



Référence : *Le Commissaire de la concurrence c Reliance Comfort Limited Partnership*, 2013 Trib conc 17

N° de dossier : CT-2012-002

N° de document du greffe : 175

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande par le commissaire de la concurrence en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT certaines politiques et procédures de Reliance Comfort Limited Partnership

ENTRE :

Le Commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Reliance Comfort Limited Partnership
(défenderesse)

et

National Energy Corporation
(requérante en intervention)



Date de l'audience : Le 17 octobre 2013

Devant le membre judiciaire : M. le juge Rennie (président)

Date de l'ordonnance : 6 novembre 2013

Ordonnance signée par : M. le juge Donald J. Rennie

**ORDONNANCE ACCORDANT À NATIONAL ENERGY CORPORATION
L'AUTORISATION D'INTERVENIR**

[1] National Energy («**National**»), un fournisseur de chauffe-eau au gaz naturel et électrique pour la location aux propriétaires du Québec et de l'Ontario, cherche à obtenir l'autorisation d'intervenir dans la présente procédure intentée par le commissaire de la concurrence (le «**commissaire**») conformément aux dispositions sur l'abus de position dominante (article 79) de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, contre la défenderesse, Reliance Comfort Limited Partnership («**Reliance**»).

[2] Lors de l'audience de la requête d'autorisation d'intervenir de National, l'avocat de Reliance a mentionné qu'il ne s'opposait pas à l'intervention de National, mais qu'il s'opposait au degré d'intervention proposé par National.

[3] La requête d'autorisation d'intervenir de National a été entendue le même jour que la requête d'autorisation d'intervenir de National dans la procédure intentée par le commissaire contre Direct Energy Marketing Limited (CT-2012-003). Les deux procédures, qui ont été déposées le même jour, sont de même nature, et le champ d'intervention proposé par National est identique dans les deux procédures. La position du commissaire en ce a trait à la demande de National est elle aussi identique dans les deux procédures.

[4] Dans les circonstances, le Tribunal a examiné les objections de Reliance ainsi que celles formulées par Direct Energy Marketing Limited; l'analyse du Tribunal à ce sujet figure aux paragraphes 18 à 47 de sa décision accordant à National l'autorisation d'intervenir dans la procédure déposée par le commissaire contre Direct Energy (*Commissaire de la concurrence c Direct Energy Marketing Limited, 2013 Trib conc 16*). Cette analyse fait partie intégrante de la décision et est reproduite à l'Annexe A de la présente ordonnance.

PAR CONSÉQUENT, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[5] National est autorisée à intervenir dans les questions suivantes (les «**sujets concernant National Energy**»):

- a) L'élargissement du secteur de la location de chauffe-eau en Ontario, dans la mesure où il se rapporte à National.
- b) La question concernant les agissements anticoncurrentiels de Reliance, dans la mesure où ils se rapportent à National, y compris l'incidence de l'exclusion en matière de politiques et procédures des retours de chauffe-eau et d'autres comportements anticoncurrentiels de Reliance allégués dans la demande du commissaire, sur la capacité de National à pouvoir faire concurrence et à prospérer de façon efficace dans le marché pertinent.
- c) L'incidence des agissements anticoncurrentiels de Reliance sur les clients ou les clients proposés par National.
- d) Les interactions de National avec Reliance en ce qui concerne les sujets en question dans la procédure, y compris les échanges commerciaux avec Reliance en ce qui a trait aux processus de retrait et de retour de chauffe-eau.
- e) Le point de vue de National en tant que participant du secteur sur la définition du produit et des marchés géographiques tels qu'ils ont été formulés par le commissaire.

