

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *Le commissaire de la concurrence c NuvoCare Health Sciences Inc. et Ryan Foley*,
2020 Trib Conc 5

N° de dossier : CT-2020-003

N° de document du greffe : 50

DANS L’AFFAIRE d’une demande d’ordonnance temporaire présentée par le commissaire de la concurrence au titre de l’article 74.11 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, et ses modifications successives, visant un comportement susceptible d’examen aux termes de l’alinéa 74.01(1)b);

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

**NuvoCare Health Sciences Inc. et
Ryan Foley**
(défendeurs)



Date de la conférence de gestion de l’instance : Le 29 avril 2020

En présence de : M. le juge D. Gascon (président)

Date de l’ordonnance : le 30 avril 2020

**ORDONNANCE FAISANT SUITE À UNE CONFÉRENCE DE GESTION DE
L’INSTANCE**

[1] VU l'avis de demande d'une ordonnance temporaire (la « **demande** ») déposé le 4 mars 2020 par le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») à l'encontre de NuvoCare Health Sciences Inc. (« **NuvoCare** ») et Ryan Foley (collectivement, les « **défendeurs** ») et les affidavits de signification du commissaire déposés le 12 mars 2020;

[2] ET VU les directives rendues par le Tribunal les 16 et 19 mars et les 21 et 23 avril 2020;

[3] ET VU les quatre courriels reçus de l'avocat des défendeurs le 28 avril 2020 en réponse à la directive du Tribunal du 23 avril 2020 (les « **courriels du 28 avril** »), lesquels renfermaient les observations des défendeurs rédigées en dix paragraphes (les « **observations des défendeurs** »);

[4] ET VU la conférence de gestion de l'instance tenue le 29 avril 2020 pour discuter : 1) des courriels du 28 avril; 2) de la demande plus précise présentée par l'avocat des défendeurs en vue de contre-interroger les souscripteurs des affidavits du commissaire et 3) de la position du commissaire au sujet des [TRADUCTION] « épreuves » envoyées par l'avocat des défendeurs à la lumière de l'observation formulée au paragraphe 89 du mémoire des faits et du droit du commissaire concernant les arguments éventuels des défendeurs sur la question des épreuves;

[5] ET APRÈS avoir tenu compte du fait que, dans les courriels du 28 avril, l'avocat des défendeurs a soulevé diverses questions et présenté au Tribunal les demandes ou les requêtes informelles suivantes :

- a) Une demande visant à modifier la directive du Tribunal sur l'urgence de la demande;
- b) Une plainte des défendeurs selon laquelle ils n'ont pas été dûment signifiés d'une grande partie des [TRADUCTION] « documents relatifs à la requête » du commissaire;
- c) Une allégation selon laquelle il serait inéquitable à l'égard des défendeurs de tenir l'audition de la demande comme prévu le 30 avril 2020;
- d) Une affirmation selon laquelle M. Foley est trop malade et est incapable d'assister à l'audition de la demande pour au moins trois mois en raison de son état de santé, et une sollicitation d'ajournement de la demande en conséquence;
- e) Une requête visant l'obtention d'une ordonnance de confidentialité, qui devrait être rendue avant que l'on ne demande aux défendeurs de présenter une preuve par affidavit;
- f) Une demande en vue de contre-interroger les deux souscripteurs d'affidavits du commissaire, ainsi que toutes les personnes mentionnées dans les affidavits qu'ils ont déposés;
- g) Une demande pour que soient acceptées comme faisant partie des observations des défendeurs, divers [TRADUCTION] « épreuves » envoyées par l'avocat des défendeurs dans le cadre des courriels du 28 avril;

- h) Une demande d'ajournement de l'affaire en cause pour une période d'au moins 60 jours;

[6] **ET APRÈS** avoir constaté qu'une demande d'ordonnance temporaire présentée en vertu de l'article 74.11 de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi ») est une procédure urgente visant l'obtention de mesures provisoires et qu'elle doit être entendue et tranchée de façon accélérée par le Tribunal;

[7] **ET APRÈS** avoir examiné les éléments suivants concernant l'échéancier et le contexte procédural de la demande :

