

Competition Tribunal



Tribunal de la concurrence

Référence : *La commissaire de la concurrence c Tuyauteries Canada Ltée*, 2004 Trib conc 2

N° de dossier : CT2002006

N° de document du greffe : 135

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par la commissaire de la concurrence en vertu des articles 79 et 77 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT certaines pratiques de Tuyauteries Canada Ltée par l'intermédiaire de sa division Bibby Ste-Croix.

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Tuyauteries Canada Ltée
(défenderesse)



Date de l'audience par téléconférence : Le 9 décembre 2003

Devant le membre judiciaire : Monsieur le juge Blanchard

Date des motifs et de l'ordonnance : Le 23 janvier 2004

Motifs de l'ordonnance signés par : Monsieur le juge Blanchard.

**MOTIFS ET ORDONNANCE CONCERNANT LA REQUÊTE DE LA DÉFENDERESSE
VISANT L'INTERROGATOIRE PRÉALABLE DE PERSONNES ET LA COMMUNICATION
DE DOCUMENTS EN VERTU DE L'ALINÉA 21(2)d.1) DES RÈGLES DU TRIBUNAL DE LA
CONCURRENCE ET CONCERNANT LES QUESTIONS D'ÉCHÉANCIER**

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphe

I.	INTRODUCTION	[1]
II.	FAITS	[4]
III.	QUESTION EN LITIGE	[9]
IV.	CADRE RÉGLEMENTAIRE	[10]
	ALINÉA 21(2) <i>d.1</i>) DES RÈGLES DU TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE.....	[10]
	ARTICLES 4.1 ET 5.1 DES RÈGLES DU TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE.	[11]
V.	PREUVE À L'APPUI DE LA REQUÊTE	[12]
	A. PREUVE DE TUYAUTERIES CANADA RELATIVE À LA REQUÊTE	[12]
	B. PREUVE DE LA COMMISSAIRE RELATIVE À LA REQUÊTE	[21]
VI.	LA DEMANDE SOUS-JACENTE	[29]
VII.	ARGUMENTS DES PARTIES	[31]
	A. POSITION DE TUYAUTERIES CANADA RELATIVE À LA REQUÊTE	[31]
	B. POSITION DE LA COMMISSAIRE RELATIVE À LA REQUÊTE	[36]
VIII.	ANALYSE	[40]
A.	COMMUNICATION DE DOCUMENTS	[40]
	B. INTERROGATOIRE PRÉALABLE DE PERSONNES	[57]
	C. PRIVILÈGE D'INTÉRÊT PUBLIC	[59]
	D. OBLIGATION D'ÉQUITÉ DE LA COMMISSAIRE	[60]
	E. DIVULGATION DES NOMS ET ADRESSES DES TÉMOINS	[65]
VIII.	CONCLUSION	[67]

I. INTRODUCTION

[1] Tuyauteries Canada Ltée (« **Tuyauteries Canada** ») présente une requête en vue d'obtenir un redressement en vertu de l'alinéa 21(2)d.1) des Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/94-290, dans sa version modifiée (les « **Règles** ») :

- a) enjoignant à la commissaire de livrer immédiatement à Tuyauteries Canada tous les documents en [sa] possession, ou dont elle a la garde ou le contrôle, qui sont liés à la question en litige dans la présente instance, y compris les documents qui minent, remettent en question ou qui compromettent les diverses positions défendues par la commissaire dans la demande;
- b) à titre subsidiaire, au sous-paragraphe a) ci-dessus, une ordonnance enjoignant à la commissaire de livrer immédiatement à Tuyauteries Canada tous les documents ou dossiers décrits à l'Annexe « A » [joint à l'avis de requête de Tuyauteries Canada] qui sont en [sa] possession, ou dont elle a la garde ou le contrôle;
- c) autorisant Tuyauteries Canada à effectuer un interrogatoire préalable d'un représentant de Vandem Industries Inc et enjoignant au représentant de Vandem de fournir les documents pertinents et de répondre aux questions liées aux éléments en litige dans la présente instance à moins qu'ils ne puissent établir, individuellement pour chaque question, une revendication adéquate de privilège du secret professionnel de l'avocat;
- d) enjoignant à la commissaire de divulguer immédiatement les noms et adresses de tous les témoins ayant fourni des dispositions des témoins dans la déclaration de divulgation la plus récente de la commissaire;
- e) exigeant que les audiences soient entendues à Toronto (Ontario);
- f) établissant un calendrier raisonnable en ce qui a trait à l'échange des rapports d'experts et au début de l'audience.

[2] Subsidiairement à l'obtention de la divulgation complète de tous les documents que la commissaire a en sa possession, la défenderesse vise à obtenir les documents mentionnés à l'Annexe « A » de son avis de requête. Ces documents peuvent essentiellement être classés dans les catégories présentées ci-dessous :

a) Toutes les Parties

Tuyauteries Canada souhaite obtenir tous les documents ou dossiers fournis ou obtenus par la commissaire de tout tiers lié ou visé par son enquête relative à Tuyauteries Canada, au programme des distributeurs stockistes et l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation en général.

b) Les défenderesses de l'ordonnance aux termes de l'article 11

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents ou dossiers obtenus par la commissaire conformément à l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* et en vertu de l'ordonnance de la Cour supérieure du Québec du 8 décembre 2000 ». [La liste complète des documents joints à l'avis de requête de Tuyauteries Canada]

c) Parties autres que les destinataires de l'ordonnance aux termes de l'article 11

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents obtenus par la commissaire volontairement des parties autres que les destinataires de l'ordonnance aux termes de l'article 11, y compris, sans s'y limiter, Vandem Industries Inc, Gates Canada Inc, et BMI Canada Inc. [La liste

complète des documents joints à l'avis de requête de Tuyauteries Canada]

d) Renseignements et documents mis à jour

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents, dossiers ou renseignements fournis à la commissaire par les défenderesses de l'ordonnance aux termes de l'article 11 ou obtenus par cette dernière depuis leurs réponses à l'ordonnance aux termes de l'article 11 rendue en décembre 2000.

e) Documents disculpatoires

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents que la commissaire a en sa possession, ou dont elle a la garde ou le contrôle et qui sont disculpatoires, ou qui minent, remettent en question ou compromettent les positions défendues par la commissaire dans la demande.

f) Documents obtenus des témoins appelés par la commissaire

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents que la commissaire a en sa possession, ou dont elle a la garde ou le contrôle, qui lui ont été fournis par tout témoin (ou l'employeur de celui-ci ou de celle-ci) que la commissaire entend appeler à témoigner à l'audience.

g) Documents obtenus lors des entrevues de témoins

Tuyauteries Canada demande la divulgation de tous les documents ou dossiers ou renseignements qui ont été fournis à la commissaire ou obtenus par cette dernière lors d'entrevues de témoins potentiels effectuées dans le cadre de son enquête.

[3] Cette requête est présentée dans le contexte d'une demande de la commissaire de la concurrence (la « commissaire ») sous le régime des paragraphes 77(2), 79(1) et 79(2) de la *Loi sur la concurrence*, LRC (1985), c C-34 (la « Loi »), portant sur une allégation voulant que Tuyauteries Canada se soit livrée à la pratique de l'exclusivité et de l'abus de position dominante.

II. FAITS

[4] Le 31 octobre 2002, la commissaire a déposé un avis de demande (la « **demande** ») alléguant que Tuyauteries Canada avait abusé de sa position dominante et s'était livrée à la pratique de l'exclusivité sur le marché de la tuyauterie et des raccords mécaniques pour tuyaux en fonte à des fins d'utilisation en matière de produits d'évacuation et de ventilation.