- f) La question concernant la position dominante de Reliance, dans la mesure où elle a des répercussions sur National.
- g) La question concernant l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence, dans la mesure où elle touche National.
- h) Les obstacles à l'entrée ou à la facilité d'entrée sur le marché pertinent, selon l'expérience de National, notamment la question de savoir si le comportement de Reliance crée des obstacles artificiels à l'entrée et à l'expansion de National ou augmente ses coûts.
- i) Les déclarations faites par Reliance et les conclusions qu'elle a tirées au sujet du comportement de National dans la réponse que Reliance a déposée dans la présente procédure.
- j) L'incidence des mesures de réparation proposées par le commissaire sur National et la concurrence dans le marché pertinent.

[6] National doit être autorisée à participer à la procédure, et à ce qui suit :

- a) Examiner toute transcription de interrogatoire préalable et accéder à tout document produit par les parties sur l'interrogatoire préalable (assujetti à toute ordonnance de confidentialité émise par le Tribunal), dans la mesure où ils se rapportent aux sujets concernant National Energy, mais sans participation directe au processus de interrogatoire préalable.
- b) Produire un affidavit de documents pertinents et mettre un représentant à la disposition de National pour l'interrogatoire dans le cadre de l'interrogatoire préalable sur les sujets concernant National Energy. L'interrogatoire préalable devra se limiter à trois (3) heures, dans le cas de Reliance.
- c) Présenter un témoignage de vive voix lors de l'audience de la demande du commissaire sur les sujets concernant National Energy.
- d) Mener des interrogatoires et des contre-interrogatoires des témoins sur les sujets concernant National Energy.
- e) Présenter des témoignages d'expert sur les sujets concernant National Energy dans les limites de la procédure énoncée dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*.
- f) Assister à toute requête préliminaire, conférence préparatoire ou conférence de mise au rôle et y présenter des observations.
- g) Faire des argumentations écrits ou oraux sur les sujets concernant National Energy, y compris des argumentations sur toute mesure de réparation proposée.

[7] Lors de l'exercice des droits susmentionnés, National devra suivre les directives figurant dans le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*.

[8] Il est possible que l'on fixe une limite au nombre de témoins ordinaires et experts

appelés à témoigner par National lors d'une prochaine procédure de gestion d'instance.

[9] Les parties doivent déposer un projet de calendrier en vue du règlement de la demande au plus tard le mercredi 13 novembre 2013. Si les parties ne parviennent pas à un accord sur un calendrier, elles doivent signifier et déposer un projet de calendrier au plus tard le 13 novembre 2013. Les parties doivent consulter National pour l'établissement des calendriers.

FAIT à Ottawa, ce 6^e jour de novembre 2013.
SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Donald J. Rennie

[10] Annexe A : Paragraphes 18 à 47 dans *Commissaire de la concurrence c Direct Energy Marketing Limited*, 2013 Trib conc 16

[18] Dans les circonstances, il est raisonnable que le Tribunal examine les objections de Reliance conjointement avec celles formulées par Direct Energy.

[19] Lors de l'audience des requêtes, l'avocat de National a présenté au Tribunal un tableau exposant les sujets sur lesquels il cherchait une autorisation d'intervenir et les positions respectives des parties à propos de chaque sujet.

	Sujet proposé	Commissaire	Reliance	Direct Energy
A	L'élargissement du secteur de la location de chauffe-eau en Ontario, dans la mesure où il se rapporte à	Donne son consentement	Donne son consentement	S'y oppose
B	La question des agissements anticoncurrentiels de Reliance et de Direct Energy dans la mesure où ils se rapportent à National, y compris l'incidence de l'exclusion en matière de politiques et procédures des retours de chauffe-eau et d'autres comportements anticoncurrentiels de Reliance et de Direct Energy allégués dans la demande du commissaire, sur la capacité de National à pouvoir faire concurrence et à prospérer de façon efficace dans le marché pertinent.	Donne son consentement	Demande une modification	Donne son consentement
C	L'incidence des agissements anticoncurrentiels de Reliance et de Direct Energy sur les clients ou les clients proposés par National.	Donne son consentement	Demande une modification	S'y oppose
D	Les interactions de National avec Reliance et Direct Energy en ce qui concerne les questions en litige dans la procédure, y compris les échanges commerciaux avec Reliance et Direct Energy en ce qui a trait aux processus de retrait et de retour de chauffe-eau.	Donne son consentement	Donne son consentement	Donne son consentement
E	Le point de vue de National en tant que participant du secteur sur la définition appropriée du produit et des marchés géographiques.	Demande une modification	S'oppose	S'y oppose