- a) La demande a été déposée par le commissaire le 4 mars 2020 et les affidavits de signification aux défendeurs ont été déposés le 12 mars 2020;
- b) Le 16 mars 2020, le Tribunal a délivré un avis d'audience fixant l'audition de la demande du commissaire au 23 mars 2020 et informant les défendeurs qu'ils devaient signifier et déposer tout document de réponse à la demande du commissaire (y compris tout affidavit et mémoire des faits et du droit) au plus tard à la fin de la journée, le 18 mars 2020;
- c) Le 16 mars 2020, le Tribunal a également rendu une directive par laquelle il a accordé au commissaire la permission de signifier son mémoire des faits et du droit aux défendeurs et de le déposer auprès du Tribunal au plus tard le 17 mars 2020, et a prorogé le délai accordé aux défendeurs pour qu'ils signifient et de déposent leur mémoire des faits et du droit le 19 mars 2020;
- d) Le 19 mars 2020, le Tribunal a rendu une directive par laquelle il a informé toutes les parties que, par suite d'un courriel provenant de l'avocate du commissaire avisant le Tribunal que le ministère de la Justice n'estimait pas urgent que la demande du commissaire soit entendue le 23 mars 2020 en raison de la situation de la COVID-19, l'audience prévue à cette date-là a été ajournée et reportée à la première date possible, dès la reprise des activités normales du Tribunal;
- e) Le 20 mars 2020 ou vers cette date, à la suite d'échanges qui ont eu lieu par courriel et par téléphone entre l'agent du greffe du Tribunal (le « greffe ») et M. Foley, celui-ci a reconnu avoir reçu l'avis d'audience et les directives du Tribunal;
- f) Le 20 mars 2020, M. Foley a confirmé dans un courriel envoyé au greffe qu'il acceptait la signification par courriel de toutes les communications du Tribunal envoyées aux défendeurs en l'espèce;
- g) Le 16 avril 2020, à la suite d'une demande du Tribunal pour connaître l'état de la demande du commissaire, le greffe a reçu un courriel de l'avocate du commissaire informant le Tribunal que le commissaire était maintenant d'avis que sa demande devait être tranchée durant la période de suspension (au sens où

cette expression est définie dans la *Mise à jour de l'avis concernant la pandémie de la COVID-19* du 15 avril 2020 (« **avis sur la COVID-19** »), et qu'il était urgent de l'entendre;

- h) Le 16 avril 2020, le greffe a envoyé un courriel aux deux parties, dans lequel le Tribunal : 1) informait toutes les parties que, à la lumière des motifs exposés par l'avocate du commissaire dans son courriel du 16 avril 2020, le Tribunal était convaincu, de façon préliminaire, que l'affaire en cause était urgente au sens de l'avis sur la COVID-19; 2) demandait à M. Foley, s'il n'admettait pas que la demande du commissaire était urgente et qu'il avait des observations à formuler à cet égard, d'envoyer celles-ci au greffe par courriel au plus tard à la fin de la journée, le 20 avril 2020; 3) informait toutes les parties que, sauf si M. Foley arrivait à convaincre le Tribunal que l'affaire n'était pas urgente, le Tribunal avait l'intention de tenir l'audition de la demande du commissaire par conférence téléphonique au cours de la semaine du 27 avril 2020; 4) demandait à M. Foley d'aviser le greffe, par courriel, avant la fin de la journée, le 20 avril 2020, s'il pouvait participer à une audience par conférence téléphonique au cours de la semaine du 27 avril 2020 et 5) rappelait à M. Foley que le délai pour signifier et déposer des documents de réponse était écoulé, mais que, s'il avait l'intention de déposer des documents de réponse à la demande du commissaire (tels que des affidavits et/ou un mémoire des faits et du droit), il devait aviser le greffe au plus tard à la fin de la journée, le 20 avril 2020;
- i) Le 20 avril 2020, dans des courriels échangés entre le greffe et M. Foley, celui-ci a informé le Tribunal qu'il demandait une [TRADUCTION] « prorogation dans l'affaire en cause » et un ajournement de l'audition urgente proposée de la demande du commissaire, qu'il avait obtenu [TRADUCTION] « un délai trop court » et qu'il ne serait pas prêt pour l'audition;
- j) Le 21 avril 2020, l'avocate du commissaire a envoyé un courriel au greffe pour s'opposer à la demande d'ajournement des défendeurs et a fait observer que [TRADUCTION] « les défendeurs ont été avisés de l'intention du commissaire de présenter une demande temporaire en l'espèce depuis près de sept semaines, et ont été informés des préoccupations liées aux indications qu'ils donnaient depuis près d'un an »;
- k) Le 21 avril 2020, le Tribunal a rendu une directive en vertu de laquelle : 1) il a rejeté la demande d'ajournement de l'affaire en cause présentée par M. Foley; 2) il a accordé à M. Foley un délai supplémentaire ultime, soit jusqu'à 12 h, le 23 avril 2020, pour répondre aux questions posées par le Tribunal concernant l'urgence de la demande du commissaire et sa disponibilité pour une audition, et pour donner des précisions quant à son intention de signifier et de déposer des documents de réponse à la demande; 3) il a demandé au commissaire d'informer le Tribunal, au plus tard à 12 h, le 23 avril 2020, s'il souhaitait toujours la tenue d'une audition urgente de la présente demande et 4) il a avisé les parties que, s'il n'était pas convaincu par les arguments de M. Foley au sujet

