



Référence : *Commissaire de la concurrence c Sears Canada Inc*, 2003 Trib conc 25

N° de dossier : CT2002004

N° de document du greffe : 182

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

ET AFFAIRE CONCERNANT une enquête fondée sur le sous-alinéa 10(1)*b*(ii) de la *Loi sur la concurrence* relative à certaines pratiques commerciales de Sears Canada Inc;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande d'ordonnance présentée par le commissaire de la concurrence en vertu de l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Sears Canada Inc
(défenderesse)

Date de l'audience : Le 21 octobre 2003

Devant la membre judiciaire présidant l'audience : Madame la juge Dawson

Date des motifs : Le 27 octobre 2003

Motifs signés par : Madame la juge Eleanor R. Dawson



MOTIFS CONCERNANT LA REQUÊTE DE LA DÉFENDERESSE PRÉSENTÉE EN VUE D'OBTENIR L'AUTORISATION DE MODIFIER LE SOMMAIRE DE LA DÉPOSITION DES TÉMOINS DÉJÀ SIGNIFIÉ ET DE MODIFIER LA DÉCLARATION RELATIVE À LA COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS

La requête

[1] Le 17 octobre 2003, soit le vendredi précédant le début de la présente audience fixée au 20 octobre 2003, la défenderesse, Sears Canada Inc (« **Sears** »), a déposé une requête en vue d'obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration relative à la communication de renseignements afin de : (1) modifier le sommaire de la déposition de M. William McMahon (directeur général des activités automobiles), de M. Harry McKenna (directeur de la commercialisation au détail) et de M. Paul Cathcart (directeur des produits pour la maison et des produits durables); (2) ajouter le sommaire de la déposition de M. Vince Power (directeur des communications intégrées) et de Mme Bonnie Drever (analyste des activités), conformément au modèle prévu à l'annexe A de son avis de requête. Subsidiairement, Sears a demandé une directive visant à préciser qu'elle était autorisée à présenter des éléments de preuve provenant des cinq personnes dont l'identité a été révélée dans l'annexe A. Le commissaire a déposé ses documents de réponse le mardi 21 octobre 2003 et la requête a été entendue cette même journée.

[2] Par la suite, le Tribunal de la concurrence (le « **Tribunal** »), pour des motifs qui seront prononcés par écrit, a accueilli la requête de Sears visant à obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration relative à la communication de renseignements afin de modifier le sommaire de la déposition de MM. McMahon, McKenna et Cathcart. Les autres mesures de redressement sollicitées ont été refusées et la question des dépens a été reportée. Voici les motifs de cette ordonnance.

Les faits

[3] Autour du 10 octobre 2003, les avocats du commissaire ont reçu signification des nouveaux sommaires de déposition et des sommaires de déposition modifiés. La signification a été rejetée au motif que l'autorisation de modifier la déclaration relative à la communication de renseignements n'avait pas été obtenue conformément au paragraphe 5.1(3) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/94-290 (les « **Règles** »). La défenderesse, Sears, a ensuite déposé la présente requête en vue d'obtenir des directives. Sears a déposé l'affidavit de Mme Susan E. Rothfels, établi sous serment le 17 octobre 2003, pour étayer la requête. Mme Rothfels est une avocate faisant partie de l'étude d'avocats qui représente Sears dans la présente affaire. Les sommaires de déposition existants et ceux proposés étaient joints à l'affidavit. Opposé à la requête, le commissaire a déposé l'affidavit d'un agent du droit de la concurrence, M. George A. Weber, daté du 21 octobre 2003. Les avocats de Sears ont souhaité contre-interroger l'agent du droit de la concurrence au sujet de cet affidavit et, afin d'accélérer l'examen de la présente affaire, ont souhaité que ce contre-interrogatoire soit mené devant le Tribunal.

[4] En ce qui concerne la nature des modifications proposées, différents types de modifications ont été apportées à la version originale du sommaire de la déposition des témoins. La modification la plus importante a été apportée au sommaire de la déposition de M. McMahon. L'ancienne version de ce sommaire comportait 25 paragraphes, alors que la nouvelle version n'en comprend plus que six. Une grande partie des renseignements figurant dans le sommaire initial ont été supprimés, ce qui a grandement restreint la portée de la nouvelle version. Cependant, les renseignements contenus dans le sommaire initial de M. McMahon étaient très semblables à ceux contenus dans le sommaire initial de M. Cathcart, dont la version modifiée ne diffère que d'un seul paragraphe. Les renseignements supprimés de l'ancien sommaire de la déposition de M. McMahon figurent donc encore dans la nouvelle version du sommaire de la déposition de M. Cathcart.

