

A-184-94

A-184-94

George Addy, Director of Investigation and Research, appointed pursuant to the *Competition Act* (Appellant)

George Addy, Directeur des enquêtes et recherches, nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence* (appellant)

v.

a

c.

Charles Samson, Marie Marier, Michel Lamoureux, Denise Cloutier, Claude Gagnon, Daniel Tousignant, André Robert, Nathalie Poisson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Armand Bolduc, Marie-Josée Bolduc, Claude Turcotte, René Cyr (Respondents)

b

Charles Samson, Marie Marier, Michel Lamoureux, Denise Cloutier, Claude Gagnon, Daniel Tousignant, André Robert, Nathalie Poisson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Armand Bolduc, Marie-Josée Bolduc, Claude Turcotte, René Cyr (intimés)

INDEXED AS: *SAMSON v. CANADA (C.A.)*

c

RÉPERTORIÉ: *SAMSON c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Décary J.J.A. and Chevalier D.J.—Montréal, May 18; Ottawa, June 13, 1995.

d

Cour d'appel, juges Hugessen et Décary, J.C.A. et juge suppléant Chevalier—Montréal, 18 mai; Ottawa, 13 juin 1995.

Competition — Appeal from Trial Division decision quashing orders to compel respondents to testify at inquiry under Competition Act, s. 10 — Respondents are notaries alleged to have agreed upon uniform fee tariff for real estate deals — Evidence available to appellant insufficient to prosecute respondents — Trial Judge not taking into account undue effect of agreement as essential element of offence — Legislative, regulatory framework of inquiry reviewed — Inquiry having legitimate objectives, not designed to incriminate respondents — Rules of natural justice not infringed.

e

Concurrence — Appel d'une décision de la Section de première instance annulant des ordonnances forçant les intimés à témoigner lors d'une enquête tenue en vertu de l'art. 10 de la Loi sur la concurrence — Les intimés sont des notaires soupçonnés de s'être entendus pour appliquer une grille de tarifs uniformes à des transactions immobilières — La preuve dont dispose l'appellant est insuffisante pour poursuivre les intimés — Le juge de première instance n'a pas fait des conséquences indues de l'entente un élément essentiel de l'infraction — Examen du cadre législatif et réglementaire de l'enquête — L'enquête a des objectifs légitimes et n'est pas conçue pour incriminer les intimés — Les règles de la justice naturelle n'ont pas été enfreintes.

f

This was an appeal from a Trial Division decision quashing orders made under section 11 of the *Competition Act* to compel the respondents to testify at an inquiry held pursuant to section 10 of said Act. The respondents are notaries providing services connected with real estate transactions in the Sherbrooke area of Quebec. In July 1993, the appellant initiated an inquiry into an alleged agreement among them to observe minimum fee tariffs for transactions made between November 1992 and May 1993. Soon after, *ex parte* orders were granted by Nadon J. requiring the respondents to appear for examination. The Trial Judge held that the orders infringed section 7 of the Charter in requiring the respondents to testify when they were suspects and the appellant already had enough evidence to make a finding as to their guilt. The issue on appeal was whether the Trial Judge was right in so deciding.

g

h

i

j

Il s'agit de l'appel d'une décision de la Section de première instance annulant des ordonnances émises en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* pour forcer les intimés à témoigner lors d'une enquête tenue en vertu de l'article 10 de ladite Loi. Les intimés sont des notaires qui fournissent des services reliés à des transactions immobilières dans la région de Sherbrooke, au Québec. En juillet 1993, l'appellant a ouvert une enquête sur la prétendue entente existant entre eux pour appliquer des tarifs minimaux à des transactions immobilières ayant eu lieu entre novembre 1992 et mai 1993. Peu après, des ordonnances *ex parte* ont été accordées par le juge Nadon enjoignant aux intimés de comparaître pour examen. Le juge de première instance a conclu que les ordonnances en question violaient l'article 7 de la Charte parce qu'elles obligeaient les intimés à rendre témoignage alors qu'ils étaient des suspects et que l'appellant disposait déjà de suffisamment d'éléments de preuve pour se convaincre de leur culpabilité. La question en appel est celle de savoir si le juge de première instance a eu raison de décider ainsi.

