

Competition Tribunal



Tribunal de la concurrence

Référence : *La Commissaire de la concurrence c Imperial Brush Co Ltd et Kel Kem Ltd (faisant affaire sous le nom d'Imperial Manufacturing Group)*, 2007 Trib conc 22

N° de dossier : CT-2006-010

N° de document du greffe : 124

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

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

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur l'article 74.1 de la *Loi sur la concurrence*.

E N T R E :

**La commissaire de la concurrence**  
(demanderesse)

et

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



Date de l'audience : Le 11 juillet 2007

Devant le membre judiciaire président : Monsieur le juge Phelan

Date de l'ordonnance : Le 11 juillet 2007

Ordonnance signée par : Monsieur le juge Phelan

**ORDONNANCE CONCERNANT L'OBJECTION DE LA DEMANDERESSE À  
L'EXPOSÉ D'UN TÉMOIGNAGE DES DÉFENDERESSES**

[1] La demanderesse a soulevé un certain nombre d'objections à l'exposé d'un témoignage d'Abraham Kelly, dont le dépôt en preuve est proposé. Le Tribunal, avec l'accord des parties, suit la procédure selon laquelle la preuve directe doit être déposée par écrit.

[2] Il n'existe aucune procédure établie pour traiter les objections à une telle preuve directe à défaut du processus habituel de question et réponse. Il s'agit de la première occasion, à ma connaissance, devant le Tribunal, dans laquelle la manière de traiter les objections à un élément de preuve proposé a été soulevée.

[3] Le processus utilisé ici n'est en aucun cas la seule méthode de traiter cette question, mais, à mon avis, elle convient à l'espèce. Les avocats de la demanderesse ont eu l'autorisation de présenter des observations pour chaque objection. L'avocat a utilement fourni une version annotée de l'exposé proposé, indiquant les paragraphes visés par l'objection et les motifs de cette objection.

[4] En abordant la question de la recevabilité, à défaut de témoignage sous forme de questions et réponses, le Tribunal a examiné les objections du point de vue d'une question illégitime et de celui d'une réponse inappropriée à une question légitime.

[5] La demanderesse avait un certain nombre de motifs, tant généraux que précis, pour l'objection. Dans une large mesure, la demanderesse s'inquiétait du fait que la preuve de M. Kelly touchait des domaines relevant de la preuve d'expert, que sa preuve était une preuve d'expert indirecte et qu'elle serait traitée comme telle. Les défenderesses ont clairement indiqué que M. Kelly est un témoin ordinaire.

[6] La demanderesse a soulevé un certain nombre d'objections d'ordre procédural, y compris le fait que les règles des procédures de gestion d'instance n'ont pas été suivies, mais ces objections sont fondées sur la prémisse que la preuve de M. Kelly est une preuve d'expert.

[7] Il est évident que la preuve de M. Kelly n'est pas présentée comme une preuve d'expert et elle ne sera pas reçue comme telle. Par conséquent, les objections d'ordre procédural doivent être rejetées.

[8] La demanderesse a indiqué qu'elle est prise au dépourvu par la preuve de M. Kelly. Compte tenu du processus préalable à l'audience, des exposés de divulgation étendus qui contenaient les sommaires de la déposition et des deux semaines pendant lesquelles la demanderesse a eu l'exposé de M. Kelly, et, finalement, du fait que du temps est prévu, au besoin, la semaine prochaine, pour la contre-preuve des témoins experts et des témoins ordinaires, je ne suis pas convaincu que la demanderesse ait subi un préjudice tel que la preuve devrait être exclue pour ce seul motif.

[9] Si j'examine les détails des objections, la demanderesse présente des objections selon lesquelles une partie de la preuve de M. Kelly est un témoignage d'opinion qui devrait uniquement être porté par un expert, son exposé comporte des oui-dire et il reprend la preuve d'autres témoins.

[10] En ce qui concerne le témoignage d'opinion, le juge Dickson, tel était alors son titre, dans *Graat c R*, [1982] 2 RCS 819, ne s'est pas préoccupé de la distinction entre les prétendus faits et opinions lorsque le témoignage d'un témoin est fondé sur une connaissance personnelle, et je cite :

Si ce n'est par commodité, la distinction fondée sur l'opposition précaire, et même souvent fautive, entre un fait et une opinion a peu ou pas d'avantages. La distinction entre un « fait » et une « opinion » n'est pas nette.

[11] Le juge Dickson poursuit ensuite en indiquant que l'admissibilité d'une telle preuve a un fondement simple : les témoins ont eu la possibilité d'observation personnelle et ils étaient en mesure d'apporter une aide réelle à la Cour. Et dans *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Butterworths, 1999, à la page 608, Sopinka et Lederman résument la règle applicable en référence à l'énoncé du juge Dickson :

Exposée en ces termes, la règle moderne relative à l'opinion pour les témoins ordinaires devrait présenter peu de difficultés d'exclusion lorsque le témoignage est fondé sur les perceptions du témoin. Le réel enjeu sera d'évaluer et de pondérer une telle preuve après son admission.