[5] En ce qui concerne le fond des modifications proposées, M. Weber a indiqué, lors de son

contre-interrogatoire, qu'il n'était pas surpris par les changements apportés aux trois sommaires de déposition.

[6] Les nouveaux sommaires de déposition étaient tous les deux assez succincts. Celui de Mme Drever ne comprenait que deux paragraphes. Sa déposition laisse entendre qu'elle devait témoigner au sujet d'un tableau qu'elle a préparé et qui a été remis aux avocats du commissaire le 10 octobre 2003. Ce tableau n'était pas joint au sommaire de la déposition. Les renseignements figurant dans le tableau se rapportaient à des événements qui se sont produits en 1999; toutefois, le tableau a été préparé peu de temps avant d'être envoyé aux avocats du commissaire le 10 octobre 2003.

[7] Le sommaire de la déposition de M. Power comprenait onze paragraphes, mais, selon M. Weber, les renseignements y figurant avaient, dans l'ensemble, été communiqués au commissaire. Toutefois, étant donné que Sears n'a pas fait connaître son intention de fonder sa déclaration relative à la communication de renseignements sur le témoignage de M. Power, le commissaire n'a pas eu l'occasion de déterminer si l'on pouvait établir devant le Tribunal que les circonstances justifiaient l'interrogatoire oral préalable de M. Power, comme le prévoit l'alinéa 21(2)d.1) des *Règles*.

La preuve à l'appui de la requête

[8] Sears allègue qu'elle a besoin de la preuve figurant dans la version modifiée du sommaire de la déposition des témoins afin de pouvoir répondre complètement et équitablement dans le cadre de la présente instance. La preuve que Sears a présentée au Tribunal figure dans l'affidavit de Mme Rothfels et énonce ce qui suit :

6. M. Kennedy m'informe, et je le crois, que, dans le cadre des enquêtes et de la préparation en vue de l'audition de la présente instance, qui devrait débuter le 20 octobre 2003, les avocats ont rencontré MM. McMahon, McKenna et Cathcart. M. Kennedy m'informe, et je le crois, que, lors de ces rencontres, les avocats ont obtenu des renseignements supplémentaires au sujet des responsabilités professionnelles de chacun des témoins leur permettant ainsi d'être mieux placés pour présenter certains éléments de preuve que Sears avait déjà communiqués au commissaire au moyen du sommaire de la déposition des témoins, de documents et de la communication de la preuve. MM. Kennedy et McNamara ont aussi appris qui avait rédigé ou avait aidé à préparer les différents documents sur lesquels Sears entendait se fonder, lesquels devaient, par conséquent, être présentés comme preuve.

7. Après avoir obtenu ces renseignements, ils ont déterminé que Vince Power, qui était le directeur national des opérations au cours de la période en question (et qui est maintenant le directeur des communications intégrées), et Bonnie Drever, qui est analyste des activités chez Sears, étaient plus à même de présenter certains éléments de preuve au nom de Sears, des éléments que MM. McNamara et Kennedy ont jugés pertinents et essentiels à la réponse de Sears dans le cadre de la présente instance.

8. Mme Drever a réalisé certains rapports contenant des données numériques au sujet des ventes qui s'avèrent pertinentes en l'espèce. M. Kennedy m'informe que certains de ces rapports ont été préparés par Mme Drever après la livraison du sommaire de la déposition des témoins, en décembre 2002, et ont été invoqués par les experts dont Sears a retenu les services.

12. MM. McNamara et Kennedy m'informent que Sears a besoin de la preuve décrite dans la version modifiée du sommaire de la déposition des témoins afin de pouvoir répondre complètement et équitablement dans le cadre de la présente instance.

Les règles du Tribunal applicables

[9] Les paragraphes 5.1(1) et (2) des *Règles* prévoient que, dans les 14 jours suivant la signification de sa réponse, un défendeur signifie au commissaire une déclaration relative à la communication de renseignements, laquelle comportera un sommaire de la déposition des témoins non experts. Ces paragraphes se lisent comme suit :

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.

[10] Les paragraphes 4.1(3) et 5.1(3) des *Règles*, qui s'appliquent respectivement au commissaire et à un défendeur, exigent que le Tribunal accorde l'autorisation de modifier une déclaration relative à la communication de renseignements. Le paragraphe 5.1(3) des *Règles*, qui s'applique à Sears, prévoit ce qui suit :

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. [Pas en italique dans l'original.]

