

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *Le commissaire de la concurrence c Live Nation Entertainment, Inc et autres*,
2018 Trib conc 17

N° de dossier : CT-2018-005

N° de document du greffe : 102

DANS L’AFFAIRE d’une demande du commissaire de la concurrence en vue d’obtenir des ordonnances en application de l’article 74.1 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, concernant un comportement susceptible d’examen visé par l’alinéa 74.01(1)a) et l’article 74.05 de la Loi;

ET DANS L’AFFAIRE d’une requête déposée par le commissaire de la concurrence en vue d’obtenir de nouveaux affidavits de documents plus complets et d’autres réparations.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Live Nation Entertainment, Inc, Live Nation Worldwide, Inc, Ticketmaster Canada Holdings ULC, Ticketmaster Canada LP, Ticketmaster LLC, The VIP Tour Company, Ticketsnow.com, Inc, et Tnow Entertainment Group, Inc
(défenderesses)



Date de l’audience : le 12 octobre 2018

Membre : le juge M. Phelan

Date des motifs de l’ordonnance et de l’ordonnance : le 17 octobre 2018

MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE CONCERNANT LA REQUÊTE DÉPOSÉE PAR LE COMMISSAIRE EN VUE D’OBTENIR DE NOUVEAUX AFFIDAVITS DE DOCUMENTS PLUS COMPLETS ET D’AUTRES RÉPARATIONS

I. NATURE DE LA PROCÉDURE

[1] Le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») a présenté une requête en vue de faire produire par les défenderesses de nouveaux affidavits de documents plus complets et d'obtenir d'autres réparations en raison du défaut des défenderesses d'effectuer une recherche adéquate des documents pertinents et de les produire.

[2] La requête s'inscrit dans le cadre d'une demande par laquelle le commissaire allègue un comportement interdit aux termes de l'alinéa 74.01(1)a) et de l'article 74.05 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34 (la « **Loi** ») puisqu'au moins l'une des défenderesses aurait adopté des pratiques commerciales trompeuses en promouvant la vente de billets au public à des prix qui, en fait, ne sont pas abordables.

[3] Le Tribunal a établi un échéancier jusqu'à la date de l'audience, lequel prévoyait la production d'affidavits de documents. Comme le temps est un facteur important, il est nécessaire de trancher rapidement la requête du commissaire.

[4] Cinq des défenderesses (Live Nation Entertainment, Inc, Live Nation Worldwide, Inc, Ticketmaster Canada Holdings ULC, The VIP Tour Company et Ticketsnow.com, Inc) ont fourni des affidavits de documents qui ne contenaient aucune liste de documents (les « **affidavits de documents nuls** »). Ces cinq défenderesses ainsi que les trois autres sont des sociétés liées à Live Nation Entertainment, Inc, qui se situe au sommet de la hiérarchie.

[5] Les affidavits de documents nuls expliquaient ce qui suit :

[TRADUCTION] Le présent affidavit divulgue, au mieux de ma connaissance et de ma croyance, tous les documents pertinents pour les questions soulevées dans la demande qui sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de (nom de la défenderesse). Les documents énumérés ci-après, le cas échéant, ont été identifiés au moyen d'un examen assisté par la technologie et étaient en la possession, sous l'autorité ou sous la garde d'une personne responsable principalement employée par (nom de la défenderesse).

[6] Le commissaire a soulevé les points suivants :

- a) La recherche de documents était de toute évidence inadéquate puisque la quantité de documents qu'elle a permis de produire était inférieure aux attentes; il était simplement invraisemblable que ces défenderesses n'aient eu aucun document en leur possession. Dans certains cas, les documents que le commissaire avait obtenus d'une défenderesse donnée n'étaient pas mentionnés dans l'affidavit de documents correspondant.
- b) Les affidavits de documents ne contenaient aucune mention des documents qui étaient réellement en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la défenderesse pertinente, même si l'existence du document en question était divulguée dans un autre affidavit de documents.

- c) Des documents de plusieurs catégories portant sur la question des pratiques commerciales, du comportement du consommateur et de l'impact de la publicité des défenderesses n'ont pas été produits.
- d) Certaines allégations de privilège juridique n'étaient pas suffisamment détaillées ou étaient non fondées à première vue.