[5] La commissaire a signifié une déclaration de divulgation à Tuyauteries Canada, le 14 novembre 2002, en vertu du paragraphe 4.1(1) des Règles. Cette déclaration comprenait, notamment : i) une liste des dossiers invoqués lors de l'audience, soit, 526 documents obtenus de Tuyauteries Canada et 92 documents ou catégories de documents visés par une revendication de privilège d'intérêt public; ii) cinq déclarations résumant les dépositions de 42 témoins non experts de l'industrie, classés par catégorie de témoins; iii) un exposé de la théorie économique à l'appui de la demande.

[6] Dans mes motifs datés du 8 août 2003 [*Commissaire de la concurrence c Tuyauteries Canada Ltée*, [2003] DTCC n° 24, 2003 Trib conc 15 (la « **décision du 8 août 2003** »)], portant sur une requête contestant l'applicabilité des Règles en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* (LC 1960, c 44), reproduite dans LRC 1985, app III, j'ai conclu que la déclaration de divulgation de la commissaire ne respectait pas les Règles. J'ai rendu une ordonnance selon laquelle la commissaire devait produire une nouvelle déclaration de divulgation. La demande de Tuyauteries Canada visant la production de tous les documents pertinents que la commissaire avait en sa possession, ou dont elle avait la garde ou le contrôle, ainsi que les documents pertinents à l'interrogatoire préalable oral, a été rejetée. J'ai conclu dans mes motifs que les dispositions liées à la communication de documents ne violaient aucunement le droit de Tuyauteries Canada à une audience équitable et j'ai indiqué que Tuyauteries Canada pouvait

présenter des demandes précises en ce qui avait trait à une requête aux termes de l'alinéa 21(2)d.1).

[7] Conformément à la décision du 8 août 2003, la commissaire a signifié une autre déclaration de divulgation à Tuyauteries Canada. En réponse à celle-ci, Tuyauteries Canada a signifié sa déclaration de divulgation, le 20 octobre 2003.

[8] Tuyauteries Canada cherche maintenant à obtenir une ordonnance en vertu de l'alinéa 21(2)d.1) des Règles, afin de découvrir des renseignements supplémentaires qui n'auraient pas été fournis par la commissaire et de procéder à un interrogatoire préalable d'un représentant de Vandem Industries Inc (« **Vandem** »), la plaignante à l'origine de l'enquête initiale menée par la commissaire. Tuyauteries Canada demande également au représentant de Vandem de fournir les documents pertinents et de répondre à des questions liées aux éléments en litige.

III. QUESTION EN LITIGE

[9] Tuyauteries Canada a-t-elle droit à la communication préalable d'autres documents et à d'autres interrogatoires préalables de certaines personnes en particulier en vertu des Règles?

IV. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE

[10] L'alinéa 21(2)d.1) des *Règles* est ainsi rédigé :

(2) Le Tribunal peut considérer les questions suivantes lors de la conférence préparatoire :

d.1) dans le cas d'une demande visée au paragraphe 2.2(2) et lorsque les circonstances le justifient, les questions visées à l'alinéa d);

[Soulignement ajouté.]

(2) The Tribunal may consider the following matters at a pre-hearing conference:

plan for the completion of such discovery;

(d.1) in the case of applications referred to in subsection 2.1(2) and if warranted by the circumstances, the matters referred to in paragraph (d);

[emphasis added]

[11] **Les articles 4.1 et 5.1 des Règles sont ainsi rédigés :**

4.1(1) Dans les quatorze jours suivant le dépôt de l'avis de demande autre qu'une demande d'ordonnance provisoire, le commissaire signifie la déclaration visée au paragraphe (2) à chacune des personnes contre lesquelles l'ordonnance est demandée.

(2) La déclaration relative à la communication de renseignements comporte:

a) la liste des documents sur lesquels le commissaire entend se fonder;

b) un sommaire de la déposition des témoins non experts;

c) un exposé concis de la théorie économique à l'appui de la demande, sauf dans le cas d'une demande présentée aux termes de la partie VII.1 de la Loi.

4.1 (1) The Commissioner shall, within 14 days after the notice of application other than an application for an interim order is filed, serve on each person against whom an order is sought the disclosure statement referred to in subsection (2).

(2) The disclosure statement shall set out

(a) a list of the records on which the Commissioner intends to rely;

(b) the will-say statements of non-expert witnesses; and

(c) a concise statement of the economic theory in support of the application, except with respect to applications made under Part VII.1 of the Act.

(3) If new information that is relevant to the issues raised in the application arises before the hearing, the Commissioner may by motion request authorization

(3) Le commissaire peut, par voie de requête, demander au Tribunal l'autorisation de modifier la déclaration visée au paragraphe (2) en cas de découverte, avant l'audition, de nouveaux renseignements se rapportant aux questions soulevées dans la demande.

(4) Le commissaire doit permettre à la personne qui entend contester la demande d'examiner et de reproduire les documents mentionnés dans la déclaration visée au paragraphe (2) ainsi que la transcription des renseignements pour lesquels l'autorisation visée à l'article 22.1 a été obtenue. DORS/2002-62, art. 3.

5.1(1) Dans les quatorze jours suivant la signification de la réponse, la personne qui a reçu signification de l'avis de demande autre qu'une demande d'ordonnance provisoire et qui entend contester la demande signifie la déclaration visée au paragraphe (2) au commissaire et à chacune des autres personnes contre lesquelles l'ordonnance est demandée.

(2) La déclaration relative à la communication de renseignements comporte:

a) la liste des documents sur lesquels la personne ayant reçu signification de l'avis de demande entend se fonder;

b) un sommaire de la déposition des témoins non experts;

c) un exposé concis de la théorie économique à l'appui de la réponse, sauf dans le cas d'une demande présentée aux termes de la partie VII.1 de la Loi.

(3) La personne qui signifie la déclaration visée au paragraphe (2) peut, par voie de requête, demander au Tribunal l'autorisation de la modifier en cas de découverte, avant l'audition, de nouveaux renseignements se rapportant aux questions soulevées dans la réponse.

(4) La personne qui entend contester la demande permet au commissaire d'examiner et de reproduire les documents mentionnés dans la déclaration visée au paragraphe (2).

from the Tribunal to amend the disclosure statement referred to in subsection (2).

(4) The Commissioner shall allow a person who wishes to oppose the application to inspect and make copies of the records listed in the disclosure statement referred to in subsection (2) and the transcript of information for which the authorization referred to in section 22.1 has been obtained. SOR/2002-62, s. 3.

5.1(1) A person served with a notice of application, other than an application for an interim order, who wishes to oppose the application shall, within 14 days after the service of the response, serve a disclosure statement referred to in subsection (2) on the Commissioner and on each other person against whom an order is sought.

(2) The disclosure statement shall set out

(a) a list of the records on which the person served with a notice of application intends to rely,

(b) the will-say statements of non-expert witnesses; and

(c) a concise statement of the economic theory in support of the response, except with respect to applications made under Part VII.1 of the Act.

(3) If new information that is relevant to the issues raised in the response arises before the hearing, the person who serves the disclosure statement referred to in subsection (2) may by motion request authorization from the Tribunal to amend the disclosure statement.

(4) The person who wishes to oppose the application shall allow the Commissioner to inspect and make copies of the records listed in the disclosure statement referred to in subsection (2).

V. PREUVE À L'APPUI DE LA REQUÊTE

A. PREUVE DE TUYAUTERIES CANADA RELATIVE À LA REQUÊTE

1) Affidavit d'Andy Baziliauskas, Ph. D.