F	La question concernant la position dominante de Reliance et de Direct Energy, dans la mesure où elle a des répercussions sur le marché pertinent de façon générale.	Demande une modification	S'y oppose	S'y oppose
G	La question concernant l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, dans la mesure où ils touchent National et la concurrence sur le marché pertinent de façon générale.	Demande une modification	S'y oppose	S'y oppose
H	Les obstacles à l'entrée ou à la facilité d'entrer sur le marché pertinent, selon l'expérience de National, notamment la question de savoir si le comportement de Reliance et de Direct Energy crée des obstacles artificiels à l'entrée et à l'expansion de National ou fait augmenter ses coûts.	Donne son consentement	Demande une modification	S'y oppose

I	Les déclarations faites par Reliance et Direct Energy et les conclusions qu'elles ont tirées au sujet du comportement de National dans la réponse que Reliance et Direct Energy ont déposée dans la présente procédure.	Demande une modification	Donne son consentement	Donne son consentement
J	L'incidence des mesures de réparation proposées par le commissaire sur National et la concurrence dans le marché pertinent.	Demande une modification	Demande une modification	Demande une modification

[20] En ce qui a trait au sujet A, je trouve qu'elle est pertinente et que National, vu la formulation de la question, apportera son propre point de vue distinct ou unique. Dans les circonstances, National est autorisée à intervenir sur cette question.

[21] Direct Energy ne s'oppose pas au sujet B, tandis que Reliance cherche à le modifier, de façon à le restreindre explicitement à l'« incidence » sur National et aux agissements anticoncurrentiels allégués figurant dans la demande du commissaire. Vu la reconnaissance explicite manifestée par l'avocat de National lors de l'audience, selon laquelle le « ...comportement anticoncurrentiel, sur lequel devrait principalement porter notre intervention, doit être le comportement anticoncurrentiel qui nous préoccupe dans la procédure et qui a été tout particulièrement invoqué par le commissaire » [notre traduction], la formulation du sujet B est acceptable. Elle ne pourra pas être interprétée plus tard en vue d'élargir la portée des allégations du commissaire, telles qu'elles ont été

présentées dans ses actes de procédure. Il n'est pas nécessaire de remplacer le mot « question » par le mot « incidence », comme l'avait suggéré Reliance.

[22] Direct Energy s'oppose au sujet C, et bien que Reliance le soit également, dans ses exposés écrits, elle a indiqué lors de l'audience que le sujet C n'était pas nécessaire, car elle autorise déjà à National à présenter un témoignage direct en ce qui a trait aux clients. Direct Energy a soutenu que National cherchait à parler au nom des clients concernés par ce sujet et qu'elle n'avait pas le droit de le faire.

[23] À l'audience, l'avocat de National a indiqué qu'il n'avait pas l'intention de parler au nom de tous les clients, de façon générale. Dans le cadre de ce sujet proposé, National cherche plutôt à décrire sa connaissance directe de la façon dont le comportement allégué de Direct Energy influe sur les clients ou des efforts qu'elle déploie pour attirer les clients potentiels, notamment la capacité de National à inciter les clients à changer de fournisseur. Vu ces clarifications apportées par l'avocat, ce sujet est acceptable et approprié.

[24] En ce qui concerne le sujet E, Reliance et Direct Energy font valoir que National cherche à redéfinir les questions de marché de produits et de marché géographique d'une façon qui diffère de la définition proposée par le commissaire dans ses actes de procédure. National, en tant que participant au marché, apporte son propre point de vue sur les marchés des produits et géographiques pertinents, en fonction de son expérience. Il y a de fortes chances que son point de vue et celui du commissaire ne soient pas identiques, malgré les chevauchements probables.