Le contexte des nouvelles règles

[11] Les modifications qui ont été apportées aux *Règles* en ce qui concerne les affaires susceptibles d'examen autres que les fusionnements sont entrées en vigueur le 13 février 2002 (date à laquelle elles ont été publiées dans la *Gazette du Canada, Partie II* [Vol 136, n° 4]). Ces modifications se trouvent aux articles 4.1, 4.2, au paragraphe 5(2), aux articles 5.1, 5.2, 13.1, 13.2, à l'alinéa 21(2)d.1) et aux articles 22.1, 48.1 et 48.2 des *Règles* et, bien sûr, comprennent l'article 5.1 des *Règles* qui s'applique dans le cadre de la présente requête. Comme indiqué dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, également publié dans la *Gazette du Canada, Partie II*, les modifications visent à faire en sorte que les instances soient « instruites avec le moins de formalisme et le plus de célérité possible tout en préservant l'équité du processus » (*Gazette du Canada* à la p 432).

[12] Le juge Blanchard, membre judiciaire présidant l'audience au Tribunal, a rappelé clairement les objectifs de ces règles dans *Commissaire de la concurrence c Tuyauteries Canada Ltée*, 2003 Trib conc 15. Au paragraphe 13, il a écrit ce qui suit :

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.

Les arguments des parties

[13] Les avocats de Sears soutiennent que des éléments de preuve se rapportant aux questions soulevées dans la réponse de Sears sont apparus au cours des enquêtes et de la préparation de la présente instance. Les avocats font valoir que d'autres témoins sont en mesure de présenter les éléments de preuve déjà communiqués dans la déclaration de Sears. Par conséquent, Sears soutient qu'elle a besoin de la preuve figurant dans la version modifiée du sommaire de la déposition des témoins afin de pouvoir répondre complètement et équitablement dans le cadre de la présente instance.

[14] Les avocats de Sears soutiennent que, parmi les considérations d'équité dont doit tenir compte un tribunal comme le Tribunal de la concurrence, on compte notamment le fait de donner à un défendeur l'occasion de répondre complètement et équitablement aux allégations qui pèsent contre lui. Sears renvoie à la décision rendue dans *Baker c Canada (Ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté)*, [1992] 2 RCS 817. Par ailleurs, Sears se fonde sur le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19, qui prévoit que, dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, il appartient au Tribunal d'agir sans formalisme, en procédure expéditive. En ce qui concerne le paragraphe 5.1(3) de la *Loi*, les avocats font valoir qu'il devrait être interprété de sorte à tenir compte du fait que les éléments de preuve peuvent évoluer ou être clarifiés entre le moment où les déclarations relatives à la communication de renseignements sont échangées et l'audience.

[15] Les avocats du commissaire soutiennent que les modifications apportées à la version originale du sommaire de la déposition des témoins modifient de façon importante les renseignements fournis précédemment. Les avocats font valoir que : (1) certains renseignements nouveaux qui ne figuraient pas dans la version originale du sommaire de la déposition des témoins ont été ajoutés; (2) certains renseignements qui ne figuraient pas dans la version originale du sommaire de la déposition des témoins ont été retirés de la version modifiée; (3) certains éléments de preuve sont présentés par une autre personne que celle initialement désignée.

[16] Les avocats du commissaire soutiennent que, pour que le Tribunal puisse autoriser la modification du sommaire de la déposition des témoins, selon la forme présentée par Sears dans sa version modifiée, et pour qu'il puisse autoriser la modification de la déclaration relative à la communication de renseignements de sorte que soient ajoutés deux nouveaux sommaires de déposition, Sears doit démontrer que les renseignements sont « nouveaux » et « ont été découverts » avant l'audition. Les *Règles* ne définissent pas le terme « nouveaux ». Le commissaire a soutenu que le critère devrait être de même nature que celui prévu à l'article 351 des *Règles des Cours fédérales*, 1998, à savoir que de nouveaux éléments de preuve sont admissibles à condition qu'ils n'aient pu être communiqués ou obtenus avec toute la diligence raisonnable avant la fin de l'audience faisant l'objet de l'appel.

Analyse

[17] Comme cela a déjà été mentionné, les modifications pertinentes apportées aux *Règles* visaient à simplifier les instances. Les règles portant sur la communication de renseignements, figurant aux paragraphes 4.1(3) et 5.1(3) des *Règles*, ont pour but de veiller à ce que les questions soient clairement définies dès le début de l'affaire en prévoyant des déclarations relatives à la communication de renseignements qui comportent un sommaire de la déposition des témoins non experts. L'objet de la règle est clair : ni le commissaire ni le défendeur ne sont autorisés à divulguer de manière fragmentée le fondement et les preuves de témoins non experts à l'appui de leur dossier.