[12] À l'appui de la requête, la défenderesse a déposé un affidavit d'Andy Baziliauskas souscrit le 26 novembre 2003. M. Baziliauskas est un économiste et gestionnaire chez LECG LLC (« **LECG** »), un cabinet de services-conseils en économie dont les services ont été retenus par Tuyauteries Canada en vue de produire un rapport d'expert et de témoigner au sujet des répercussions et de l'effet économiques du programme des distributeurs stockistes (« **PDS** ») de Tuyauteries Canada. M. Baziliauskas était employé au Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») en tant qu'économiste entre 1993 et 1997 et était le coordonnateur de la **Division de l'application en matière d'économie** de 1997 à 1999. Il a participé à plusieurs instances dont le Bureau et le Tribunal de la concurrence (le « **Tribunal** ») étaient partie et qui avaient trait à l'abus de position dominante, aux examens des fusions, aux pratiques de distribution et d'établissement des prix, ainsi qu'à d'autres questions d'application.

[13] M. Baziliauskas indique que, selon son examen de la déclaration de divulgation révisée de la commissaire, il constate indubitablement que la commissaire a recueilli de divers tiers des documents et des renseignements au sujet de Tuyauteries Canada, du PDS et de l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation en général, à la suite des ordonnances de l'article 11, et la coopération volontaire de l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation.

[14] S'appuyant sur son expérience et sur son examen des documents présentés par les deux parties, M. Baziliauskas atteste, au paragraphe 6 de son affidavit, que les documents qui n'ont pas été divulgués par la commissaire « [...] sont vraisemblablement pertinents à plusieurs questions soulevées dans la demande [...] » [TRADUCTION], comme la définition pertinente du marché, la position de Tuyauteries Canada dans un marché adéquatement défini, l'incidence du PDS sur les participants de l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et établir si le PDS a des effets anti-concurrentiels.

[15] Le déposant affirme que la divulgation des renseignements énumérés ci-dessous est pertinente et « [...] permettrait concrètement [...] » [TRADUCTION] à LECG de terminer son analyse économique et préparer son rapport d'expert et son témoignage.

a) Renseignements obtenus des destinataires de l'ordonnance aux termes de l'article 11

[16] En ce qui a trait à tous les documents ou dossiers obtenus par la commissaire en vertu de l'ordonnance aux termes de l'article 11 rendue par la Cour supérieure du Québec le 8 décembre 2000 (l'« **ordonnance aux termes de l'article 11** »), M. Baziliauskas affirme, au paragraphe 17 de son affidavit, que ces documents sont « [...] vraisemblablement pertinents à la présente demande [...] » [TRADUCTION] puisque c'est « [...] pourquoi la commissaire désirait obtenir ces documents et renseignements au départ [...] » [TRADUCTION]. Le déposant indique que de tels documents « [...] permettraient concrètement [...] » [TRADUCTION] à LECG de terminer son analyse économique et préparer son rapport d'expert et son témoignage. Les documents comprendraient notamment les renseignements fournis par les 12 défenderesses visées par l'ordonnance aux termes de l'article 11 au sujet de laquelle aucun document n'a été présenté, les autres parties des réponses reçues des sept défenderesses au sujet desquelles une divulgation partielle a été effectuée et les écarts et omissions dans les documents de la commissaire qui ont été divulgués. Également, si la commissaire a reçu des renseignements et des documents mis à jour des destinataires de l'ordonnance aux termes de l'article 11, la présentation de ces documents à Tuyauteries Canada « [...] serait très pertinente [...] » [TRADUCTION] en ce qui a trait à l'analyse économique du PDS par LEGG et à la préparation de son rapport d'expert et de son témoignage.

b) Renseignements obtenus de parties autres que les destinataires de l'ordonnance aux termes de l'article 11

[17] Le déposant réitère que Tuyauteries Canada cherche à obtenir la divulgation de tous les documents obtenus volontairement par la commissaire de parties autres que les défenderesses visées par l'ordonnance aux termes de l'article 11, y compris, sans s'y limiter, Vandem, Gates Canada Inc, et BMI Canada Inc. Il affirme, au paragraphe 20 de son affidavit, que de tels renseignements « [...] peuvent être directement pertinents [...] » [TRADUCTION] aux questions en litige dans la présente instance, et pourraient être utilisés par LECG en vue de terminer son analyse économique portant sur la présente

affaire, ou par Tuyauteries Canada pour répondre ou réfuter plusieurs allégations soulevées par la commissaire en vue d'obtenir un redressement contre Tuyauteries Canada.

[18] Plus précisément, il indique au paragraphe 21 de son affidavit, que les documents de Vandem sont « [...] vraisemblablement très pertinents [...] » [TRADUCTION] à l'analyse économique et à l'effet d'exclusion allégué du PDS, et des obstacles à l'entrée dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. Au paragraphe 23, il affirme que tout renseignement provenant de Gates Canada Inc « [...] serait également souhaitable et très pertinent [...] » [TRADUCTION] à une analyse économique et à la question de l'effet d'exclusion allégué du PDS, et des obstacles à l'entrée dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. De plus, il indique, au paragraphe 25 de son affidavit, que les documents provenant de BMI « [...] peuvent contenir [...] » [TRADUCTION] des renseignements pertinents en ce qui a trait aux allégations faites par la commissaire voulant que l'acquisition par Tuyauteries Canada de l'inventaire de BMI est un exemple de son comportement anticoncurrentiel dont l'objet est d'éliminer les concurrents de l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. La présentation de ces documents serait « [...] souhaitable et particulièrement pertinente [...] » [TRADUCTION] à l'analyse économique de l'incidence de l'acquisition.

c) Renseignements supplémentaires provenant d'autres tiers

[19] Au paragraphe 26 de son affidavit, le déposant indique que, sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, la commissaire peut avoir obtenu des ordonnances aux termes de l'article 11, ainsi que d'autres documents demandés et obtenus volontairement, après le dépôt de la demande sans divulguer l'existence de telles ordonnances à Tuyauteries Canada. Il affirme que de tels documents pourraient être pertinents à l'analyse économique, à l'évaluation de l'incidence du PDS sur les tiers et ses effets anticoncurrentiels allégués, ainsi qu'à la préparation du rapport d'expert et du témoignage.

[20] Le déposant affirme au paragraphe 28 de son affidavit qu'il existe un « [...] risque sérieux que la commissaire ait divulgué des renseignements de manière sélective en l'espèce, en ne communiquant que des documents qui aideront à sa cause [...] » [TRADUCTION]. Afin d'assurer l'exactitude et l'achèvement de l'analyse et de la preuve et que celles-ci puissent contribuer de manière significative au travail du Tribunal, il précise que la divulgation adéquate et au moment opportun de ces documents mentionnés ci-dessus permettrait à LECG de terminer son analyse.

B. PREUVE DE LA COMMISSAIRE RELATIVE À LA REQUÊTE

a) Affidavit de Catherine A. Lawrence

[21] La commissaire a déposé l'affidavit de Catherine A. Lawrence, l'avocate de la Section du contentieux des affaires civiles à Justice Canada, souscrit le 3 décembre 2003. Elle a fait partie de l'équipe du contentieux représentant la commissaire dans la présente affaire depuis le début de la présente demande, le 31 octobre 2002. Elle a également participé à la préparation de la déclaration de divulgation de la commissaire et, par conséquent, elle se dit au fait des éléments en cause dans l'affidavit en question.

[22] M^{me} Lawrence soutient que, contrairement à la proposition de la défenderesse selon laquelle il manque des documents ou selon laquelle certains d'entre eux n'ont pas été fournis, la commissaire a communiqué tous les documents qu'elle entend utiliser. De plus, elle précise que, dans la mesure où les réponses à l'ordonnance aux termes de l'article 11 communiquées par écrit visent d'autres documents, la commissaire n'entend pas les invoquer à l'audience relative à cette demande.