de l'urgence d'entendre et d'examiner la demande du commissaire, et si le commissaire souhaitait toujours la tenue d'une audition urgente de la présente demande, le Tribunal délivrerait, au plus tard à la fin de la journée, le 24 avril 2020, un avis d'audience fixant l'audition de la demande du commissaire au 30 avril 2020, à 9 h 30, par conférence téléphonique, pour une durée maximale d'une demi-journée;

- l) Le 23 avril 2020, l'avocate du commissaire a envoyé un courriel au greffe pour l'aviser que le commissaire avait toujours l'intention d'aller de l'avant pour la tenue d'une audition urgente de la présente demande;
- m) Le 23 avril 2020, le nouvel avocat des défendeurs a déposé un avis de comparution pour leur compte et a envoyé une lettre au greffe en réponse à la directive du Tribunal du 21 avril 2020;
- n) Le 23 avril 2020, après avoir examiné la correspondance reçue des deux parties plus tôt cette journée-là, le Tribunal a délivré un avis d'audience fixant l'audition de la demande du commissaire au 30 avril 2020 et une directive informant les défendeurs qu'ils avaient jusqu'à la fin de la journée, le 28 avril 2020 pour signifier et déposer tout document de réponse à la demande du commissaire (y compris tout affidavit et mémoire des faits et du droit);
- o) Le 28 avril 2020, l'avocat des défendeurs a envoyé au Tribunal les courriels du 28 avril qui comprenaient les observations des défendeurs, mais qui ne comportaient aucun affidavit;

[8] ET APRÈS avoir considéré que, en ce qui a trait à l'urgence de l'affaire en cause :

- a) Le Tribunal a déjà analysé en profondeur la question de l'urgence d'entendre et d'examiner la demande dans sa directive du 21 avril 2020 et dans son avis d'audience et directive du 23 avril 2020;
- b) Les défendeurs et leur avocat ont tous eu l'occasion de formuler des observations sur cette question avant le plus récent avis d'audience et directive du 23 avril 2020;
- c) Le Tribunal a déjà statué sur la question relative à l'urgence;
- d) Dans les courriels du 28 avril, l'avocat des défendeurs n'a présenté aucun argument ou motif convaincant pour contester l'affirmation du commissaire relative à l'urgence d'entendre et d'examiner la demande;

[9] ET APRÈS avoir déterminé que, depuis le dépôt de la demande du commissaire le 4 mars 2020 et la délivrance des diverses directives par le Tribunal en l'espèce, les défendeurs ont déjà obtenu suffisamment de temps pour préparer leurs documents de réponse à la demande

du commissaire et ont bénéficié de multiples prorogations, dont la dernière devait expirer à la fin de la journée, le 28 avril 2020;

[10] **ET APRÈS** avoir constaté que, selon le dossier du Tribunal, les défendeurs ont été dûment signifiés de la demande du commissaire et des documents à l'appui avant le 12 mars 2020;

[11] **ET APRÈS** avoir conclu que les défendeurs et leur avocat ont choisi d'attendre à la dernière minute pour soulever la question selon laquelle ils n'ont pas été signifiés d'une grande partie des documents du commissaire et de demander un contre-interrogatoire des souscripteurs d'affidavits du commissaire, malgré le fait qu'ils avaient reçu signification de la demande du commissaire, y compris les deux affidavits à l'appui, avant le 12 mars 2020 et qu'ils n'ont donné aucun motif convaincant pour expliquer pourquoi ils soulevé cette question et présenté cette demande en retard;

[12] **ET APRÈS** avoir conclu en outre que les défendeurs n'ont pas présenté d'éléments de preuve clairs et convaincants à l'appui de leur demande d'ajournement fondée sur l'état de santé alléguée de M. Foley :