[TRADUCTION]

[12] La méthode fondée sur des principes des oui-dire comporte une évaluation de deux critères – la fiabilité et la nécessité – afin de déterminer l'admissibilité. La distinction entre l'avis d'un témoin ordinaire ou d'un expert est que l'un est l'expression d'une croyance ou d'une compréhension, alors que l'autre est pris, s'il est accepté, comme une preuve de fait.

[13] Compte tenu de l'approche moderne des oui-dire, à laquelle le témoignage d'expert est une exception, j'examinerai maintenant les objections précises :

- Paragraphe 1 : L'utilisation du mot « expertise » dans la description que fait M. Kelly de son exposé comme étant une description de son expérience pratique et de son expertise ne fait pas de lui un témoin expert. Le mot ne sera donc pas radié.
- Paragraphe 5 : Les déclarations faites décrivent ce qu'il a fait et ce qu'il a reçu. En l'absence de preuve du contenu de toute attestation, la question a un poids; par conséquent, elle sera admise.
- Paragraphes 16 à 18 : Ces paragraphes font partie du récit de M. Kelly sur la manière dont il a pris part à la formulation du produit, et la raison. Ces paragraphes contiennent sa compréhension de la créosote, son comportement, ainsi que des sources telles que les documents du département du Commerce des États-Unis et d'autres publications sur lesquelles on peut s'appuyer pour créer le produit et qui sont donc admissibles.
- Paragraphe 19 : On ne peut pas dire que les parties de ce paragraphe traitant de la répétition des observations de tiers sur l'efficacité du produit présentent les qualités de fiabilité ou de nécessité. La pertinence de l'efficacité du produit est discutable; par conséquent, les parties faisant référence aux observations de tiers seront radiées.
- 
- Paragraphes 20 à 23 : Ces paragraphes contiennent la compréhension et les actions de

M. Kelly, qui devraient toutes être admises.

– Paragraphes 24 et 25 : Pour les raisons indiquées au paragraphe 19, les observations de tiers sont radiées. La correspondance et les déclarations jointes sont particulièrement problématiques; ces déclarations n'ont pas la nature de documents commerciaux, mais elles sont faites dans le cadre d'un litige. Il est injuste pour la demanderesse de ne pas avoir la possibilité d'interroger les personnes qui font la déclaration, dont la fiabilité est en cause. Les pièces jointes seront radiées.

– Paragraphes 27 et 28 : Ces paragraphes renvoient à ce que M. Kelly a fait, en partie, mais ils contiennent également des commentaires de tiers. Ces commentaires devraient être radiés.

– Paragraphes 30 à 33 : Ces paragraphes concernent le rôle consultatif de M. Kelly, ce qu'il a fait et, en particulier, ce qu'il a dit à Imperial Brush. De plus, les paragraphes sont pertinents pour toute défense fondée sur la diligence raisonnable et ils seront admis.

– Paragraphe 39 : Le fait que le rapport de M. Kelly a été déposé en preuve en tant que pièce A-1 8 du témoignage de M. Pegg n'est pas déterminant quant à la question de la recevabilité du paragraphe. Cependant, le paragraphe est admissible puisqu'il concerne sa compréhension des événements auxquels il participait.

– Paragraphe 40 et suivants : Ce paragraphe et les suivants concernent des tests effectués auxquels M. Kelly prenait part et qui auraient été menés conformément au protocole de test qu'il a examiné, révisé, approuvé ou auquel il prenait autrement part à titre de consultant. Bien qu'il puisse y avoir répétition d'éléments de preuve que d'autres peuvent donner, cela ne suffit pas pour supprimer l'élément de preuve. Il reste à déterminer le poids qu'on doit leur accorder.

**POUR CES MOTIFS, LA COUR ORDONNE QUE :**

[14] Sous réserve des exceptions limitées ci-dessus, les objections sont rejetées.

[15] Une déclaration révisée de M. Kelly doit être déposée par les défenderesses.

[16] En raison du résultat mitigé, aucune pénalité de temps ne sera évaluée; chaque partie est responsable du temps qui lui est alloué.

FAIT à Halifax, ce 11<sup>e</sup> jour de juillet 2007.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président l'instance.

(s) Michael L. Phelan

## COMPARUTIONS

Pour la demanderesse

Commissaire de la concurrence  
William Miller  
Roger Nassrallah  
Stkphane Lilkoff

Pour les défenderesses

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

Daniel M. Campbell  
Joseph Burke