[23] M^{me} Lawrence affirme au paragraphe 5 de son affidavit que les documents que la commissaire a en sa possession et qui n'ont pas été divulgués à la défenderesse sont énumérés ci-dessous :

- A. Documents que la commissaire n'entend pas utiliser à l'audience relative à la demande, lesquels ont été obtenus de tiers que la commissaire n'a pas l'intention d'appeler à témoigner à l'audience;

- B. Documents que la commissaire n'a pas l'intention d'utiliser à l'audience relative à la demande, lesquels ont été obtenus de tiers que la commissaire a l'intention d'appeler à témoigner à l'audience;
- C. Documents que la commissaire n'entend pas utiliser à l'audience relative à la demande, lesquels se trouvent dans le domaine public et ont été obtenus de diverses sources.

[24] M^{me} Lawrence soutient que la commissaire a obtenu des dossiers liés aux catégories A et B mentionnées ci-dessus dans le cadre de la présente enquête portant sur des pratiques anticoncurrentielles alléguées de la part de la défenderesse, provenant de tiers au moyen d'une combinaison de demande de renseignements informelle, de demandes et d'ordonnances formelles en vertu de l'article 11 de la *Loi*. La commissaire affirme détenir un privilège d'intérêt public sur tous les documents visés par ces catégories. Enfin, M^{me} Lawrence affirme que « de nombreux » [TRADUCTION] documents que la commissaire a obtenus de tiers sont pertinents aux questions en litige dans la présente instance.

b) Affidavit de Madeleine Dussault

[25] La commissaire a également déposé l'affidavit de Madeleine Dussault, souscrit le 4 décembre 2003. M^{me} Dussault est sous-commissaire adjointe, Division A, de la Direction générale des affaires civiles du Bureau, et elle occupe ce poste depuis septembre 1999. Elle s'est jointe au Bureau en 1986 et elle a de l'expérience dans le domaine des enquêtes, de l'analyse et de la préparation de dossiers relatifs aux enquêtes visées par la *Loi*. Par conséquent, M^{me} Dussault indique qu'elle est au courant des responsabilités législatives du Bureau et du cadre opérationnel et stratégique mis en œuvre pour réaliser ce mandat.

[26] Dans son affidavit, M^{me} Dussault atteste que la confidentialité est de mise afin de protéger à la fois l'intégrité du processus d'enquête du Bureau et les renseignements commerciaux sensibles qui sont présentés au bureau par d'autres sources. Cet élément se traduit par l'un des cinq principaux principes directeurs du Bureau. Dans le cadre de son processus d'enquête, le Bureau demande aux concurrents, fournisseurs et clients de fournir des renseignements commerciaux sensibles et exclusifs. Ces renseignements permettent de brosser un tableau de l'état de la concurrence dans des industries précises comme le produit pertinent et les marchés géographiques, les obstacles à l'entrée, les parts du marché, les pratiques anticoncurrentielles alléguées et l'incidence concurrentielle de ces pratiques anticoncurrentielles alléguées.

[27] M^{me} Dussault atteste que le recours à l'article 29 de la *Loi* favorise une divulgation franche et entière de renseignements au Bureau. S'appuyant sur son expérience, M^{me} Dussault précise que les fournisseurs et les concurrents n'accepteraient pas de livrer volontairement des renseignements s'ils n'étaient pas convaincus que la confidentialité était assurée, et la capacité du Bureau à cueillir des renseignements essentiels serait sérieusement compromise sans une telle assurance. Par conséquent, sans la collaboration de tiers participants du marché, le Bureau ne serait pas en mesure de s'acquitter adéquatement de son mandat conformément à la *Loi*.

[28] M^{me} Dussault atteste que le Bureau a adopté comme pratique d'expliquer sa politique de confidentialité lorsqu'il recueille des renseignements et que, par conséquent, il prendra les mesures nécessaires pour protéger les renseignements obtenus dans le cadre de ses examens et enquêtes qu'il n'entend pas utiliser dans l'instance.

VI. LA DEMANDE SOUS-JACENTE

[29] Dans la demande, la commissaire indique que Tuyauteries Canada contrôle sensiblement l'approvisionnement des produits dans les six marchés géographiques, et que, de plus, elle contrôle le marché national. La commissaire allègue que Tuyauteries Canada s'est livrée à la pratique de l'exclusivité au moyen de son PDS, grâce auquel elle offre des rabais aux distributeurs et aux entrepreneurs qui utilisent uniquement la gamme de produits de Tuyauteries Canada. La commissaire allègue également au paragraphe 2 de l'exposé des motifs et des faits substantiels joint à la demande, que cette pratique a eu, a, ou aura vraisemblablement comme effet de diminuer ou de prévenir la concurrence entre les fabricants et les importateurs de tuyauterie et de raccords mécaniques pour tuyaux en fonte pour l'utilisation de produits d'évacuation et de ventilation, dans six régions du Canada.

[30] Un examen de la demande permet de constater que les facteurs présentés ci-dessous sont pertinents aux questions en litige : la définition du marché pertinent; la position de Tuyauteries Canada dans ce marché défini; l'incidence du PDS sur les participants de l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et à savoir si le PDS avait des effets anticoncurrentiels. En fait, la commissaire avait cherché à obtenir des renseignements importants relatifs à ces facteurs durant l'enquête liée à la pratique anticoncurrentielle alléguée de Tuyauteries Canada. L'affidavit de Jean-Marc Boileau déposé à l'appui de la demande par la commissaire visant une ordonnance aux termes de l'article 11 rendue par la Cour supérieure du Québec le 8 décembre 2000 indique ce qui suit :

14. Les renseignements que la commissaire cherche à obtenir sont liés aux pratiques commerciales, au contrôle et aux pratiques en matière d'application de Bibby Ste-Croix en ce qui a trait à la vente de tuyaux et raccords d'évacuation d'eaux usées en fonte au Canada.
15. Les renseignements que la commissaire cherche à obtenir sont liés à l'incidence concurrentielle des pratiques commerciales, au contrôle et aux pratiques en matière d'application de Bibby Ste-Croix en ce qui a trait à la vente de tuyaux et raccords d'évacuation d'eaux usées en fonte au Canada.
16. Afin d'évaluer l'incidence concurrentielle des pratiques commerciales, du contrôle et des pratiques en matière d'application de Bibby Ste-Croix, les renseignements requis remontent à 1996, un an avant l'adoption par Bibby Ste-Croix de ces pratiques alléguées qui sont visées par cette demande concernant la vente de tuyaux et raccords d'évacuation d'eaux usées en fonte au Canada. Ainsi, la commissaire recevra les renseignements requis pour effectuer une analyse comparative de l'incidence de telles pratiques dans le marché.