- a) Il aura fallu attendre la note du médecin du 28 avril 2020 (la « **note du médecin** ») et la mention de cette question dans les observations des défendeurs pour que M. Foley avance que son état de santé l'empêche de donner sa réponse et de prendre part à la présente demande;
- b) Plus précisément, aucune mention d'une maladie ou d'un état de santé n'a été faite dans ses communications et échanges écrits et verbaux avec le greffe du Tribunal aux environs du 20 mars 2020 ou dans les courriels qu'il a envoyés au greffe le 20 avril 2020;
- c) La note du médecin donne des renseignements vagues sur la nature de l'état de santé de M. Foley et son incapacité alléguée à travailler. Elle ne contient pas d'évaluation médicale indiquant que l'état de santé de M. Foley exige un ajournement de la demande ou la durée prévue de l'incapacité, et fait simplement mention du fait que M. Foley lui-même [TRADUCTION] « demande un ajournement » de l'affaire en cause pour au moins trois mois;
- d) Selon les courriels du 28 avril, il semble que M. Foley continue de jouer un rôle dans l'affaire en cause et qu'il est intervenu pour obtenir des renseignements sur les épreuves pour son avocat pas plus tard que le 28 avril 2020;

[13] **ET APRÈS** avoir conclu que, compte tenu des éléments de preuve produits, les défendeurs n'ont pas réussi à convaincre le Tribunal que l'état de santé alléguée de M. Foley justifie l'ajournement demandé;

[14] **ET APRÈS** avoir constaté que le commissaire n'a pas affirmé que le comportement susceptible d'examen qu'auraient eu les défendeurs s'est atténué depuis le dépôt de la demande;

[15] **ET APRÈS** avoir conclu que les défendeurs n'ont fourni aucun motif ni argument solide pour convaincre le Tribunal d'ajourner l'affaire en cause pour une période d'au moins 60 jours ou trois mois;

[16] **ET APRÈS** avoir conclu que, compte tenu du temps que les défendeurs ont eu depuis le dépôt et la signification de la demande et des prorogations répétées que le Tribunal leur a accordées pour déposer et signifier leurs documents de réponse; et vu que les défendeurs ont fini par déposer peu d'observations écrites le 28 avril 2020, sans aucune preuve par affidavit à l'appui de celles-ci, le Tribunal n'est pas convaincu qu'il serait inéquitable à l'égard des défendeurs de procéder rapidement à l'audition de la demande;

[17] **ET APRÈS** avoir décidé que, compte tenu de ces considérations d'équité, le Tribunal est toutefois disposé à accorder une courte prorogation de délai aux défendeurs pour permettre à leur avocat de procéder à un contre-interrogatoire des deux souscripteurs d'affidavits du commissaire selon les conditions suivantes :

- a) Les contre-interrogatoires seront chacun d'une durée maximale de 2,5 heures;
- b) Les contre-interrogatoires auront lieu par vidéoconférence ou par conférence téléphonique à un moment qui sera convenu par les avocats des parties;
- c) Le contre-interrogatoire de M^{me} McKenzie aura lieu le lundi 4 mai 2020;
- d) Le contre-interrogatoire de M^{me} Treyvaud Amiguet aura lieu le matin du mardi 5 mai 2020;
- e) Aucune autre personne ne sera contre-interrogée;

[18] **ET APRÈS** avoir considéré que l'audition de la demande actuellement fixée au 30 avril 2020 devra par conséquent être ajournée brièvement afin de permettre à l'avocat de procéder aux contre-interrogatoires et que, dans ces circonstances, le Tribunal accepte avec réticence que l'audition doive être reportée au lundi 11 mai 2020;

[19] **ET APRÈS** avoir établi ce qui suit, en ce qui a trait à la question de l'ordonnance de confidentialité :

- a) Si les défendeurs souhaitent obtenir une ordonnance de confidentialité, ils doivent signifier et déposer un projet d'ordonnance de confidentialité qui précise sa portée et ses conditions;
- b) Toutefois, la *Directive de pratique relative au dépôt de documents confidentiels* de 2008 du Tribunal énonce que, dans des affaires urgentes, il est possible, avec l'approbation préalable du juge président l'instance, de déposer des documents confidentiels à titre confidentiel sans une ordonnance ou une version publique en s'engageant, selon les instructions du juge président l'instance, à ajouter au dossier, une fois la phase urgente terminée, une ordonnance de confidentialité et les versions publiques de tous les documents confidentiels;