Held, the appeal should be allowed.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

The Trial Judge erred in law in concluding that the evidence available to the Director of Investigation and Research was already sufficient to allow him to prosecute the respondents for a breach of the *Competition Act*. She was also wrong in indicating that the only essential components of this crime were “that an agreement exists to set prices, that this agreement limits the real estate transaction market and that the applicants-plaintiffs are responsible for it”. Such reasoning failed to take into account the requirement to establish that an agreement to set prices or limit a market is undue before such an agreement becomes a criminal offence. Whether an agreement which is the subject of a prosecution under paragraph 45(1)(c) of the Act has an undue effect is a crucial aspect of the definition of the crime. Nothing in the information or in the other documents before the Trial Judge suggested that the Director already had the evidence he needed to undertake the kind of analysis mandated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*. The Director could not conclude that criminal offences had been committed by the respondents without first examining the possible application of subsection 45(7) of the Act. The evidence already available to him could not be used to undertake such a study.

In determining the predominant purpose of an inquiry, it is necessary to examine its entire context and in particular the legislative and regulatory background against which it is held. Only such an examination can indicate the real purpose of the testimony sought. In the case at bar the legislative and regulatory framework of the inquiry at which the respondents were summoned to testify was provided by the *Competition Act*. The Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation; its purpose is to eliminate activities that reduce competition in the market place. It is thus not concerned with “real crimes” but with what have been called “regulatory” or “public welfare” offences. It results from this that the content of the Act is far from being exclusively criminal. Even in cases where the inquiry indicates that a crime has been committed it is far from certain that this will result in a criminal prosecution in which a conviction is sought. Moreover, the Act now allows the authorities to make use of purely civil proceedings in the Competition Tribunal, an administrative tribunal having no criminal jurisdiction. The inquiry at which the respondents have been summoned to testify will be held to achieve legitimate, public and important objectives. It was not designed to incriminate them and the summonses did not infringe the rules of natural justice.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(2).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 13, 24(2).

Le juge de première instance a erré en droit en concluant que la preuve dont disposait le directeur des enquêtes et recherches était suffisante pour lui permettre de poursuivre les intimés pour une infraction à la *Loi sur la concurrence*. Elle s'est également trompée en déclarant que les seuls éléments essentiels de ce crime étaient «qu'une entente existe pour fixer les prix, que cette entente limite le marché des transactions immobilières et que les requérants-demandeurs en sont les responsables». Un tel raisonnement ne tient pas compte de la nécessité pour le poursuivant de prouver le caractère indu d'une entente pour fixer les prix ou limiter le marché avant qu'une telle entente ne devienne criminelle. Le caractère indu de l'effet de l'entente, qui fait l'objet d'une poursuite en vertu de l'alinéa 45(1)c) de la Loi, est un élément crucial dans la définition même du crime. Rien dans la dénonciation ou dans les autres documents devant le juge de première instance ne permet d'affirmer que le directeur disposait déjà des éléments de preuve qui lui auraient permis d'entreprendre le genre d'analyse requise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Le directeur ne pouvait pas conclure à la perpétration d'actes criminels par les intimés sans avoir au préalable étudié l'application possible du paragraphe 45(7) de la Loi. Les preuves dont il disposait déjà ne permettaient pas cette étude.

Il est nécessaire, afin de déterminer l'objet prédominant d'une enquête, d'examiner tout son contexte et notamment le cadre législatif et réglementaire dans lequel elle est tenue. Seul cet examen permet de déceler le but réel du témoignage recherché. Dans le cas qui nous occupe, le cadre législatif et réglementaire de l'enquête à laquelle les intimés ont été assignés à témoigner repose principalement sur la *Loi sur la concurrence*. La Loi, dans son ensemble, comporte un système de réglementation économique complexe; son objet est d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Elle ne porte pas sur des «crimes proprement dits» mais sur ce que l'on appelle des infractions de nature «réglementaire» ou contre le «bien-être public». Il en ressort que la Loi est loin d'être exclusivement de nature criminelle. Même dans les cas où l'enquête révèle la perpétration d'un crime, il est loin d'être acquis que la conséquence sera une poursuite criminelle dans laquelle une condamnation est recherchée. En outre, la Loi permet maintenant aux autorités de recourir à des procédures de nature purement civile devant le Tribunal de la concurrence, tribunal administratif qui n'a aucune compétence en matière criminelle. L'enquête à laquelle les intimés ont été assignés à témoigner sera tenue pour répondre à des objectifs légitimes, publics et importants. Elle n'a pas pour but d'incriminer les intimés et les ordonnances d'assignation n'ont pas violé les principes de la justice fondamentale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 13, 24(2).