[TRADUCTION]

VI. ARGUMENTS DES PARTIES

A. POSITION DE TUYAUTERIES CANADA RELATIVE À LA REQUÊTE

[31] Tuyauteries Canada soutient que la commissaire devrait être tenue de fournir d'autres documents pertinents. Avant les modifications apportées aux Règles en 2002, le Tribunal a maintes fois souligné l'importance d'une divulgation adéquate pour les défendeurs. Tuyauteries Canada s'appuie sur *Canada (Commissaire de la concurrence) c United Grain Growers Ltd* (2002), 21 CPR (4^e) 140, paragraphe 151. Tuyauteries Canada s'appuie également sur la décision récente *Canada (Commissaire de la concurrence) c Sears Canada Inc*, [2003] DTCC n° 16, 2003 Trib conc 19 [Sears] rendue conformément aux Règles actuelles. Dans cette décision, au paragraphe 33, Madame la juge Dawson s'est exprimée en ces termes :

« [...] Je suis convaincue que le droit de présenter une défense pleine et entière entraîne le droit d'être au courant de la totalité des renseignements qui ont été communiqués à la commissaire dans les affidavits sur lesquels elle a choisi de s'appuyer, plus particulièrement lorsque les renseignements non divulgués sont pertinents aux questions en litige comme la définition du marché géographique. » [TRADUCTION]

[32] Tuyauteries Canada reprend le critère en matière de divulgation supplémentaire adopté par Madame la juge Dawson dans *Sears*, de la manière suivante. Tuyauteries Canada soutient qu'il a été conclu qu'il faut autoriser la divulgation supplémentaire :

« 1) lorsque la défenderesse précise ou spécifie les renseignements pertinents qui contribuent à lui permettre de bien comprendre ce qu'il lui faudra prouver; 2) lorsque la défenderesse démontre qu'il lui est impossible d'obtenir les documents demandés; 3) lorsqu'aucun préjudice résultant d'un retard ne pouvant être compensé par l'adjudication des dépens ne sera occasionné; et 4) lorsqu'il existe une possibilité que le droit de la défenderesse à une audience équitable risque d'être compromis dans le cas d'un refus de lui accorder la divulgation supplémentaire demandée. » [TRADUCTION]

[33] Tuyauteries Canada soutient qu'elle satisfait au critère énoncé par Madame la juge Dawson dans *Sears*, précitée, en ce qui a trait aux documents demandés dans la présente requête. Les documents énumérés par Tuyauteries Canada sont, de toute évidence, pertinents aux questions en litige pour établir ce qu'elle doit savoir et ce qu'elle doit prouver, en particulier les documents pertinents à l'analyse économique que doivent effectuer les experts de Tuyauteries Canada. De plus, Tuyauteries Canada soutient qu'il lui a été impossible d'obtenir des tiers les documents demandés, et qu'il n'a pas été démontré que la commissaire subirait un préjudice si une ordonnance de divulgation était rendue. Enfin, Tuyauteries Canada soutient que ses droits à une audience équitable seront compromis si l'ordonnance de divulgation supplémentaire n'est pas rendue.

[34] Tuyauteries Canada soutient que, puisque la preuve présentée contre elle semble être entièrement fondée sur des plaintes et des éléments de preuve présentés par des tiers, il est extrêmement important pour la défense de Tuyauteries Canada que les documents que la commissaire a en sa possession, ou dont elle a la garde ou le contrôle, et qui sont liés à la crédibilité de ces témoins soient divulgués afin qu'elle puisse adéquatement se défendre sans compromis. De plus, Tuyauteries Canada demande l'accès aux documents et aux renseignements pertinents fournis au Bureau par des tiers afin de pouvoir convenablement informer ses experts en économie et être en mesure de répondre aux témoins experts de la commissaire à propos de questions touchant par exemple à l'analyse comparative.

[35] Enfin, Tuyauteries Canada soutient que le Tribunal devrait répondre favorablement à sa demande en vue de procéder à un interrogatoire préalable d'un représentant de Vandem et d'exiger de ce dernier qu'il fournisse des documents pertinents et réponde aux questions liées aux éléments en litige. Vandem est une concurrente de Tuyauteries Canada qui fabrique et vend de la tuyauterie et des raccords pour tuyaux en fonte à des fins d'utilisation dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. Tuyauteries Canada soutient que la demande de la commissaire a été présentée à la suite d'une plainte par Vandem et que Vandem est la source de certains « [...] éléments de preuve pertinents et convaincants relatifs aux questions en litige dans la présente demande [...] ». [TRADUCTION] Plus précisément, Tuyauteries Canada soutient que les principales allégations soulevées contre elle dans la demande sont que le PDS a constitué un obstacle à l'entrée et qu'il a engendré une série de répercussions anticoncurrentielles. Tuyauteries Canada soutient que la preuve présente par Vandem, eu égard à sa capacité à pénétrer le marché des produits d'évacuation et de ventilation et faire concurrence au PDS, était dans les faits un mensonge qui est au cœur de la preuve sur laquelle s'appuie la commissaire.

B. POSITION DE LA COMMISSAIRE RELATIVE À LA REQUÊTE

[36] La commissaire soutient que la requête est fondée sur l'hypothèse juridique inexacte selon laquelle la norme régissant la divulgation préalable est celle de la pertinence. Cette position est clairement erronée puisque c'est la norme d'utilisation qui est établie dans les Règles. De plus, la défenderesse, Tuyauteries Canada, n'a pas réussi à démontrer le moindre fondement légitime, ni probatoire, ni juridique, pour appuyer le pouvoir discrétionnaire du Tribunal. Un tel pouvoir discrétionnaire ne doit être exercé que dans des circonstances limitées et exceptionnelles, ce que Tuyauteries Canada n'a pas réussi à établir.

[37] La commissaire soutient qu'il faut adopter une approche contextuelle et fondée sur l'objet lorsqu'il s'agit de déterminer la manière d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 21(2)d.1) des Règles. Les Règles fournissent un code complet relatif aux obligations de la commissaire en matière de divulgation, et indiquent une intention sans équivoque de passer d'un interrogatoire préalable à un interrogatoire général sur le fondement d'une affirmation de pertinence. Des motifs convaincants, propres aux circonstances particulières de l'espèce doivent exister afin de s'éloigner du principe général, et il faut tout au moins démontrer un lien entre un document donné et un élément important qui est considéré comme essentiel. La preuve à l'appui de la requête de Tuyauteries Canada consiste essentiellement en une affirmation d'un expert voulant que des documents soient vraisemblablement très pertinents à plusieurs questions en litige. Tuyauteries Canada cherche également à obtenir la divulgation générale des tiers puisqu'une divulgation entière pourrait être pertinente à sa position.

[38] La commissaire soutient que le Tribunal n'a été saisi d'aucun argument crédible ni d'aucune preuve convaincante de la part de Tuyauteries Canada pouvant justifier un retour en arrière en ce qui a trait au processus de l'interrogatoire préalable des grossistes. Tuyauteries Canada n'est pas en mesure de préciser un type particulier de documents pouvant avoir une incidence sur la preuve qu'elle doit présenter. La commissaire soutient également que Tuyauteries Canada ne peut démontrer que sa capacité à présenter sa preuve est compromise et, qu'en fait, elle a présenté une preuve théorique en l'absence de ces documents prétendument pertinents.

[39] Enfin, la commissaire soutient que le fait que Vandem ait été identifiée comme étant l'indicatrice n'équivaut pas à renoncer totalement au privilège qui autrement pourrait être lié à des communications entre ce témoin et le Bureau. Le fait que Vandem est la plaignante ne lui confère aucun statut spécial. La commissaire soutient que Vandem n'est ni plus ni moins qu'un témoin.

VII. ANALYSE

A. COMMUNICATION DE DOCUMENTS

[40] Le 13 février 2002, les Règles ont été modifiées. Plus particulièrement, les articles 4.1 et 5.1 des Règles restreignent la norme anciennement appliquée de la « pertinence » d'une divulgation générale au profit de la norme « d'utilisation ». Bien évidemment, avant les modifications du 13 février 2002, la tendance allait vers une plus grande divulgation de documents, puisque la norme de la pertinence avait une portée beaucoup plus générale. De plus, l'interrogatoire préalable pouvait être accordé par une ordonnance du Tribunal si la demanderesse pouvait démontrer « l'opportunité d'interroger au préalable certaines personnes ou d'obtenir la communication de certains documents [...] ». (alinéa 21(2)d)). Les Règles ajoutent désormais le libellé « [...] et lorsque les circonstances le justifient [...] » (alinéa 21(2)d.1)).

