droit de la concurrence du secteur privé à amalgamer les exigences de l'art. 11 et celles de l'art. 15 (mandats de perquisition) de la *Loi*. La Cour fédérale a aussi cherché à ajouter par interprétation d'autres exigences au critère légal de l'art. 11. Par exemple, la Cour fédérale dans *Air Canada* (précité), afin de donner un contenu au pouvoir discrétionnaire résiduel de la Cour, a considéré l'art. 11 comme incluant l'exigence que le commissaire produise « [une preuve] suffisante pour permettre de conclure qu'une enquête a été entreprise de bonne foi. »⁵⁴.

Recommandations

Il n'y a que deux exigences – et seulement deux – pour obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 11. Il faut que le tribunal soit convaincu, par une preuve par affidavit, (i) qu'une enquête en vertu de l'art. 10 a été entreprise, et (ii) qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête. Comme nous l'avons vu, il existe un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'accorder l'ordonnance en vertu de l'art. 11. Cependant, lorsque ces deux conditions sont remplies, l'ordonnance devrait être prononcée sauf si cela constituerait un abus de la procédure du tribunal.

Soit dit avec déférence, nous sommes d'avis que la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a donné à entendre que le commissaire avait le fardeau de présenter des éléments de preuve suffisants pour permettre de conclure qu'une enquête a été entreprise de bonne foi. Un tribunal ne devrait pas critiquer après coup la décision du commissaire d'entreprendre une enquête. Le commissaire agit dans l'intérêt public, et à ce titre, il devrait être présumé de bonne foi. C'est à la partie intimée que doit incomber le fardeau d'établir la mauvaise foi dans le cadre d'une demande visant à modifier ou faire annuler l'ordonnance en vertu de l'art. 11.

54. Au ¶ 31.

Le Bureau devrait continuer de résister à l'imposition d'exigences substantives additionnelles considérées comme incluses à l'art. 11 au moyen d'une interprétation large. Dans les documents relatifs à une demande en vertu de l'art. 11, il pourrait être utile d'attirer l'attention sur les différences importantes entre l'art. 11 et l'art. 15 de la *Loi* à titre d'indication claire que le législateur n'a pas voulu que le commissaire ait à démontrer dans le cadre d'une demande en vertu de l'art. 11 qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une violation de la *Loi* est survenue.

Certains avocats en droit de la concurrence du secteur privé ont avancé qu'une interprétation juste de l'art. 11 exigerait que le tribunal y considère comme incluse l'exigence qu'ils disent trouver à l'article 10 selon laquelle le commissaire devrait avoir des « motifs raisonnables de croire ». Or, cette interprétation est incorrecte. Premièrement, l'article 10 de la *Loi* emploie les mots « des raisons de croire », ce qui n'exige pas que la croyance soit objectivement raisonnable. Le commissaire n'a qu'à croire honnêtement : soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en vertu de la *Loi* (sous-al. (1)*b*)(i)); soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la *Loi* (sous-al. (1)*b*)(ii)); soit qu'une infraction visée à la *Loi* a été perpétrée ou est sur le point de l'être. Deuxièmement, l'art. 10 exige aussi que le commissaire entreprenne une enquête à la demande de six résidents canadiens en vertu de l'art. 9 de la *Loi* (al. 10(1)*a*) ou lorsque le ministre le lui ordonne (par. 10*c*). Aucun de ces éléments déclencheurs d'une enquête n'introduit une exigence de croyance raisonnable.

Enfin, lorsque l'intimé conteste un mandat de perquisition, les tribunaux accordent habituellement au demandeur un certain degré de déférence au motif que le mandat est un outil d'enquête auquel on a habituellement recours à un stade précoce⁵⁵. Il convient que le tribunal accorde le même degré de déférence au commissaire dans le contexte d'une ordonnance visée à l'art. 11, en particulier pour ce qui concerne la pertinence et l'étendue des éléments recherchés et la question de savoir si des ordonnances additionnelles en vertu de l'art. 11 sont nécessaires contre les mêmes intimés. Il s'agit d'ordonnances d'*enquête*, et à cet égard, le commissaire – qui

55. Voir p. ex. *Times Square Book Store and The Queen (Re)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 503 à la p. 512 (C.A. Ont.).

est chargé d'appliquer et d'exécuter la *Loi* – est le mieux placé pour déterminer la pertinence et l'étendue, et si des ordonnances additionnelles en vertu de l'art. 11 sont requises pour l'enquête.