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 10 (as am. *idem*, s. 23), 11 (as am. *idem*, s. 24), 12 (as am. *idem*), 13 (as am. *idem*), 14 (as am. *idem*), 34(2) (as am. *idem*, s. 28), 45(1) (as am. *idem*, s. 30), (7), 78 "anti-competitive act" (as am. *idem*, s. 45), a
79(1) (as am. *idem*).
Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 10 (mod., *idem*, art. 23), 11 (mod., *idem*, art. 24), 12 (mod., *idem*), 13 (mod., *idem*), 14 (mod., *idem*), 34(2) (mod., *idem*, art. 28), 45(1) (mod., *idem*, art. 30), (7), 78 «agissement anti-concurrentiel» (mod., *idem*, art. 45), 79(1) (mod., *idem*).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5(2).
Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

R. v. S. (R.J.), [1995] 1 S.C.R. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.*, [1983] 2 S.C.R. 206; (1983), 49 A.R. 39; 3 D.L.R. (4th) 16; [1984] 1 W.W.R. 193; 28 Alta. L.R. (2d) 97; 7 C.C.C. (3d) 449; 76 C.P.R. (2d) 1; 38 C.R. (3d) 97; 49 N.R. 241; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332.

AUTHORS CITED

Stanbury, W. T. "Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform", in Khemani, R. S. and W. T. Stanbury (eds.). *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*. Halifax, N.S.: Institute for Research on Public Policy/L'Institut de recherches politiques, 1991, Chapter 6.

APPEAL from Trial Division decision ([1994] 3 F.C. 113; (1994), 77 F.T.R. 179 (T.D.)) quashing orders made under section 11 of the *Competition Act* to compel the respondents to testify at an inquiry conducted pursuant to section 10. Appeal allowed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. S. (R.J.), [1995] 1 R.C.S. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée et autre*, [1983] 2 R.C.S. 206; (1983), 49 A.R. 39; 3 D.L.R. (4th) 16; [1984] 1 W.W.R. 193; 28 Alta. L.R. (2d) 97; 7 C.C.C. (3d) 449; 76 C.P.R. (2d) 1; 38 C.R. (3d) 97; 49 N.R. 241; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332.

DOCTRINE

Stanbury, W. T. «Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform», dans Khemani, R. S. and W. T. Stanbury (eds.). *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*. Halifax, N.S.: Institute for Research on Public Policy/L'institut de recherches politiques, 1991, Chapter 6.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1994] 3 C.F. 113; (1994), 77 F.T.R. 179 (1^{re} inst.)) annulant des ordonnances émises en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* pour forcer les intimés à témoigner lors d'une enquête tenue en vertu de l'article 10. Appel accueilli.

COUNSEL:

François Rioux and André Dorion for appellant.
Bruno J. Pateras, Q.C., for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Pateras & Iezzoni, Montréal, for respondents.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

HUGESSEN J.A.: The appellant Director of Investigation and Research, appointed pursuant to the *Competition Act*,¹ is appealing a Trial Division judgment [[1994] 3 F.C. 113] which quashed orders made pursuant to section 11 [as am. *idem*, s. 24] of the said Act to compel the respondents to testify at an inquiry conducted pursuant to section 10 [as am. *idem*, s. 23]. The Judge concluded that the orders in question infringed section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] because they required the respondents to testify when they were suspects and the appellant already had all the necessary evidence to make a finding as to their guilt.

The respondents are all notaries practising in the Sherbrooke area. In July 1993 the appellant initiated an inquiry pursuant to subparagraph 10(1)(b)(iii) of the Act regarding the provision by notaries in the Sherbrooke area of services connected with real estate transactions.

To begin with, the relevant portion of subsection 10(1) of the Act should be cited:

10. (1) The Director shall

. . .