[7] Le commissaire demande que les défenderesses effectuent une nouvelle recherche de documents plus complète et qu'elles produisent de nouveaux affidavits de documents plus complets pour remédier aux lacunes soulevées ou, à défaut de ce faire, qu'il ait le droit de contre-interroger le déposant des affidavits de documents.

II. RÉSUMÉ DES FAITS

[8] Les défenderesses ont simplement attribué ces diverses lacunes au fait qu'elles avaient effectué des recherches en recourant à une méthode plus moderne, qui consiste à se servir d'une technologie assistée par ordinateur fournie par une entreprise de soutien en recours juridique, soit l'examen assisté par la technologie. Cette méthode a permis l'identification de 2,5 millions de documents qui ont ensuite été soumis à l'examen assisté par la technologie et à des avocats ayant suivi une formation liée au système d'examen assisté par la technologie, lesquels avocats ont par la suite formé des personnes à l'examen assisté par la technologie. En fin de compte, environ 55 000 documents pertinents ont ainsi été identifiés. Toutes ces activités ont eu lieu au cours d'une période relativement courte.

[9] La première étape de la collecte de documents consistait en des entretiens avec les « responsables », soit les personnes susceptibles de posséder certains documents pertinents. Il y avait initialement 28 responsables ayant des documents en leur possession et qui étaient censés être en mesure d'identifier d'autres personnes susceptibles d'avoir des documents pertinents en leur possession. Si une personne n'était pas identifiée comme responsable, même aux échelons les plus élevés où se prenaient les décisions liées aux politiques et aux pratiques de la société, personne ne demandait s'il était possible que cette personne ait des documents pertinents en sa possession. En fait, les défenderesses ont même refusé de poser la question à M. Rapino, le directeur général de la société mère, Live Nation Entertainment, Inc.

[10] En fin de compte, les défenderesses ont trié les documents pertinents mentionnés dans ces affidavits de documents sans préciser quels documents étaient en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de quelles défenderesses. Elles affirment que les documents pertinents ont été produits, mais n'ont simplement pas été identifiés et énumérés de la manière prescrite dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141 (les « Règles »). Selon l'explication générale proposée, les documents ont été identifiés conformément aux principes de Sedona et traités, selon les défenderesses, de manière « proportionnée » eu égard à ce qu'elles étaient tenues de le faire par la loi.

[11] À l'origine, les défenderesses avaient proposé de présenter un seul affidavit de documents pour l'ensemble des défenderesses. Le commissaire s'y est opposé et a exigé des affidavits de documents distincts de chacune d'elles. Les défenderesses ont alors soumis trois affidavits de documents, étant donné que tous les responsables des dossiers étaient

principalement employés par une défenderesse (bien que certaines de ces personnes aient été employées par plus d'une défenderesse). Néanmoins, les huit affidavits de documents étaient signés par le même dirigeant de société, soit le vice-président, Affaires juridiques et contentieux, de Live Nation Entertainment, Inc.

[12] Cette façon de procéder et les divulgations qui en ont découlé sont à l'origine de la présente requête.

III. QUESTIONS À TRANCHER

A. Nouvelles recherches plus complètes

[13] La demande du commissaire à cet égard est prématurée. Il y a deux cadres supérieurs dont les documents doivent encore être produits. Comme l'ont accepté les défenderesses, ces documents seront présentés et pourront éclaircir ce qui n'est pas plus qu'une crainte que la recherche ait été inadéquate, mais cette crainte n'est pas déraisonnable compte tenu de la méthode de production des affidavits de documents adoptée par les défenderesses.

[14] Le recours par les défenderesses à l'examen assisté par la technologie et à d'autres technologies assistées par ordinateur pour identifier et recueillir les documents n'a toutefois fait l'objet d'aucune contestation. À ce stade, c'est l'attribution des documents à chaque défenderesse qui pose principalement problème.

[15] Le Tribunal encourage l'utilisation d'outils modernes pour favoriser le traitement des cas comportant beaucoup de documents lorsqu'ils sont aussi ou plus efficaces et efficaces que la méthode habituelle de collecte et d'examen de documents.

[16] La question des nouvelles recherches plus complètes ne devrait être tranchée qu'après la présentation des nouveaux affidavits de documents plus complets sous une forme et un contenu conformes aux Règles.