[18] Par conséquent, je suis d'accord avec l'argument avancé par les avocats du commissaire voulant que le terme « nouveaux », figurant au paragraphe 5.1(3) des *Règles*, doive être interprété comme des renseignements qui n'auraient pas pu être communiqués ou obtenus avec toute la diligence raisonnable avant le dépôt de la déclaration relative à la communication de renseignements.

[19] En ce qui concerne les versions modifiées des trois sommaires de déposition, après avoir entendu le contre-interrogatoire de M. Weber, je suis convaincue qu'aucun nouveau renseignement n'a été ajouté dans les versions modifiées des sommaires de déposition, en ce sens que les renseignements avaient été mis à disposition plus tôt et avaient été communiqués au commissaire. Toutefois, aucun préjudice ou retard ne pourrait découler du fait d'autoriser ces changements. Il ne me semble pas évident qu'une partie soit tenue de présenter tous les éléments de preuve énoncés dans un sommaire de la déposition des témoins ainsi que la plupart des modifications relatives à la suppression de renseignements. L'audition pourrait fort bien être simplifiée si l'on évitait la répétition inutile des éléments de preuve. Pour ces raisons, les changements apportés à l'actuel sommaire de la déposition des témoins ont été accueillis.

[20] En ce qui concerne les nouveaux sommaires de déposition de M. Power et de Mme Drever, les avocats de Sears n'ont présenté aucune preuve permettant de démontrer que les renseignements n'avaient pas été mis à disposition au moment où Sears a déposé sa déclaration relative à la communication de renseignements. La preuve indiquait simplement que dans le cadre des enquêtes et de la préparation en vue de l'audience, les avocats ont obtenu des renseignements supplémentaires au sujet des responsabilités professionnelles de chacun des témoins leur permettant ainsi d'être mieux placés pour présenter certains éléments de preuve que Sears avait déjà communiqués, et ont appris qui avait rédigé ou avait aidé à préparer les différents documents sur lesquels Sears entendait se fonder.

[21] Seuls des éléments de preuve de nature générale ont été présentés au paragraphe 12 de l'affidavit de Mme Rothfels quant à la nécessité d'obtenir les autres éléments de preuve.

[22] J'ai estimé que le fait d'accueillir la requête de Sears visant à obtenir l'autorisation d'ajouter le sommaire de la déposition de deux nouveaux témoins, M. Power et Mme Drever, serait contraire au paragraphe 5.1(3) des *Règles*, lequel prévoit qu'une personne peut, avec la permission du Tribunal, modifier sa déclaration en cas de découverte, avant l'audition, de nouveaux renseignements se rapportant aux questions soulevées dans la réponse. Sears n'a pas réussi à établir qu'il s'agissait de nouveaux renseignements qui n'avaient pas été communiqués ou qui n'avaient pas été vérifiés avec toute la diligence raisonnable avant la signification de la déclaration au commissaire. La présentation tardive de la présente requête, associée au maigre dossier de preuve à l'appui de la requête, m'ont amenée à conclure que Sears ne devrait pas être autorisée à ajouter les deux nouveaux sommaires de déposition.

[23] L'autorisation de ces modifications irait à l'encontre du libellé, de l'esprit et de l'objet des nouvelles règles. Le fait de permettre à une partie de compléter sa déclaration avec des renseignements qui, avec toute la diligence raisonnable, étaient mis à disposition plus tôt, pourrait également entraîner un retard.

[24] J'ai examiné attentivement l'argument de Sears selon lequel, par souci d'équité, elle devrait être autorisée à ajouter les deux autres sommaires de déposition. Toutefois, les *Règles du Tribunal* ont donné à Sears toutes les chances de répondre aux allégations portées contre elle dans sa réponse et dans sa déclaration relative à la communication de renseignements. En outre, aucune raison satisfaisante n'a été donnée pour justifier le fait qu'une demande de modification de la déclaration n'aurait pas pu être présentée plus rapidement.

[25] Dans d'autres contextes, les parties ont été tenues de respecter l'exigence voulant la divulgation rapide et complète du fondement de leurs arguments, et n'ont pas été autorisées à corriger ultérieurement les lacunes en apportant des ajouts aux faits sur lesquels elles entendaient se fonder. À titre d'exemple, voir *AB Hassle c Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* [2000] ACF n° 855 (FCAF).

FAIT à Ottawa, ce 27^e jour d'octobre 2003.

SIGNÉ au nom du Tribunal par la membre judiciaire présidant l'audience.

(s) Eleanor R. Dawson

COMPARUTIONS

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence
John L. Syme
Arsalaan Hyder

Pour la défenderesse :

Sears Canada Inc

William W. McNamara
Marvin J. Huberman
Stephen A. Scholtz
Teresa J. Walsh
Abbas Sabur (stagiaire en droit)