(b) whenever he believes on reasonable grounds that

. . .

¹ R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).

AVOCATS:

François Rioux et André Dorion pour l'appellant.
Bruno J. Pateras, c.r., pour les intimés.

^a PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Pateras & Iezzoni, Montréal, pour les intimés.

^b *Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: L'appellant, le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence*¹, en appelle d'une décision de la Section de première instance [[1994] 3 C.F. 113] qui avait annulé des ordonnances émises en vertu de l'article 11 [mod., *idem*, art. 24] de ladite Loi pour forcer les intimés à témoigner lors d'une enquête tenue en vertu de l'article 10 [mod., *idem*, art. 23]. Le juge a conclu que les ordonnances en question violaient l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] parce qu'elles obligeaient les intimés à rendre témoignage alors qu'ils étaient des suspects et que l'appellant disposait déjà de tous les éléments de preuve nécessaires pour se convaincre de leur culpabilité.

Les intimés sont tous des notaires pratiquant dans la région de Sherbrooke. En juillet 1993, l'appellant a ouvert une enquête en vertu du sous-alinéa 10(1)(b)(iii) de la Loi au sujet de la fourniture, par les notaires, de la région de Sherbrooke, de services reliés aux transactions immobilières.

^h Il convient de citer immédiatement la partie pertinente du texte du paragraphe 10(1) de la Loi:

ⁱ 10. (1) Le directeur fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits:

. . .

b) chaque fois qu'il a des motifs raisonnables de croire:

. . .

¹ L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19).

(iii) an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed, or

(iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;

cause an inquiry to be made into all such matters as he considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

Section 11, under which the orders in question were made, is also relevant to the questions raised by the instant appeal, together with sections 12 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24], 13 [as am. *idem*] and 14 [as am. *idem*]:

11. (1) Where, on the *ex parte* application of the Director or the authorized representative of the Director, a judge of a superior or county court or of the Federal Court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that any person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order that person to

(a) attend as specified in the order and be examined on oath or solemn affirmation by the Director or the authorized representative of the Director on any matter that is relevant to the inquiry before a person, in this section and sections 12 to 14 referred to as a "presiding officer", designated in the order;

(b) produce a record, or any other thing, specified in the order to the Director or the authorized representative of the Director within a time and at a place specified in the order; or

(c) make and deliver to the Director or the authorized representative of the Director, within a time specified in the order, a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required.

(2) Where the person against whom an order is sought under paragraph (1)(b) in relation to an inquiry is a corporation and the judge to whom the application is made under subsection (1) is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an affiliate of the corporation, whether the affiliate is located in Canada or outside Canada, has records that are relevant to the inquiry, the judge may order the corporation to produce the records.

(3) No person shall be excused from complying with an order under subsection (1) or (2) on the ground that the testimony, record or other thing or return required of the person may tend to criminate the person or subject him to any proceeding or penalty, but no testimony given by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(a), or return made by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(c), shall be used or received against that individual in any criminal proceedings thereafter instituted against him,

L'article 11, en vertu duquel les ordonnances en question ont été émises, ainsi que les articles 12 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 24], 13 [mod., *idem*] et 14 [mod., *idem*] sont aussi pertinents aux questions soulevées par le présent appel:

11. (1) Sur demande *ex parte*, du directeur ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne:

a) de comparaître, selon ce que prévoit l'ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l'enquête, être interrogée par le directeur ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l'ordonnance et qui, pour l'application du présent article et des articles 12 à 14, est appelée «fonctionnaire d'instruction»;

b) de produire auprès du directeur ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents ou autres choses dont celle-ci fait mention;

c) de préparer et de donner au directeur ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance.

(2) Lorsque, en rapport avec une enquête, la personne contre qui une ordonnance est demandée en application de l'alinéa (1)b) est une personne morale et que le juge à qui la demande est faite aux termes du paragraphe (1) est convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu'une affiliée de cette personne morale a des documents qui sont pertinents à l'enquête, il peut, sans égard au fait que l'affiliée soit située au Canada ou ailleurs, ordonner à la personne morale de produire les documents en question.