[41] Les règles actuelles n'obligent pas la commissaire à divulguer tous les documents et renseignements pertinents. Ce sont plutôt uniquement les renseignements et les documents qu'elle entend utiliser eu égard à la demande qui doivent être divulgués. L'objet des Règles modifiées a été précisé par Madame la juge Simpson dans une allocution intitulée « *Objectives of the Amendments to the Competition Tribunal's Rules Relating to Reviewable Matters Other than Mergers* » (Objets des modifications apportées aux Règles du Tribunal de la concurrence en matière de questions susceptibles de contrôle à part les fusions) et a été souligné à nouveau au paragraphe 13 de la décision du 8 août 2003 :

Les modifications apportées aux Règles avaient pour but de simplifier les instances du Tribunal. Elles visaient notamment les objectifs suivants : (i) faire en sorte que l'enquête du commissaire soit terminée et que le dossier soit finalisé au moment du dépôt d'une demande auprès du Tribunal; (ii) faire en sorte que les questions en litige soient clairement définies dès le début et soient énoncées dans les déclarations relatives à la communication de renseignements; (iii) simplifier la procédure préalable à l'audience du Tribunal en éliminant les interrogatoires préalables de plein droit; (iv) rendre plus efficace la production des témoignages d'expert. [...].

[42] La tendance vers la procédure expéditive est soulignée encore davantage au paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19 (2^e supp), lequel est précisément rédigé en ces termes :

Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, il appartient au Tribunal d'agir sans formalisme, en procédure expéditive.

[43] Dans la décision du 8 août 2003, je devais décider si les Règles modifiées relatives à la divulgation violaient le droit de la défenderesse à une audience équitable. Après avoir analysé le contenu de l'obligation d'équité à la lumière des cinq facteurs établis par la Cour suprême du Canada dans *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, j'ai conclu comme suit au paragraphe 53 :

[...] le droit de Tuyauteries Canada à une audition impartiale serait respecté par une procédure qui conférerait à l'intimée le droit de savoir ce qu'on entend faire valoir contre elle et le droit d'avoir la possibilité de produire des éléments de preuve au soutien de ses propres arguments. [...]

[44] J'ai poursuivi en indiquant que le changement vers une norme « d'utilisation » dans les Règles n'était pas injuste en soi dans le contexte d'une instance soumise à un tribunal administratif. J'ai également conclu que la nouvelle norme ne viole pas le droit de la défenderesse de connaître tout ce qu'elle doit réfuter puisque sa preuve doit être fondée sur des documents mentionnés dans la déclaration relative à la communication de renseignements, laquelle peut être consultée par la défenderesse avant l'audience. Au paragraphe 58 de la décision que j'ai rendue le 8 août 2003, je me suis exprimé en ces termes :

À mon avis, les rédacteurs des Règles avaient clairement l'intention de modifier la norme de la [TRADUCTION] « pertinence » et de la remplacer par une norme exigeant seulement la communication des documents sur lesquels le commissaire entend se fonder. Tuyauteries Canada soutient que le fait que le commissaire ne communique pas les [TRADUCTION] « mauvais documents », même s'il n'entend pas se fonder sur eux, l'empêche de connaître tout ce qu'elle doit réfuter. Je ne suis pas de cet avis. Les allégations que Tuyauteries Canada doit réfuter sont exposées dans la demande et sont étayées par les documents mentionnés dans la déclaration relative à la communication de renseignements. Tuyauteries Canada demande que lui soient communiqués d'autres documents qui pourraient étayer sa propre thèse, ce qui a peu à voir avec ce qu'elle doit réfuter. Or, les prétentions du commissaire doivent reposer uniquement sur les documents mentionnés dans la déclaration relative à la communication de renseignements du commissaire.

[45] Dans le cadre de cette requête, Tuyauteries Canada demande que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire conformément à l'alinéa 21(2)d.1) des Règles et que je rende une ordonnance obligeant la poursuite de l'interrogatoire préalable de personnes et la communication préalable de documents. Essentiellement, Tuyauteries Canada cherche à obtenir la divulgation de tous les documents et renseignements obtenus par la commissaire dans le cadre de l'enquête liée à la présente instance.

[46] Dans *Sears*, précitée, Madame la juge Dawson a rappelé les motifs pour lesquels, dans une ordonnance relative à cette question qu'elle avait rendue antérieurement, elle avait refusé de permettre la communication préalable des documents ([2003] DTCC n° 1, 2003 Trib conc 2). Elle a indiqué au paragraphe 31 :

« À mon avis, cette situation concorde avec l'ordonnance rendue antérieurement en l'espèce selon laquelle l'interrogatoire préalable demandé a été refusé à l'époque au motif que Sears n'avait pas démontré que la divulgation effectuée n'avait pas permis de connaître les éléments qu'elle devait réfuter et n'avait pas non plus démontré que certains renseignements et documents précis "devaient

être divulgués pour défendre la demande" ou que toute iniquité réelle" en découlerait si l'instance devait être instruite sans que Sears ne dispose d'éléments de preuve précis ». [TRADUCTION]

[47] Le critère énoncé par Madame la juge Dawson repose sur la question à savoir si les documents demandés sont nécessaires pour défendre la demande ou, autrement dit, si l'instruction de l'instance sans la divulgation des éléments de preuve précisément demandés donnerait lieu à une iniquité réelle. Tuyauteries Canada soutient qu'elle satisfait au critère énoncé par Madame la juge Dawson dans *Sears*, précitée, en ce qui a trait aux documents demandés dans la requête.

[48] Je suis convaincu que Tuyauteries Canada a établi que la commissaire a vraisemblablement en sa possession des documents supplémentaires et que ces documents sont probablement pertinents aux questions en litige dans l'espèce.

[49] La commissaire a indiqué, par l'intermédiaire de sa dépositante, concernant la présente requête, qu'en effet, elle a en sa possession des documents obtenus de tiers au sujet desquels elle n'entend pas s'appuyer et qui, par conséquent, n'ont pas été divulgués. Ainsi, je suis convaincu que Tuyauteries Canada ne peut obtenir ces documents non divulgués.

[50] Je reconnais également que Tuyauteries Canada n'étant pas au courant des documents qu'elle cherche à obtenir, il lui est difficile, voire impossible, de présenter des arguments supplémentaires convaincants quant à la nécessité des documents inconnus et non divulgués. Tuyauteries Canada soutient que les documents peuvent contribuer à présenter une défense pleine et entière et allègue qu'il serait inéquitable si l'instance devait être instruite sans qu'elle obtienne ces renseignements. Cependant, cette observation ne peut reposer que sur des conjectures puisque Tuyauteries Canada n'a pas vu les documents.

[51] Essentiellement, l'argumentation de Tuyauteries Canada consiste à dire que les renseignements et les documents obtenus par la commissaire au cours de cette longue enquête « sont vraisemblablement très pertinents à plusieurs questions en litige relatives à la présente demande » [TRADUCTION] et que les documents et renseignements en question « [...] permettraient concrètement [...] » [TRADUCTION] de mener et terminer son analyse économique, rapport d'expert et témoignage. Par conséquent, Tuyauteries Canada soutient qu'il faudrait obliger la divulgation de ces documents non précisés.

[52] Le témoignage de la commissaire relative à la présente requête consiste à dire qu'en ce qui a trait à la présente demande, elle n'utilisera pas les documents non divulgués en sa possession. Ces documents sont ceux obtenus par des tiers que la commissaire appellera à témoigner et ceux obtenus par des tiers qu'elle n'appellera pas à témoigner. Le déposant de la commissaire atteste également que d'autres documents que la commissaire n'entend pas utiliser à l'audience consistent en des documents du domaine public et qui ont été obtenus de diverses sources.