E. Obligation de divulgation au tribunal

Le commissaire a l'obligation de faire une divulgation complète, franche et impartiale au tribunal. Le commissaire devrait exposer les motifs au soutien de sa demande d'ordonnance en vertu de l'art. 11 de manière impartiale, et il doit informer le tribunal de tout fait ou point de droit dont il a connaissance et qui milite contre l'octroi d'une ordonnance en vertu de l'art. 11.

La norme de divulgation est la même peu importe que le processus d'exécution invoqué en bout de ligne en vertu de la *Loi* soit civil ou pénal.

Recommandations

Lorsqu'une ordonnance en vertu de l'art. 11 a déjà été demandée contre un intimé dans le cadre de la même enquête, le dossier devrait contenir l'ordonnance demandée auparavant contre l'intimé. L'affidavit devrait comporter une description générale des renseignements obtenus précédemment en vertu de ces ordonnances et devrait expliquer pourquoi des renseignements additionnels sont demandés. L'affidavit devrait aborder la question du potentiel de recoupement d'ordonnances antérieures et subséquentes. L'affidavit devrait expliquer de manière générale les termes du projet d'ordonnance. Le projet d'ordonnance devrait comporter la disposition standard du Bureau concernant le double emploi, et cette disposition et son objet devraient être énoncés dans l'affidavit.

Lorsque le Bureau a engagé un dialogue préalable à la demande avec l'intimé, le tribunal devrait en être informé. De même, le tribunal devrait aussi être informé de tout fait connu du Bureau, en particulier par suite de ce dialogue, qui pourrait expliquer la position de l'intimé concernant la portée de l'ordonnance et la pertinence des éléments recherchés.

Le commissaire ne devrait pas garantir au tribunal ni lui donner à entendre qu'aucune autre ordonnance ne sera requise dans le cadre d'une enquête.

Le Bureau devrait disposer d'un affidavit type pour les demandes fondées sur l'art. 11, à adapter en fonction des circonstances. L'affidavit type devrait mentionner le comité d'examen de trois membres et sa décision d'approuver la demande.

F. Éléments que le Bureau a déjà en sa possession

La Cour fédérale dans *Labatt* a donné à entendre que le Bureau devrait être tenu d'examiner tous les éléments qu'il a en sa possession et qu'il a acquis dans le cadre d'une enquête antérieure afin d'éviter les dédoublements qui pourraient résulter de l'application d'une ordonnance visée à l'art. 11 dans le cadre d'une enquête subséquente.

Recommandations

À notre avis, la question n'est pas claire de savoir si le commissaire est habilité à conserver des renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête une fois l'enquête conclue et après que le commissaire a décidé de ne pas tenter de poursuites. En outre, le Bureau devrait s'interroger quant à savoir s'il est convenable d'utiliser dans une autre enquête des renseignements obtenus dans le cadre d'une première enquête. Bien que le par. 18(3) autorise le commissaire à faire et conserver des copies de tout document produit en vertu de l'art. 11 (entre autres dispositions), il n'est pas certain que cette disposition autorise le commissaire à conserver ces renseignements indéfiniment.

Indépendamment de la question de savoir s'il est convenable de conserver ces renseignements, des renseignements produits plusieurs années auparavant (ou même quelques mois auparavant lorsque l'on a affaire à un marché très dynamique) peuvent s'avérer désuets dans le cadre d'une autre enquête, ou encore, de peu d'utilité parce qu'ils n'ont pas été produits sous une forme pertinente pour l'enquête subséquente.

En outre, le volume d'éléments recueillis par le commissaire dans le cadre d'une enquête fait qu'il est indument onéreux pour le Bureau d'identifier et d'examiner des renseignements produits dans le cadre d'une enquête précédente d'une toute autre nature, et ce, pour pouvoir aviser le tribunal dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11 des éléments que le

commissaire a déjà en sa possession et pour éviter le dédoublement des renseignements recherchés au moyen de l'ordonnance demandée. La méthode la plus efficace et la plus pratique pour éviter le dédoublement consiste à exiger que l'intimé identifie tout document qu'il a déjà produit auparavant et que le commissaire a en sa possession, sous réserve de la confirmation que les documents sont en la possession du commissaire.