B. Nouveaux affidavits de documents plus complets

[17] Selon la défense des défenderesses relative aux affidavits de documents qui sont clairement non conformes, tous les documents pertinents ont, en fin de compte, été communiqués et la méthode utilisée par les défenderesses à cet égard est conforme au paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19, selon lequel il faut « agir sans formalisme, en procédure expéditive » et de manière conforme au principe de la proportionnalité. Les défenderesses s'appuient également sur le paragraphe 2(1) des Règles qui permet au Tribunal de modifier les règles.

[18] Premièrement, le Tribunal souligne qu'en vertu du paragraphe 60(1) des Règles, chaque défenderesse qui est partie à une instance est tenue de signifier un affidavit de documents dans le délai imparti fixé par le Tribunal. En l'espèce, le juge Gascon a établi le délai applicable à la signification des affidavits de documents en question, mais rien n'a été précisé concernant la méthode différente de communication des affidavits de documents des défenderesses.

[19] Les détails quant au contenu des affidavits de documents sont précisés au paragraphe 60(2) des Règles. Ces exigences sont plus que de simples formalités; elles visent à obtenir une énumération des documents pertinents en possession de l'une ou l'autre des parties.

[20] Le point de vue unilatéral d'une partie à l'égard de l'application du principe de la proportionnalité n'équivaut pas à une renonciation aux Règles. Toute partie souhaitant qu'il y ait dérogation à une règle sur le fondement du principe de la proportionnalité doit obtenir l'accord du membre judiciaire chargé de la gestion de l'instance. Toute modification a posteriori de l'application d'une règle doit être une exception rare et je ne suis aucunement disposé à autoriser une telle modification.

[21] Outre le principe de la conformité aux Règles et la nécessité d'une autorisation préalable si l'on veut déroger à une règle, le commissaire a de bonnes raisons d'exiger la signification d'affidavits de documents adéquats.

[22] Le paragraphe 69(2), et plus particulièrement l'alinéa 69(2)c), contient des dispositions, pertinentes pour les procédures civiles, en ce qui a trait à l'autorité des documents créés et les présomptions de preuve fondées sur la possession de documents par un « participant ».

69(2) Dans toute procédure engagée devant le Tribunal ou dans toute poursuite ou procédure engagée devant un tribunal en vertu ou en application de la présente loi :

a) toute chose accomplie, dite ou convenue par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, censée avoir été accomplie, dite ou convenue, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

b) un document écrit ou reçu par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, tenu pour avoir été écrit ou reçu, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

c) s'il est prouvé qu'un document a été en la possession d'un participant, ou dans un lieu utilisé ou occupé par un participant, ou en la possession d'un agent d'un participant, il fait foi sans autre preuve et atteste :

(i) que le participant connaissait le

69(2) In any proceedings before the Tribunal or in any prosecution or proceedings before a court under or pursuant to this Act,

(a) anything done, said or agreed on by an agent of a participant shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have been done, said or agreed on, as the case may be, with the authority of that participant;

(b) a record written or received by an agent of a participant shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have been written or received, as the case may be, with the authority of that participant; and

(c) a record proved to have been in the possession of a participant or on premises used or occupied by a participant or in the possession of an agent of a participant shall be admitted in evidence without further proof thereof and is *prima facie* proof

(i) that the participant had knowledge of the record and its

document et son contenu,

(ii) que toute chose inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a été ainsi que le document le mentionne, et, si une chose est inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par l'agent d'un participant, qu'elle l'a été avec l'autorisation de ce participant,

(iii) que le document, s'il paraît avoir été écrit par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a ainsi été, et, s'il paraît avoir été écrit par l'agent d'un participant, qu'il a été écrit avec l'autorisation de ce participant.

contents,

(ii) that anything recorded in or by the record as having been done, said or agreed on by any participant or by an agent of a participant was done, said or agreed on as recorded and, where anything is recorded in or by the record as having been done, said or agreed on by an agent of a participant, that it was done, said or agreed on with the authority of that participant, and

(iii) that the record, where it appears to have been written by any participant or by an agent of a participant, was so written and, where it appears to have been written by an agent of a participant, that it was written with the authority of that participant.

[Caractères gras ajoutés par le Tribunal]

[23] Les présomptions sont importantes. Malgré la volonté des défenderesses de signifier un affidavit de documents unique pour l'ensemble des défenderesses, ces dernières tiennent à un traitement distinct pour chacune d'elles et à présenter des défenses distinctes. Certaines soutiennent même qu'elles ne peuvent pas être parties à l'action.