[53] Le critère énoncé par Madame la juge Dawson dans *Sears*, précitée, permet d'établir l'élément qu'il convient de prendre en compte lorsqu'il faut décider s'il y a lieu d'accorder une ordonnance obligeant la communication préalable de documents supplémentaires. Je souscris de manière générale à ses points de vue. Néanmoins, c'est à Tuyauteries Canada qu'il incombe d'établir le fondement probatoire à l'ordonnance demandée. La preuve ne doit pas seulement porter principalement sur des renseignements prétendument nécessaires pour justifier la demande, elle doit également établir toute iniquité réelle pouvant découler de l'obligation d'instruire l'instance sans les renseignements essentiels. Précisément, Tuyauteries Canada soutient que les renseignements demandés sont nécessaires puisqu'ils sont « [...] vraisemblablement pertinents [...] » à une analyse économique et à l'effet d'exclusion allégué du PDS, et des obstacles à l'entrée dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. Tuyauteries Canada soutient que ces renseignements sont sollicités en vue d'informer adéquatement ses experts en économie et de permettre de répondre aux témoins experts de la commissaire sur des questions d'analyse comparative. Sans tenir compte de la nature conjecturale des éléments de preuve contenus dans

l'affidavit présenté à l'appui de l'argument, je ne suis pas convaincu que les renseignements sollicités sont nécessaires. Je ne suis pas convaincu non plus que la non-divulgence de ces renseignements entraînera une iniquité. Tuyauteries Canada bénéficiera des rapports des experts de la commissaire préalablement à l'audience. L'opinion d'un expert est fonction de la qualité des renseignements factuels sur lesquels elle est fondée. Les opinions des experts de la commissaire seront fondées sur des éléments de preuve présentés par la commissaire, lesquelles seront obligatoirement divulguées dans les dépositions de ses témoins non experts. Les prétentions de la commissaire visent strictement les éléments de preuve divulgués dans la déclaration relative à la communication de renseignements. Par conséquent, Tuyauteries Canada disposera de tous les renseignements nécessaires pour informer ses experts en économie, nommément les renseignements invoqués par la commissaire, ce qui devrait comprendre les renseignements sur lesquels les opinions des experts de la commissaire auront été fondées. Ainsi, j'estime que Tuyauteries Canada doit obtenir les documents sollicités pour pouvoir savoir ce qu'elle doit prouver et adéquatement parvenir à le faire. Par ailleurs, aucune iniquité réelle n'a été établie par Tuyauteries Canada.

[54] Tuyauteries Canada soutient également que pour établir sa preuve il importe que soient divulgués les documents qu'elle cherche à obtenir, lesquels permettent d'évaluer la crédibilité des témoins tiers. Je n'arrive pas à me convaincre que la divulgation des documents sollicités est nécessaire pour traiter des questions de crédibilité soulevées par Tuyauteries Canada en ce qui a trait aux tiers. Selon les éléments de preuve dont je suis saisi, je ne peux conclure à la moindre iniquité découlant de l'instruction de l'instance sans que Tuyauteries Canada obtienne les renseignements en question. Avant la tenue de l'audience, Tuyauteries Canada pourra bénéficier des dépositions des témoins des tiers qui seront appelés à témoigner par la commissaire, et aura l'occasion de vérifier leur crédibilité en contre-interrogatoire lors de l'audience. La question de la divulgation des noms et adresses des témoins est traitée ci-dessous.

[55] En l'espèce, rien ne démontre que les documents signifiés par la commissaire ne constituent qu'une divulgation partielle. Et aucun élément de preuve ne m'incite à conclure que la commissaire ne m'a pas entièrement divulgué la preuve qu'elle entend présenter. Tuyauteries Canada appuie ses nombreuses demandes de renseignements que sur des conjectures. Les demandes de Tuyauteries Canada sont fondées sur la prémisse que les documents inconnus sont « vraisemblablement très pertinents » à plusieurs questions en litige. La faiblesse de cet argument saute aux yeux et une ordonnance visant la communication préalable de documents supplémentaires ne peut être rendue sur le fondement d'une telle preuve.

[56] Dans les circonstances de l'espèce, je conclus qu'en ce qui a trait à la communication préalable de documents supplémentaires il n'est pas justifié que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire.

B. INTERROGATOIRE PRÉALABLE DE PERSONNES

[57] J'aborderai maintenant la demande de Tuyauteries Canada en vue d'obtenir une ordonnance visant l'interrogatoire préalable d'un représentant de Vandem. Tuyauteries Canada allègue que c'est une plainte par Vandem qui est à l'origine de la demande et que Vandem est la source de certains « [...] éléments de preuve pertinents et convaincants relatifs aux questions en litige dans la présente demande [...] ». Sur ce fondement, Tuyauteries Canada soutient qu'une ordonnance en vue d'un interrogatoire préalable devrait être rendue.

[58] Comme dans le cas de la communication préalable de documents, il est prévu à l'alinéa 21(2)d.1) que le Tribunal peut considérer la possibilité d'interroger au préalable certaines personnes lorsque les circonstances le justifient. Tuyauteries Canada n'a pas démontré en quoi un représentant de Vandem est différent de tout autre témoin non expert pouvant être appelé à témoigner à l'audience. Les témoins non experts qui doivent être appelés à témoigner par la commissaire ont présenté des dépositions et il est raisonnable de conclure que tous les témoins présenteront des éléments de preuve « pertinents et convaincants » relatifs à la demande. Il est bien établi que le droit à un interrogatoire préalable dans une instance devant le Tribunal n'est pas automatique. L'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas partie à l'instance est une mesure exceptionnelle et l'ordonnance sollicitée ne peut, à mon avis, être rendue simplement au motif qu'un témoin est un plaignant susceptible

de fournir des renseignements pertinents à la demande. Comme il a été antérieurement précisé dans les présents motifs, l'un des objectifs de la modification apportée aux Règles était de simplifier les procédures du Tribunal préalablement à l'audience en éliminant l'interrogatoire préalable en tant que droit. Ordonner l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas partie à l'instance au simple motif que cette personne est une plaignante susceptible de fournir des renseignements pertinents ne serait pas conforme à cet objectif. Qui plus est, Tuyauteries Canada n'a désigné aucun renseignement sollicité précis qui n'a pas été divulgué lors de la disposition des témoins ou qui n'aurait pas pu être obtenu autrement. Essentiellement Tuyauteries Canada redemande la communication préalable de tous les renseignements pertinents de la part de ce témoin. Cette situation ne satisfait pas au critère relatif à la divulgation établi dans les Règles. Dans les circonstances, j'estime que l'interrogatoire préalable du représentant de Vandem n'est pas justifié.

C. PRIVILÈGE D'INTÉRÊT PUBLIC

[59] La commissaire défend la position selon laquelle les renseignements supplémentaires que cherche à obtenir Tuyauteries Canada dans cette requête sont protégés contre la divulgation, de toute façon, par un privilège d'intérêt public. Dans la décision du 8 août 2003, j'ai statué que, si la commissaire invoque un privilège d'intérêt public concernant un document, elle doit le faire avant sa déclaration de divulgation et du fait même renoncer à utiliser le document à l'audience. J'ai conclu que cette interprétation était conforme avec un autre objectif des Règles, notamment, que le processus d'enquête soit terminé avant que la déclaration de divulgation soit déposée et signifiée. Compte tenu de mes conclusions mentionnées ci-dessus, voulant que Tuyauteries Canada ne m'ait pas convaincu qu'il était justifié d'autoriser la communication de documents supplémentaires et la poursuite de l'interrogatoire préalable de personnes, il n'est pas nécessaire de traiter de la question du privilège d'intérêt public. Conformément à la décision que j'ai rendue antérieurement, je considère que la commissaire a renoncé au privilège en ce qui a trait à ces documents et renseignements indiqués dans la déclaration de divulgation. De plus, aucun privilège n'est invoqué à l'égard de tout autre document devant être fourni dans la présente instance. Il en découle donc que la question du privilège d'intérêt public n'est pas en litige dans la présente requête. Toutefois, il n'est pas dit que cette question ne peut être soulevée si la commissaire revendique un privilège sur tout document faisant l'objet d'une ordonnance de production par la suite.