- c) En attendant la délivrance d'une ordonnance formelle de confidentialité, les défendeurs peuvent donc déposer leurs documents de réponse à titre confidentiel en faisant ressortir les parties qu'ils affirment être confidentielles et en demandant au Tribunal et à l'avocate de la partie adverse de les traiter en conséquence;

[20] **ET APRÈS** avoir constaté que, puisque les [TRADUCTION] « épreuves » et le matériel d'essai envoyés par l'avocat des défendeurs avec les courriels du 28 avril sont censés constituer des éléments de preuve par opposition à la jurisprudence ou aux arguments, le Tribunal ne peut pas accepter qu'ils soient déposés comme pièces faisant partie des observations des défendeurs;

[21] **ET APRÈS** avoir déterminé que, pour qu'ils soient déposés en bonne et due forme et acceptés par le Tribunal comme faisant partie des éléments de preuve des défendeurs, ces [TRADUCTION] « épreuves » et matériels d'essai devront être déposés par les défendeurs en tant que pièces jointes à un affidavit;

[22] **ET ATTENDU** que le Tribunal est tenu, en application du paragraphe 9(2) de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c 19 (2^e suppl.), « [d]ans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent [...] d'agir sans formalisme, en procédure expéditive »;

[23] **ET ATTENDU** que le Tribunal est convaincu que la mesure corrective que sollicite le commissaire dans sa demande est de nature urgente et qu'il y va de l'intérêt public de traiter l'affaire en procédure expéditive;

LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[24] La demande présentée par les défendeurs en vue d'obtenir une modification des directives du Tribunal sur l'urgence de la demande est rejetée;

[25] La demande présentée par les défendeurs en vue d'obtenir un ajournement de l'affaire en cause pour une période d'au moins 60 jours est rejetée;

[26] La demande présentée par les défendeurs en vue d'obtenir un ajournement de l'affaire en cause pour une période d'au moins trois mois au motif que M. Foley est trop malade et incapable d'assister à l'audition de la demande est rejetée;

[27] La demande présentée par les défendeurs en vue de contre-interroger les deux souscripteurs d'affidavits du commissaire est accueillie selon les modalités précisées au paragraphe 17 susmentionné. L'autre demande présentée par les défendeurs en vue de contre-interroger toute autre personne mentionnée dans les deux affidavits déposés par le commissaire est rejetée;

[28] Étant donné que les défendeurs ont le choix de déposer leurs documents de réponse à titre confidentiel en faisant ressortir les parties qu'ils affirment être confidentielles et en demandant au Tribunal et à l'avocate de la partie adverse de les traiter en conséquence, il n'est pas nécessaire à ce stade-ci de rendre une ordonnance de confidentialité. Une fois la phase urgente

terminée, ils signifieront et déposeront un projet d'ordonnance de confidentialité qui précise sa portée et ses modalités;

[29] Les [TRADUCTION] « épreuves » et le matériel d'essai que l'avocat des défendeurs a envoyés avec les courriels du 28 avril ne sont pas acceptés pour être déposés comme pièces faisant partie des observations des défendeurs;

[30] Pour être déposés en bonne et due forme comme pièces faisant partie des documents de réponse des défendeurs, ces [TRADUCTION] « épreuves » et matériel d'essai doivent être signifiés et déposés par les défendeurs en tant que pièces jointes à un affidavit au plus tard à la fin de la journée du lundi 4 mai 2020;

[31] Si l'avocate du commissaire souhaite contre-interroger le souscripteur d'affidavit des défendeurs, le cas échéant, ce contre-interrogatoire devra avoir lieu au plus tard à la fin de la journée du mercredi 6 mai 2020 par vidéoconférence ou par conférence téléphonique, à une heure qui sera convenue par les avocats des parties et pour une durée maximale de 2,5 heures;

[32] Les deux parties devront déposer auprès du Tribunal les transcriptions des contre-interrogatoires au plus tard à la fin de la journée du vendredi 8 mai 2020;

[33] L'audition de la demande du commissaire est par la présente fixée de manière péremptoire au lundi 11 mai 2020, à 9 h 30, et aura lieu par conférence téléphonique pour une durée maximale d'une demi-journée.

[34] Les dépens afférents aux demandes et requêtes informelles des défendeurs visées dans la présente ordonnance suivront l'issue de l'instance.

FAIT à Montréal, ce 30^e jour d'avril 2020.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Denis Gascon

Traduction certifiée conforme
Nicolas Bois, traducteur

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Talitha Nabbali
Ellé Nekiari

Pour les défendeurs :

Nuvocare Health Sciences Inc. et
Ryan Foley

Paul Robson