[24] La question de la connaissance au sein des sociétés apparentées, du niveau de la hiérarchie et de l'étendue de la connaissance de la présumée publicité trompeuse peut être un facteur important au regard de la responsabilité, des dommages-intérêts ou des autres réparations.

[25] Par conséquent, chaque défenderesse doit préparer un nouvel affidavit de documents plus complet énumérant les documents en lien avec elle. Ces affidavits de documents adéquats peuvent faire naître le besoin d'effectuer des recherches plus complètes de documents pertinents.

C. Documents manquants

[26] Il existe trois catégories de documents qui, quelle qu'en soit la raison, n'ont pas été produits : données sur les mouvements et les parcours de navigation; documents d'évaluation; vidéos.

a. Données sur les mouvements et les parcours de navigation

[27] Par suite de la requête, lors de la plaidoirie, les défenderesses ont convenu de produire les données sur les parcours de navigation, à savoir un relevé des « clics » par ordinateur effectués par les éventuels acheteurs de billets. Cela comprend la collecte de données dans le cadre d'interactions sur les sites Web et les applications mobiles des défenderesses. Il est reconnu que ces données peuvent être pertinentes concernant le comportement des consommateurs en réponse à la publicité trompeuse alléguée. En l'absence de concession de la part des défenderesses, le Tribunal aurait ordonné la production de ces documents.

[28] Les données sur les mouvements s'apparentent aux données sur les parcours de navigation. Il s'agit d'une collecte de renseignements détaillés au sujet de chaque billet acheté sur les sites Web et les applications mobiles des défenderesses.

[29] Ces données sont pertinentes en ce qui a trait aux conséquences de l'affichage des prix des billets à l'ordinateur sur le comportement des acheteurs et peuvent contribuer à quantifier le montant des frais excessifs en lien avec le comportement d'au moins une défenderesse qui aurait adopté une pratique des « prix partiels ».

[30] La communication de ces données doit se faire. Pour autant qu'il puisse parvenir à le faire, le commissaire doit définir plus précisément quels éléments de cet ensemble de données pertinentes il doit obtenir.

b. Documents d'évaluation manquants

[31] Les défenderesses n'ont fourni aucun motif réel justifiant la non-production des évaluations des réactions des consommateurs à l'égard de diverses possibilités d'affichage. Les éléments de preuve fournis dans le cadre de la présente requête établissent leur possible pertinence au regard de l'incidence des frais présentés ainsi que de l'incidence de ces frais sur les recettes associées à ces affichages.

[32] Il faudrait les produire, sauf dans le cas de certaines évaluations de 2010 qui ont déjà été communiquées.

c. Vidéos

[33] Il y a 436 heures de vidéos, dont certaines sont liées, semble-t-il, aux frais affichés. Les vidéos ont été identifiées grâce à la méthode de collecte de données des défenderesses. La quantité de vidéos pertinentes au litige est inconnue puisque les défenderesses ont refusé d'examiner les vidéos en raison de contraintes liées aux coûts et au temps.

[34] Les défenderesses sont tenues de s'efforcer, dans la mesure du possible, de les obtenir et d'en connaître la pertinence (voir *Eli Lilly & Co c Apotex Inc*, 2000 CarswellNat 185, 94 ACWS (3d) 1193, par. 6). Le principe de la proportionnalité n'élimine aucunement l'obligation de déployer des efforts réels.

[35] Le fait que les défenderesses n'ont pour le moment en leur possession aucun document, ou qu'elles n'en ont créé aucun, comme des contrats, des questions préétablies et des documents semblables, qui pourraient aider dans cet exercice de repérage de documents pertinents, n'est pas une raison pour empêcher le commissaire d'avoir accès aux vidéos pertinentes.

[36] Subsidiairement, les défenderesses peuvent remettre la totalité des 7 000 vidéos au commissaire pour qu'il les examine et en établisse la pertinence.

[37] Les vidéos pertinentes doivent être produites. Les défenderesses devront, dans les dix jours, indiquer au commissaire à quel moment elles seront communiquées, à défaut de quoi le commissaire pourra solliciter une ordonnance exigeant que toutes les vidéos lui soient remises afin qu'il puisse en évaluer la pertinence.