G. Caractère potentiellement onéreux des ordonnances en vertu de l'art. 11

Les avocats en droit de la concurrence du secteur privé ont exprimé des préoccupations quant au caractère potentiellement onéreux qu'imposent les ordonnances prévues à l'art. 11, en particulier à des parties qui sont de véritables tiers par rapport à des fusions et des enquêtes civiles et criminelles. Le Bureau est conscient du caractère potentiellement onéreux des ordonnances en vertu de l'art. 11.

Recommandations

Lorsqu'il décide de demander ou non une ordonnance en vertu de l'art. 11, le Bureau devrait continuer de pondérer le fardeau qu'une ordonnance en vertu de l'art. 11 impose à un intimé et le besoin d'obtenir les renseignements nécessaires pour mener une enquête. Cela dit, les intimés, y compris les tiers, ont le devoir social et moral d'aider le commissaire à appliquer et exécuter la *Loi*.

La pratique optimale consisterait pour le Bureau à collaborer avec l'intimé tant *avant* de demander une ordonnance en vertu de l'art. 11 qu'*après* l'avoir obtenue. Comme nous l'avons évoqué précédemment, un dialogue préalable à la demande ne sera pas indiqué en cas de préoccupations réelles concernant le respect des délais ou la destruction de documents par l'intimé. Néanmoins, un dialogue avec l'intimé après signification de l'ordonnance prononcée en vertu de l'art. 11 devrait être la norme.

Le Bureau et l'intimé devraient adopter une démarche collaborative afin de :

- définir la portée de l'ordonnance;

- cerner les pratiques de l'intimé en matière de tenue de dossiers;
- identifier les employés de l'intimé qui sont responsables de la conservation des dossiers et des renseignements et chercher à limiter à un nombre raisonnable ceux parmi ces employés qui devront effectuer des recherches dans les dossiers et les renseignements, tout en procurant au commissaire les renseignements nécessaires pour l'enquête;
- limiter la période pertinente à l'égard de laquelle des dossiers et des renseignements sont requis.

Encore une fois, ce processus de dialogue est tout à fait volontaire de la part du Bureau et de l'intimé. Lorsque l'intimé se révèle peu obligeant ou récalcitrant, le Bureau devrait demander l'ordonnance prévue à l'art. 11 ou, s'il en a déjà obtenu une, il devrait chercher à l'exécuter. Les intimés, quant à eux, devraient reconnaître qu'il y a des avantages appréciables à coopérer en temps opportun.

Le Bureau a exprimé le désir de pouvoir accepter moins de renseignements et moins de documents que ce qui doit être produit aux termes de l'ordonnance visée à l'art. 11 (« interprétation atténuée »), dès lors que les renseignements et documents que l'intimé a produits satisfont aux besoins de l'enquête. Le Bureau a aussi exprimé le désir de pouvoir accepter des renseignements ou des documents produits volontairement plutôt que de renseignements ou de documents dont la production est exigée aux termes de l'ordonnance visée à l'art. 11 (« interprétation transversale »).

Il faut établir un équilibre entre le recours à l'art. 11 en tant qu'ordonnance judiciaire coercitive et le besoin de souplesse et d'adaptation pour réduire le fardeau imposé aux intimés. Le projet d'ordonnance devrait être rédigé en des termes qui accordent au commissaire une certaine souplesse et lui permettent de faire une « interprétation atténuée » de la portée de l'ordonnance. Cependant, compte tenu qu'une ordonnance en vertu de l'art. 11 est une ordonnance judiciaire, il doit y avoir une limite claire à cette « interprétation atténuée »; autrement, il s'ensuivrait une délégation interdite de la fonction judiciaire. Le commissaire ne devrait pas modifier

unilatéralement l'ordonnance en en faisant une « interprétation transversale ». Si, après un dialogue post-signification, un intimé communique volontairement des renseignements ou un document qui répondent mieux aux besoins de l'enquête plutôt que des renseignements ou documents visés par l'ordonnance, le commissaire devrait demander, avec le consentement de l'intimé, la modification de la partie pertinente de l'ordonnance visée à l'art. 11. Il y a des avantages évidents pour les intimés à consentir à ces modifications, et celles-ci peuvent être demandées et obtenues du tribunal par écrit.