[25] Direct Energy et Reliance s'opposent à ce que National ait une appréciation du marché de produits ou du marché géographique. Ils fondent leur objection sur l'équité, et soutiennent qu'elles connaissent les arguments auxquels elles devront faire face, et tel est le cas comme décrit par le commissaire. Je suis d'accord avec cela. Les arguments sont définis par le commissaire et ne peuvent être reformulés par un intervenant. Cela dit, il est possible qu'un intervenant ait des renseignements pertinents et un point de vue utile sur ces questions formulées par le commissaire. Si l'on empêche l'intervenant d'avoir un rôle à jouer en ce qui a trait aux nuances et aux contours précis de ces deux questions telles qu'elles ont été formulées par le commissaire, on obtiendra le droit d'intervention caduque. National peut présenter son point de vue en tant que participant du secteur sur la définition des marchés de produits et géographique, tel qu'ils ont été formulés par le commissaire.

[26] Reliance et Direct Energy s'opposent aux sujets F et G et font remarquer que National n'apporte pas un point de vue unique ou distinct lorsqu'elle souhaite parler au nom de la concurrence sur le marché pertinent, de façon générale. Elles font également remarquer que ces sujets touchent au cœur de la pratique restrictive du commerce alléguée et qu'il revient au commissaire d'établir les éléments constitutifs de la pratique. Lors de l'audience, l'avocat de Reliance a indiqué que Reliance ne s'opposerait pas à ces sujets si on les avait limitées à l'incidence sur National. Le commissaire fait également valoir que les sujets devraient se limiter à National.

[27] Dans les circonstances, je trouve que ces sujets sont appropriés à l'égard du

point de vue distinct de National, considérant son expérience dans le marché. Tout élément de preuve présenté par National à ce sujet devrait se limiter à ce qui touche National exclusivement.

[28] Direct Energy s'oppose au sujet H proposé par National, et Reliance propose une autre formulation. Puisque l'on a déjà donné suite aux préoccupations initiales de Reliance, je ne vois pas pourquoi l'on devrait empêcher National de présenter des observations sur ce sujet, étant donné la référence expresse et les limites de l'expérience de National. National apporte un point de vue unique ou distinct à cet égard.

[29] Direct Energy et Reliance ne s'opposent pas au sujet I, mais le commissaire a demandé que ce sujet soit explicitement limité au « comportement » de National dans les réponses déposées. L'ajout de la limite s'avère une précision utile qui, par conséquent, sera conservée.

[30] En ce qui a trait au sujet J, Reliance, Direct Energy et le commissaire cherchent à éliminer la référence à « concurrence sur le marché pertinent ». Le Tribunal, dans des décisions antérieures, a permis à des intervenants de donner un aperçu de l'incidence de la mesure de réparation proposée (voir par exemple *Le commissaire de la concurrence c Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2011 Trib conc 2, où le Tribunal a permis à une banque de présenter des observations sur l'incidence de la mesure de réparation proposée sur le système des paiements). National apporte bel et bien un point de vue unique ou distinct sur l'incidence des mesures de réparation proposées en ce qui touche la concurrence dans le marché auquel elle prend part.

C. Modalités de participation et coûts

[31] National cherche à intervenir comme suit :

A	Examiner toute transcription d'un interrogatoire préalable et accéder à tout document produit par les parties sur l'interrogatoire préalable (assujettie à toute ordonnance de confidentialité émise par le Tribunal), mais sans participer directement au processus d'interrogatoire préalable.
B	Produire un affidavit de documents pertinents et mettre un représentant à la disposition de National pour l'interrogatoire dans le cadre de l'interrogatoire préalable concernant les sujets sur lesquels National a obtenu l'autorisation
C	Présenter un témoignage de vive voix lors de l'audience de la demande du commissaire concernant les sujets sur lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir.