(3) Nul n'est dispensé de se conformer à une ordonnance visée au paragraphe (1) ou (2) au motif que le témoignage oral, le document, l'autre chose ou la déclaration qu'on exige de lui peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais un témoignage oral qu'un individu a rendu conformément à une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)a) ou une déclaration qu'il a faite en conformité avec une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)c) ne peut être utilisé ou admis contre celui-ci dans le cadre

other than a prosecution under section 132 or 136 of the *Criminal Code*.

(4) An order made under this section has effect anywhere in Canada.

12. (1) Any person summoned to attend pursuant to paragraph 11(1)(a) is competent and may be compelled to give evidence.

(2) Every person summoned to attend pursuant to paragraph 11(1)(a) is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which the person is summoned to attend.

(3) A presiding officer shall permit a person who is being examined pursuant to an order under paragraph 11(1)(a) and any person whose conduct is being inquired into to be represented by counsel.

(4) Any person whose conduct is being inquired into at an examination pursuant to an order under paragraph 11(1)(a) and that person's counsel are entitled to attend the examination unless the Director or the authorized representative of the Director, or the person being examined or his employer, establishes to the satisfaction of the presiding officer that the presence of the person whose conduct is being inquired into would

(a) be prejudicial to the effective conduct of the examination or the inquiry; or

(b) result in the disclosure of confidential commercial information that relates to the business of the person being examined or his employer.

13. (1) Any person may be designated as a presiding officer who is a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province or who has been a barrister or advocate at the bar of a province for at least ten years.

(2) A presiding officer shall be paid such remuneration, and is entitled to be paid such travel and living expenses, and such other expenses, incurred in the performance of his duties under this Act, as may be fixed by the Governor in Council.

14. (1) The presiding officer may administer oaths and take and receive solemn affirmations for the purposes of examinations pursuant to paragraph 11(1)(a).

(2) A presiding officer may make such orders as he considers to be proper for the conduct of an examination pursuant to paragraph 11(1)(a).

(3) A judge of a superior court or county court or of the Federal Court may, on application by a presiding officer, order any person to comply with any order made by the presiding officer under subsection (2).

(4) No order shall be made under subsection (3) unless the presiding officer has given to the person in respect of whom

de poursuites criminelles intentées contre lui par la suite sauf en ce qui concerne une poursuite prévue à l'article 132 ou 136 du *Code criminel*.

(4) Une ordonnance rendue en application du présent article a effet partout au Canada.

12. (1) Toute personne assignée sous le régime de l'alinéa 11(1)a) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(2) Toute personne assignée aux fins de l'alinéa 11(1)a) a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle doit comparaître aux termes de l'assignation.

(3) Un fonctionnaire d'instruction doit permettre que soit représentée par avocat toute personne interrogée aux termes d'une ordonnance rendue en application de l'alinéa 11(1)a) de même que toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête.

(4) La personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête lors d'un interrogatoire prévu à l'alinéa 11(1)a) et son avocat peuvent assister à cet interrogatoire à moins que le directeur, le représentant autorisé de ce dernier, la personne interrogée ou l'employeur de cette dernière ne convainque le fonctionnaire d'instruction que la présence de la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête:

a) entraverait le bon déroulement de l'interrogatoire ou de l'enquête;

b) entraînerait la divulgation de renseignements de nature commerciale confidentiels se rapportant à l'entreprise de la personne interrogée ou de son employeur.

13. (1) Peut être nommé fonctionnaire d'instruction qui-conque est membre en règle du barreau d'une province depuis au moins dix ans ou l'a été pendant au moins dix ans.

(2) Les fonctionnaires d'instruction reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil et ils sont, également selon ce que fixe ce dernier, indemnisés des frais, notamment de séjour et de déplacement, qu'ils engagent dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées en application de la présente loi.

14. (1) Le fonctionnaire d'instruction peut recevoir les serments et les affirmations solennelles dans le cadre des interrogatoires visés à l'alinéa 11(1)a).

(2) Un fonctionnaire d'instruction peut rendre toutes les ordonnances qu'il juge utiles pour la conduite des interrogatoires prévus à l'alinéa 11(1)a).

(3) Un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale peut, à la demande d'un fonctionnaire d'instruction, ordonner à toute personne de se conformer à une ordonnance rendue par le fonctionnaire d'instruction en application du paragraphe (2).