En raison du caractère onéreux des ordonnances visées à l'art. 11 et de la possibilité qu'elles doivent être modifiées, nous nous sommes demandés si les projets d'ordonnance ne devraient pas comporter une date fixée pour une nouvelle comparution devant le tribunal (soit en personne, soit par téléconférence). Cela rejoindrait la pratique relative aux ordonnances *Anton Piller*, et ce serait en accord avec le degré plus élevé de supervision judiciaire préconisé dans le jugement dans l'affaire *Labatt*. En fin de compte, cependant, nous avons conclu qu'il n'était pas justifié de recourir à cette pratique à l'heure actuelle. Nous sommes d'avis qu'en fait, une date fixée dans le projet d'ordonnance pour une nouvelle comparution risquerait de nuire au dialogue postérieur au prononcé de l'ordonnance et d'entraîner un durcissement des positions. Une telle pratique aurait aussi des incidences sur des ressources judiciaires limitées. Néanmoins, si d'autres problèmes se présentent dans le cadre du processus de demande prévu à l'art. 11, il y aurait lieu d'envisager l'idée d'une date fixée pour une présentation.

H. L'article 11 dans les enquêtes criminelles

Les ordonnances prévues à l'art. 11 sont utilisées dans les enquêtes criminelles et les enquêtes menées en vertu de deux régimes d'application. Le commissaire demande généralement des ordonnances en vertu de l'art. 11 à la cour supérieure du ressort où les poursuites seront vraisemblablement intentées. En règle générale, les avocats comparaissent en personne devant le juge saisi de la demande où la demande prévue à l'art. 11 est faite dans le contexte d'une enquête criminel.

Recommandations

Les avocats devraient continuer de comparaître devant le juge saisi de la demande avec la personne qui souscrit l'affidavit. De même, le commissaire devrait continuer de s'adresser à la cour supérieure du ressort où les poursuites seront vraisemblablement intentées. Autant que possible, toutes les demandes d'ordonnances fondées sur l'art. 11 dans le contexte d'une enquête criminel donnée devraient être présentées au même juge.

Comme il en a été question précédemment, la même norme de divulgation complète, franche et impartiale s'applique dans le cadre des enquêtes aussi bien criminelles que civiles.

Nous recommandons de ne pas demander d'ordonnance en vertu de l'art. 11 contre une personne qui fait l'objet d'une enquête criminelle au moment de la présentation de la demande. En effet, si l'on devait recourir à l'art. 11 pour forcer un suspect à produire des documents, à témoigner sous serment ou à préparer une déclaration écrite, le tout dans le but de monter une cause criminel contre lui, il serait douteux que cela soit bien conforme aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁶.

I. Communication d'un avis officiel d'une demande fondée sur l'art. 11

En règle générale, le commissaire ne communique pas d'avis officiel d'une demande fondée sur l'art. 11. La question se pose de savoir, à quel moment convient-il (le cas échéant) de donner un avis officiel?

Recommandations

Le Bureau a dit craindre que, dans l'hypothèse où il engagerait un dialogue préalable à la demande, il soit tenu de donner aux intimés un avis officiel des demandes fondées sur l'art. 11, ce qui mènerait régulièrement à des contestations des demandes fondées sur l'art. 11. La viabilité

56. Voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. R.J.S.*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Z.(L.)* (2001), 54 O.R. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757.

du dialogue préalable à la demande exigera un changement d'attitude de la part des avocats en droit de la concurrence du secteur privé. Il y a des avantages appréciables à ce que l'intimé visé par un projet de demande d'ordonnance en vertu de l'art. 11 coopère avec le Bureau en délimitant la portée de l'ordonnance et en limitant le nombre d'employés qui devront rechercher des renseignements, la période pertinente aux fins de la recherche et la nature des renseignements recherchés.

Nous sommes d'avis qu'un dialogue préalable à la demande ne crée pas d'obligation pour le Bureau de donner un avis officiel à l'intimé, pas plus qu'il ne confère à l'intimé le droit d'être entendu dans le cadre de la demande fondée sur l'art. 11. L'article 11 prévoit un processus de demande *ex parte*. Tel devrait être la norme. S'il y a des préoccupations concernant la divulgation du dialogue préalable à la demande, c'est dans l'affidavit du commissaire présenté au tribunal avec la demande fondée sur l'art. 11 qu'il convient d'en traiter.