D. OBLIGATION D'ÉQUITÉ DE LA COMMISSAIRE

[60] Bien qu'en vertu des Règles, ce soit maintenant la norme d'utilisation qui dicte l'obligation de divulguer des documents visant la commissaire, cette dernière est tout de même tenue d'exercer ses fonctions de manière équitable.

[61] La commissaire est une fonctionnaire publique à qui d'importants pouvoirs ont été conférés par la loi en vue de recueillir des renseignements et exercer un privilège d'intérêt public. Le serment professionnel de la commissaire, prévu au paragraphe 7(2) de la Loi, lui impose l'obligation d'exercer ses pouvoirs avec impartialité :

Je jure d'exercer (ou affirme solennellement que j'exercerai) avec fidélité, sincérité et impartialité, et au mieux de mon jugement, de mon habileté et de ma capacité, les fonctions et attributions qui me sont dévolues en ma qualité de commissaire de la concurrence. [...] [soulignement ajouté]

Il y a une présomption selon laquelle la commissaire agit de bonne foi.

[62] Dans la présente instance, la commissaire n'est pas une adversaire comme les autres, elle est une fonctionnaire publique obligée par la loi d'agir de façon équitable. De même, les procureurs doivent agir de façon juste. Le juge Rand a énoncé le rôle et l'obligation d'un procureur de la Couronne dans l'arrêt souvent cité *Boucher c La Reine*, [1955] RCS 16 [*Boucher*], pages 23 et 24 :

On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce qu'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

[63] Plus récemment, la juge L'Heureaux-Dubé a réitéré que cette obligation de divulguer des renseignements est inhérente à la responsabilité d'une fonctionnaire publique, comme une procureure de la Couronne dans *R c O'Connor*, [1995] 4 RCS 411 [*O'Connor*], pages 477 et 478

Bien que l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public ait connu un regain de vigueur depuis l'adoption de la *Charte*, en particulier l'art. 7, cette obligation n'est pas subordonnée à la preuve préalable de l'existence d'une violation de la *Charte*. La divulgation intégrale et équitable des détails de la preuve est plutôt un aspect fondamental de l'obligation du ministère public d'être au service du tribunal en tant qu'officier public de bonne foi, dont le rôle exclut toute notion de gagner ou de perdre un procès, et consiste plutôt à s'assurer que justice soit rendue: [...] [soulignement ajouté]

[64] Il en découle normalement qu'à l'instar du procureur de la Couronne qui doit être motivé par l'équité plutôt que par la notion de gagner ou perdre un procès, il en va de même pour la commissaire qui doit être motivée par des objectifs d'équité fondamentale et non pas par les gains stratégiques relatifs à l'instance. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que les obligations formulées dans des arrêts de principes en matière criminelle comme *Boucher*, précité, ou *O'Connor*, précité, devraient être directement importées à un contexte de droit administratif. Le Tribunal est un tribunal administratif suivant un processus administratif, et l'équité procédurale doit être ajustée sur mesure de manière à favoriser le processus accéléré en fonction des obligations législatives qui régissent sa procédure. Bien que la norme en matière de divulgation puisse, à juste titre, ne pas être la même selon qu'il s'agisse d'une instance devant le Tribunal ou une instance criminelle, la notion sous-jacente de justice doit être commune dans les deux cas. C'est dans ce contexte que doit s'appliquer la norme d'utilisation.

E. DIVULGATION DES NOMS ET ADRESSES DES TÉMOINS

[65] Tuyauteries Canada cherche à obtenir une ordonnance enjoignant à la commissaire de divulguer immédiatement les noms et adresses de témoins qu'elle entend appeler à témoigner à l'audience. L'article 4.2 des Règles prévoit que, sauf ordonnance contraire du Tribunal, la commissaire doit indiquer les nom et adresse de chacun des témoins visés, au moins deux jours avant la date de leur témoignage. Dans la décision du 8 août 2003, j'ai indiqué que je comprenais difficilement la raison d'être d'une telle règle. J'estime que la divulgation effectuée antérieurement est appropriée et juste. Je ne vois pas comment la commissaire pourrait subir un préjudice en raison d'une ordonnance l'obligeant à divulguer plus tôt les noms et adresses de ses témoins. Aucun argument soutenant le contraire n'a été présenté par la commissaire à l'audience. Dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, j'ordonne que la commissaire communique à Tuyauteries Canada, au moins 30 jours avant la date prévue de l'audience, les noms et adresses de tous les témoins qui seront appelés à témoigner à l'audience.

[66] À l'audience relative à la présente requête, Tuyauteries Canada a soutenu que puisque certains témoins et avocats résident à Toronto ou dans les environs, la demande devrait être entendue à Toronto. La commissaire a indiqué qu'elle préférerait que l'audience ait lieu à Ottawa. J'ai pris en considération les observations des parties à cet égard et j'ordonne que l'audience ait lieu à Ottawa. Essentiellement, cette affaire a évolué dans le Canada central. Toronto est située relativement à courte distance d'Ottawa et les locaux et le personnel du Tribunal sont à Ottawa. Par souci d'équité et d'efficacité, j'estime que la preuve n'est pas suffisante pour justifier que l'audience ait lieu ailleurs qu'à Ottawa.

IX. CONCLUSION

[67] Compte tenu de l'analyse qui précède, je résume mes conclusions relatives à la requête comme suit :

- a) dans les circonstances, il n'est pas justifié d'autoriser la communication de documents supplémentaires et la poursuite de l'interrogatoire préalable de personnes;
- b) aucune revendication de privilège d'intérêt public relative à la requête n'est soulevée, puisqu'aucune ordonnance visant la poursuite de l'interrogatoire préalable n'est rendue et qu'il est considéré que la commissaire a renoncé à son privilège concernant les renseignements mentionnés dans la déclaration de divulgation;
- c) enjoindre à la commissaire de communiquer à Tuyauteries Canada, au moins 30 jours avant la date prévue de l'audience, les noms et adresses de tous les témoins qui seront appelés à témoigner à l'audience ne lui causera aucun préjudice;
- d) il est considéré que la commissaire a agi avec équité et impartialité dans l'exercice de ses fonctions.

POUR LES MOTIFS MENTIONNÉS CI-DESSUS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[68] La requête visant la communication de documents supplémentaires et la poursuite de l'interrogatoire préalable de personnes est rejetée.

[69] La commissaire signifiera à Tuyauteries Canada, au moins 30 jours avant la date prévue de l'audience, les noms et adresses de tous les témoins qui seront appelés à témoigner à l'audience.

[70] L'audience relative à la demande aura lieu à Ottawa, en Ontario.

[71] Une conférence préalable à l'audience sera organisée, au cours de laquelle les parties pourront s'entendre sur la période d'échange des rapports d'expert et la date du début de l'audience.

[72] Si les parties ne peuvent s'entendre sur les dépens, elles devront présenter leurs observations écrites sur les dépens liés à la requête dans les 30 jours suivant la date de la présente ordonnance.

[73] La requête est à tous autres égards rejetée.

FAIT à Ottawa, le 23 janvier 2004.

SIGNÉ pour le compte du Tribunal par le juge président l'audience.

(signé) Edmond P. Blanchard

COMPARUTIONS :

Pour la demanderesse :

La commissaire de la concurrence :

John A. Campion

Donald J. Rennie

Pour la défenderesse :

Tuyauteries Canada Ltée

Kent E. Thomson

James Doris