(4) Une ordonnance ne peut pas être rendue en application du paragraphe (3) à moins que le fonctionnaire d'instruction

the order is sought and the Director twenty-four hours notice of the hearing of the application for the order or such shorter notice as the judge to whom the application is made considers reasonable.

In the reasons for the judgment under appeal the Judge explained her reasoning as follows [at pages 123-125]:

In the circumstances of the case at bar there is no question that the Director has all the information that could lead him to conclude that the applicants-plaintiffs committed a criminal offence. I set out here the key passages of the information:

On July 20, 1993 the Director initiated an inquiry pursuant to s. 10(1)(b)(iii) of the Act concerning the provision by notaries in the Sherbrooke area of Quebec of services connected with real estate transactions between November 1992 and May 1993. The informant is an agent assigned to this inquiry and in that capacity has full knowledge of the case;

The parties concerned in this inquiry are the Association des notaires du district de St-François (hereinafter "the Association") and its members who in December 1992 signed an agreement to observe minimum fee tariffs;

In February 1993 a consumer in the city of Windsor, Quebec filed a complaint with the Director after he was told by three notaries in the Windsor area that since January 1, 1993 notaries in that area had agreed to set the prices of their professional fees involving real estate transactions;

In the price survey conducted by the informant certain notaries stated that notaries in the St-François district had agreed in November 1992 or December 1992 to impose a uniform fee tariff;

A document dated March 15, 1993 and provided by a Sherbrooke notary lists the members of the Association's executive and members of the Association's various committees, including the committee on "coercive measures" and the "rate-setting" committee; the notaries on the "coercive measures" committee were Charles Samson, Suzanne Leblanc, Claude Gagnon, Michel Lamoureux, Richard Laprise and Claude Turcotte, and the notaries on the "rate-setting" committee were Charles Samson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Marie Marier and Michel Lamoureux, as appears from a copy of this list filed in support hereof in Appendix 5;

A review of the information obtained to date indicated that notaries in the St-François district concluded an agreement in December 1992 to apply a minimum tariff for providing services connected with real estate transactions in the St-François district; this information gave the Director rea-

n'ait donné à la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée ainsi qu'au directeur soit un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la demande, soit un avis plus bref jugé raisonnable par le juge à qui la demande est faite.

Dans les motifs de la décision sous appel, le juge a expliqué comme suit le cheminement de son raisonnement [aux pages 123 à 125]:

Dans les circonstances du dossier qui nous occupe, il ne fait aucun doute que le directeur a tous les renseignements lui permettant de croire que les requérants-demandeurs ont commis une infraction criminelle. Je reproduis ici les passages clef de la dénonciation:

Le 20 juillet 1993, le Directeur a ouvert une enquête conformément à l'article 10(1)(b)(iii) de la Loi au sujet de la fourniture par les notaires de la région de Sherbrooke au Québec de services reliés aux transactions immobilières entre novembre 1992 et mai 1993. Le dénonciateur est l'agent assigné à cette enquête et en cette qualité a pleine connaissance de cette affaire;

Les parties visées par la présente enquête sont l'Association des notaires du district de St-François (ci-après «l'Association») et ses membres qui ont adhéré, en décembre 1992, à une entente pour respecter des tarifs d'honoraires minimums;

En février 1993, un consommateur de la ville de Windsor (Québec) a déposé une plainte auprès du Directeur après qu'il eut été informé par trois notaires de la région de Windsor que depuis le 1er janvier 1993, les notaires de cette région s'étaient entendus pour fixer le prix de leurs honoraires professionnels touchant les transactions immobilières;

Lors de ce sondage de prix effectué par le dénonciateur, certains notaires ont déclaré que des notaires du district de St-François s'étaient entendus, en novembre 1992 ou décembre 1992, pour imposer une grille d'honoraires uniformes;

Un document daté du 15 mars 1993 fourni par un notaire de Sherbrooke fait état de la liste des membres de l'Exécutif de l'Association et des membres des divers comités de l'Association dont le comité des «Mesures coercitives» et le comité de «Tarification». Les notaires faisant partie du comité des «Mesures coercitives» sont: Mes Charles Samson, Suzanne Leblanc, Claude Gagnon, Michel Lamoureux, Richard Laprise et Claude Turcotte et les notaires faisant partie du comité de «Tarification» sont: Mes Charles Samson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Marie Marier et Michel Lamoureux, tel qu'il appert à la copie de cette liste produite au soutien des présentes à l'annexe 5;