D. M. Rapino

[38] Comme il a été indiqué précédemment, M. Rapino est le cadre dirigeant de Live Nation Entertainment, Inc. Le commissaire a demandé aux défenderesses de produire tout document pertinent que ce dernier pourrait avoir en sa possession. À la demande du commissaire, les documents de deux autres cadres supérieurs sont en voie d'être communiqués.

[39] Les défenderesses se sont montrées réticentes, et ont presque refusé de prendre la peine de faire cette demande à M. Rapino au motif qu'il n'avait pas, auparavant, été identifié comme une personne pouvant vraisemblablement avoir en sa possession des documents pertinents. Elles ne savent simplement pas s'il possède des documents pertinents et n'ont fait aucun effort raisonnable pour le savoir non plus.

[40] Compte tenu de son poste au sein de l'organisation de la défenderesse, il est plus que raisonnable de s'informer auprès de M. Rapino. La réponse à la question de savoir s'il a des documents en sa possession et, le cas échéant, lesquels, pourrait constituer une preuve importante quant à l'ampleur de la participation des diverses défenderesses aux présumées activités trompeuses.

[41] Comme il a été indiqué à l'audience, les défenderesses doivent s'informer au sujet de M. Rapino concernant les documents pertinents qu'il pourrait avoir en sa possession, et s'il s'avère qu'il en a, elles doivent les produire sans tarder.

E. Documents protégés

[42] Selon la plainte déposée par le commissaire, l'allégation de privilège des défenderesses n'est pas conforme à l'article 60 des Règles en ce qui a trait à plusieurs documents. Le commissaire demande au Tribunal d'examiner les documents en question et de rendre une décision relativement à l'allégation de privilège.

[43] La recherche relative aux documents protégés était quelque peu différente de la recherche liée à l'examen assisté par la technologie. La recherche liée aux documents protégés était une recherche faite à partir de mots clés. Il semble que certains documents aient été transférés d'une

catégorie de privilèges à une autre au fur et à mesure que la question de l'examen évoluait vers un règlement.

[44] Avant qu'une ordonnance soit rendue par le Tribunal concernant un examen individuel de documents protégés ou même d'un échantillon de tels documents, les défenderesses devraient fournir de nouvelles précisions plus complètes.

[45] Concernant le privilège relatif au litige, les défenderesses doivent préciser quel litige vise l'allégation de privilège.

[46] Pour ce qui est de l'allégation de secret professionnel liant l'avocat à son client, le fait que la communication n'ait pas eu lieu entre un avocat et un client n'est pas déterminant, mais indique plutôt à première vue une preuve du privilège. Plusieurs documents énumérés ne contiennent aucune précision quant au fondement de l'allégation; ce point est particulièrement important lorsqu'il ne s'agit pas d'une communication avec un avocat.

[47] Dans leur préparation des nouveaux affidavits de documents plus complets devant être signifiés, les défenderesses doivent fournir une description plus complète de l'objet de l'allégation sans divulguer le privilège. Des descriptions du genre « objet : allégation liée à l'emploi » ou « objet : interprétation du contrat » ou des descriptions du même type devraient suffire à satisfaire à première vue à l'obligation de communication.

[48] Après l'observation de ces directives, s'il existe des problèmes à l'égard de l'allégation de privilège, ils pourront être soulevés devant le Tribunal.

IV. ÉCHÉANCIER

[49] Les défenderesses ont indiqué que les affidavits de documents révisés pour consigner les nouveaux documents produits seront signifiés le 2 novembre 2018. Compte tenu des interrogatoires préalables à venir, en l'absence d'une entente avec le commissaire, les nouveaux affidavits de documents des défenderesses devront tenir compte des directives contenues dans les présents motifs.

LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[50] Les défenderesses doivent se conformer aux présents motifs.

[51] Les dépens de la requête doivent être adjugés au commissaire, quelle que soit l'issue de la cause.

FAIT à Ottawa, ce 17^e jour d'octobre 2018

SIGNÉ au nom du Tribunal par le membre judiciaire président l'audience.

(s) Michael Phelan

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Pour le demandeur

Le commissaire de la concurrence

François Joyal
Derek Leschinsky
Ryan Caron
Katherine Rydel
Paul Klippenstein

Pour les défenderesses

Live Nation Entertainment, Inc et autres

Mark Opashinov
David W. Kent
Guy Pinsonnault
Adam D.H. Chisholm
Joshua Chad