D	Mener des interrogatoires et des contre-interrogatoires non répétitifs des témoins relativement aux sujets sur lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir.
E	Présenter des témoignages d'expert sur les sujets pour lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir dans les limites de la procédure énoncée dans les Règles du Tribunal de la concurrence.
F	Assister à toute requête préliminaire, conférence préparatoire ou conférence de mise au rôle et y présenter des observations.
G	Faire des argumentations écrites ou orales concernant les sujets sur lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir, y compris des observations sur toute mesure de réparation proposée.

[32] À l'audience, l'avocat du commissaire a convenu avec les modalités proposées susmentionnées. Reliance et Direct Energy se sont opposées à la formulation d'une partie ou de la totalité de ces modalités.

[33] En ce qui a trait à la première modalité, voici ce que Direct Energy a mentionné dans ses observations écrites :

On ne devrait pas autoriser National à inspecter tout document produit par les parties ni à examiner les transcriptions de communications préalables ou toute pièce s'y rapportant, sauf conformément à une ordonnance de confidentialité émise par le Tribunal qui limite la communication de tels documents et de telles transcriptions : (i) relativement aux sujets sur lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir; et (ii) à l'avocat externe de National, après signature d'une entente confidentielle bien formulée, dans la mesure où la partie produisant les documents a jugé que les renseignements communiqués étaient délicats sur le plan de la concurrence ou qu'elle en était la propriétaire; [notre traduction]

[34] Je conviens que l'examen des transcriptions et des documents devrait se limiter aux sujets pour lesquels National a obtenu l'autorisation d'intervenir. National n'a pas démontré pourquoi un examen de toutes les transcriptions de communications préalables sont nécessaires aux fins de son intervention. Si des difficultés pratiques se présentent, les parties peuvent collaborer afin d'aborder ces difficultés, à défaut de quoi l'on peut aborder la question lors d'une conférence de gestion de l'instance.

[35] Contrairement aux observations présentées par Direct Energy et Reliance, il n'est pas nécessaire d'inclure une référence à toutes les correspondances entre National et le

commissaire dans la Modalité B. Tout désaccord entre les parties en ce qui concerne la pertinence et le privilège peut être traité plus tard, conformément à la procédure normale du Tribunal et aux Règles 60 et 61 des Règles du Tribunal de la concurrence.

[36] Dans les circonstances, il convient également de limiter à trois heures la durée de l'examen de l'interrogatoire préalable des représentants de National. Il n'est pas nécessaire de préciser que les questions posées sont non répétitives. Le Tribunal part de l'hypothèse selon lequel tous les avocats connaissent les règles de pratique existantes et les respecteront.

[37] En ce qui concerne la Modalité C, Direct Energy demande que National n'ait l'autorisation de présenter le témoignage pertinent et non répétitif d'un seul témoin. Il est trop tôt pour limiter le nombre de témoins ordinaires de façon arbitraire. Toutefois, le Tribunal se réserve le droit, dans le cadre d'une prochaine procédure de gestion de l'instance, de limiter le nombre de témoins appelés à témoigner par National.

[38] Le Tribunal conclut que la Modalité D est appropriée, et rejette les observations de Direct Energy selon lesquelles on ne devrait pas autoriser National à contre-interroger les témoins lors de l'audience de la demande principale. Il se peut que les intervenants aient le droit de contre-interroger les témoins lors de l'audience, et Direct Energy n'a pas donné une raison convaincante pour empêcher National d'exercer ce droit (voir, par exemple, *American Airlines*).

[39] Direct Energy soutient également que l'on ne devrait pas autoriser National à présenter un témoignage d'expert en partant du principe que l'opinion de l'expert ne reflète pas le point de vue unique ou distinct de National. Reliance soutient que les rapports d'expert de National devraient se limiter au point de vue unique de National (par exemple, des substituts pratiques qui peuvent remplacer des chauffe-eau à gaz ou électriques). Les avocats des deux parties ont fait valoir, lors de l'audience, qu'il serait inapproprié que National présente un témoignage d'expert en ce qui touche des sujets plus généraux comme les marchés pertinents et l'effet d'un comportement allégué sur le marché de façon générale.