Selon nous, un avis officiel d'une demande fondée sur l'art. 11 devrait être donné à un intimé lorsque celui-ci a réussi à faire modifier ou annuler dans la même enquête une ordonnance antérieure prononcée en vertu de l'art. 11. En outre, il y a lieu de songer à donner un avis officiel lorsqu'une ordonnance antérieure en vertu de l'art. 11 a déjà été prononcée contre le même intimé et qu'une contestation d'une ordonnance subséquente en vertu de l'art. 11 est probable.

La communication d'un avis officiel ne confère pas nécessairement à l'intimé le droit de comparaître devant le tribunal saisi de la demande. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une audience à l'intimé dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 11.

J. Dialogue général avec les avocats en droit de la concurrence du secteur privé

Le Bureau entretient un dialogue général avec les avocats en droit de la concurrence du secteur privé par la voie d'un groupe de travail avec l'Association du Barreau Canadien – Section nationale du droit de la concurrence, ainsi qu'en rencontrant les présidents sortant et actuel de la Section. Le Bureau compte bien poursuivre ce dialogue, tout comme les avocats en droit de la concurrence du secteur privé.

Recommandations

Le Bureau devrait poursuivre ce dialogue général. Il pourrait constituer une méthode utile pour discuter de réformes éventuelles des pratiques en matière d'examen des fusions. Par exemple, le Bureau et les avocats pourraient discuter de la question de savoir s'il est envisageable d'importer des innovations développées par la FTC aux États-Unis, comme :

- formuler une présomption quant au nombre d'employés qui devraient être mobilisés pour effectuer des recherches dans les dossiers, dans la mesure où les parties à une fusion remplissent certaines conditions préalables;
- formuler une présomption concernant la période pertinente pour les demandes de documents et de renseignements.

12. Conclusion

Il ressort clairement de notre examen du processus d'application de l'art. 11 du Bureau que celui-ci assume son rôle de manière responsable. Lorsqu'il s'interroge quant à savoir s'il devrait demander une ordonnance en vertu de l'art. 11, le Bureau est bien conscient du fardeau que cela impose aux intimés, en particulier lorsqu'il s'agit de tiers.

Il ne fait aucun doute pour nous que l'art. 11 est un outil d'enquête essentiel pour que le commissaire s'acquitte efficacement de son mandat. À vrai dire, dans le contexte des fusions, un pouvoir législatif similaire à la deuxième demande américaine (qui a pour effet de prolonger automatiquement la période d'attente relativement à la fusion) constituerait une modification salubre à la *Loi*.

Les recommandations que nous avons formulées visent à répondre aux préoccupations exprimées par la Cour fédérale, les avocats du secteur privé œuvrant dans le domaine du droit de la concurrence et le Bureau. Nous avons trouvé que le Bureau aussi bien que les avocats cherchaient à réduire le caractère confrontationnel du processus de l'art. 11 et à améliorer la coopération au moment de donner suite aux ordonnances prononcées en vertu de l'art. 11. Nous

espérons que les dialogues préalable à la demande et post-signification favoriseront ces rapprochements.

Le Bureau devrait continuer de résister aux tentatives des intimés et des tribunaux d'ajouter des exigences additionnelles à l'art. 11 au moyen d'une interprétation large. Pour obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 11, le Parlement a clairement énoncé que le commissaire ne doit satisfaire qu'à deux exigences : (i) une enquête en application de l'art. 10 a été entreprise, et (ii) une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête.

Enfin, nous avons suggéré des pratiques exemplaires pour faire en sorte que le Bureau continue de satisfaire à la norme de la divulgation complète, franche et impartiale au tribunal dans le cadre des demandes fondées sur l'art. 11. Nous vous fournirons sous peu un modèle d'affidavit et un projet d'ordonnance pour aider le Bureau.

Si vous avez des questions, ou si vous souhaitez discuter de notre avis, n'hésitez pas à communiquer avec moi.

Veillez agréer, Monsieur, Madame, l'expression de mes salutations distinguées.

Brian Gover
BG/or