L'examen des renseignements recueillis jusqu'à présent a révélé que les notaires du district de St-François ont conclu [sic] un accord en décembre 1992 pour respecter une tarification minimum pour la fourniture de services reliés aux transactions immobilières dans le district de St-François.

sonable grounds to believe that offences had been committed pursuant to s. 45(1)(c) of the Act;

The following persons signed the “qualifications and hiring memorandum” described in Appendices 1 and 2, as appears in Appendix 3:

Additionally, these persons were all part of the executive of the Association des notaires du district de St-François and of the “coercive measures” committee and/or the “rate setting” committee.

Accordingly, there can be no doubt from reading the information and the evidence in the record that an agreement exists to set prices, that this agreement limits the real estate transaction market and that the applicants-plaintiffs are responsible for it. They are all members of the executive and members of the coercive measures and rate-setting (committees).

When the Director has all this information and corroborating evidence, I find it hard to understand what else he needs from the suspect notaries except to incriminate themselves.

He could have summoned the notaries’ clients or employees of the Bureau d’enregistrement to see what documents had been notarized during this short period, but he chose to summon the suspected notaries. In the circumstances I cannot find any legitimate reason in which the public interest justifies the Director’s application or even the valid objective of preserving and encouraging competition in Canada. [Emphasis in original.]

The Judge concluded [at page 126]:

There may be situations in which the interests of the community are greater and exercise of the power of compellability more legitimate. One example would be when combines investigators seek to obtain information from the only persons holding information about transactions which are the subject of the investigation and they seek to obtain information on such transactions in general without being solely concerned with the self-incrimination of these suspects.

However, that is not the case here. Based on the circumstances established by the information and the evidence in the record, the Director in my opinion has already concluded that criminal offences were committed by the applicants-plaintiffs and their own testimony can only add to the evidence of their misconduct.

If I understand these passages correctly, the Judge considered that the evidence available to the Director was already sufficient to allow him to prosecute the respondents for a breach of the Act. With respect, in my opinion this conclusion is wrong in law.

Though she does not say so expressly, it seems clear that the Trial Division Judge had para-

Cette information a fourni au Directeur des motifs raisonnables de croire que des infractions ont été commises en vertu de l’article 45(1)(c) de la Loi;

Les personnes suivantes ont toutes [*sic*] adhéré au «protocole de qualité et d’engagement» décrit à l’annexe 1 et 2, tel qu’il apparaît à l’annexe 3:

En outre, ces personnes font toutes [*sic*] partie de l’Exécutif de l’Association des notaires du District de St-François et du comité des «Mesures coercitives» et/ou du comité de «Tarification».

Ainsi, à la lecture de la dénonciation et de la preuve au dossier, il ne fait aucun doute qu’une entente existe pour fixer les prix, que cette entente limite le marché des transactions immobilières et que les requérants-demandeurs en sont les responsables. En effet, ils sont tous membres de l’exécutif et membres des mesures coercitives et de tarification.

Lorsque le directeur a tous ces renseignements et une preuve corroborée, il m’est difficile de comprendre ce qu’il veut obtenir de plus des notaires suspects sauf de venir s’incriminer?

Il lui était loisible de convoquer les clients des notaires ou encore, des employés du Bureau d’enregistrement pour voir quels actes ont été passés pendant cette courte période. Mais il a choisi de convoquer les notaires soupçonnés. Dans les circonstances, je n’ai pu trouver aucun motif légitime où l’intérêt public justifierait la demande du directeur, ni même l’objectif valable de préserver et de favoriser la concurrence au Canada. [Les soulignements sont dans le texte original.]

Et le juge de conclure [à la page 126]:

Peut-être y a-t-il des situations où l’intérêt de la collectivité sera plus grand et l’exercice du pouvoir de contraignabilité plus légitime. Un exemple serait lorsque les enquêteurs en matière de coalitions cherchent à se renseigner auprès des seules personnes qui détiennent des renseignements au sujet des transactions qui font l’objet de l’enquête et qu’ils cherchent à obtenir des renseignements en général sur ces transactions sans viser uniquement l’auto-incrimination de ces suspects.