[40] Direct Energy n'a présenté aucune décision pour appuyer sa position selon laquelle on ne devrait pas autoriser les intervenants à présenter un témoignage d'expert. Au contraire, dans différentes décisions des vingt dernières années, le Tribunal a autorisé les intervenants à faire précisément ce à quoi s'oppose Direct Energy (voir par exemple, *Commissaire de la concurrence c Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2011 Trib conc 2; *Commissaire de la concurrence c Toronto Real Estate Board*, 2011 Trib conc 22; *Commissaire de la concurrence c Air Canada*, 2011 Trib conc 21; *Commissaire de la concurrence c Air Canada*, 2001 Trib conc 4; *Directeur des enquêtes et recherches c Canadian Pacific Ltd.*, (1997), 74 R. P. C. (3d) 37; *Directeur des enquêtes et recherches c Télé-Direct (Publications) Inc.*, (1995), 61 C.P.R. (3d) 528).

[41] Encore une fois, il serait prématuré d'imposer une limite arbitraire quant au type et au nombre de témoins experts que National peut présenter. L'avocat de National reconnaît à l'audience qu'il ne sait toujours pas le type de témoignage d'expert qu'il souhaiterait présenter, le cas échéant. Toutefois, je remarque qu'en ce qui touche la présentation d'un tel témoignage, National devrait être guidée sur les principes énoncés dans le paragraphe 9(2) de

la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*.

[42] En ce qui concerne la Modalité F, Reliance soutient que l'on devrait la limiter aux cas où les intérêts de National sont en jeu, alors que Direct Energy adopte la position selon laquelle les observations de National devraient être autorisées, mais seulement dans la mesure où elles sont pertinentes aux questions sur lesquelles elle est autorisée à intervenir et où elles ne font pas double emploi avec les observations du commissaire.

[43] Pour des raisons d'ordre pratique, et compte tenu des directives du paragraphe 9(2) et de l'accord des avocats sur la collaboration lors de l'audience, je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire, en ce moment, d'imposer d'autres limites à la Modalité F.

[44] L'avocat de National a indiqué à l'audience qu'il était prêt à inclure une référence à la Modalité G, afin de la limiter aux argumentations non répétitives, dans la mesure où l'on donne à National la chance d'examiner à l'avance le dépôt du commissaire. L'avocat du commissaire n'a pas insisté, à l'audience, sur l'ajout du mot « non répétitif », mais Direct Energy a demandé dans ses observations écrites que l'argumentation de National ne fasse pas double emploi avec celle du commissaire.

[45] Le Tribunal ne se livrera pas dans la microgestion du contenu du mémoire de National. En pratique, il y a lieu d'inclure une certaine répétition afin que l'intervenant puisse formuler son point de vue distinct ou unique.

[46] Enfin, National a indiqué que si l'on garantit l'autorisation d'intervenir, elle ne chercherait pas à obtenir de dépens, et elle demande de ne pas être tenue responsable des dépens de toute autre partie ou de tout autre intervenant.

[47] Direct Energy soutient que National devrait être assujettie aux dispositions sur les dépens de l'article 8.1 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, et Reliance fait valoir qu'il serait prématuré d'ordonner que National ne soit pas tenue responsable des dépens, car il s'agit d'une décision qui devrait être entendue par le tribunal chargé d'entendre la présente affaire. Je suis d'accord avec cela. Je n'entraverai pas le pouvoir discrétionnaire du tribunal chargé d'entendre la présente affaire pour adjuger les dépens comme il le juge approprié : *Commissaire de la concurrence c Toronto Real Estate Board*, 2011 Trib 22, paragraphe 43.

COMPARUTIONS :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Jonathan Hood

Pour la défenderesse :

Reliance Comfort Limited Partnership

Robert S. Russell

Brendan Wong

Pour la requérante en intervention :

National Energy Corporation

Adam Fanaki

Derek D. Ricci