Mais tel n’est pas le cas en l’espèce. Face aux circonstances établies par la dénonciation et la preuve au dossier, le directeur à mon avis a déjà conclu à la commission d’actes criminels de la part des requérants-demandeurs et leur propre témoignage ne peut qu’assister à la preuve de leur inconduite.

Si je comprends bien ces passages, le juge était d’avis que la preuve dont disposait le directeur était déjà suffisante pour permettre à celui-ci de poursuivre les intimés pour une infraction à la Loi. Avec égards, je suis d’opinion que cette conclusion est erronée en droit.

Bien qu’elle ne le dise pas expressément, il me paraît évident que le juge de la Section de première

graph 45(1)(c) [as am. *idem*, s. 30] of the Act in mind when she said that the Director had “already concluded that criminal offences were committed”. That section reads as follows:

45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

. . .

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

. . .

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

It appears from the passage of the reasons cited above that the Trial Judge felt that the only essential components of this crime were “that an agreement exists to set prices, that this agreement limits the real estate transaction market and that the applicants-plaintiffs are responsible for it”. With all due deference to the Trial Judge, she erred in thinking this. In particular, she completely failed to take into account the requirement that the prosecutor must establish that an agreement to set prices or limit a market was undue before such an agreement can become a criminal offence.

In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*² Gonthier J., speaking for the Court, defined the crime now described in paragraph 45(1)(c) of the Act as follows:

The offence created by s. 32(1)(c) [45(1)(c)] comprises two material elements:

1. An agreement entered into by the accused (“Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person”); and
2. An undue prevention or lessening of competition flowing from this agreement (“to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property”).

² [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 643.

instance envisageait l’alinéa 45(1)(c) [mod., *idem*, art. 30] de la Loi lorsqu’elle a affirmé que le directeur avait «déjà conclu à la commission d’actes criminels». Cet alinéa se lit comme il suit:

^a 45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l’une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne:

^b

. . .

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens;

^c

^d

Du passage des motifs précédemment cité, il semble que le premier juge était d’avis que les seuls éléments essentiels de ce crime étaient «qu’une entente existe pour fixer les prix, que cette entente limite le marché des transactions immobilières et que les requérants-demandeurs en sont les responsables». Malgré le respect que je dois au premier juge, elle avait tort de penser ainsi. Plus particulièrement, elle a complètement omis de tenir compte de la nécessité pour le poursuivant de prouver le caractère indu d’une entente pour fixer les prix ou limiter le marché avant qu’une telle entente ne devienne criminelle.

^e

^f

^g

Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*², le juge Gonthier, au nom de la Cour, a défini ainsi le crime qui est aujourd’hui édicté à l’alinéa 45(1)(c) de la Loi:

^h

L’infraction créée par l’al. 32(1)(c) [45(1)(c)] comprend deux éléments matériels:

ⁱ

^j

1. Un accord conclu par l’accusé («toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s’entend avec une autre»);
2. Le fait d’empêcher ou de diminuer [indûment] la concurrence, résultant de cet accord («pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens»).

² [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643.

(The word “*indûment*”, which I added, was omitted from the first line of paragraph 2 of the French version. This is probably an error by the translator: “*indûment*” (unduly) figures prominently in the English text and nearly all the remainder of the judgment is devoted to an exhaustive study of the meaning to be given to this one word.)

A little later in the same judgment, at page 650 Gonthier J., explaining the role of the word “unduly” in Canadian competition law as compared with the law of other jurisdictions, said the following:

Section 32(1)(c) of the Act lies somewhere on the continuum between a *per se* rule and a rule of reason. It does allow for discussion of the anti-competitive effects of the agreement, unlike a *per se* rule, which might dictate that all agreements that lessen competition attract liability. On the other hand, it does not permit a full-blown discussion of the economic advantages and disadvantages of the agreement, like a rule of reason would. Since “unduly” in s. 32(1)(c) leads to a discussion of the seriousness of the competitive effects, but not of all relevant economic matters, one may say that this section creates a partial rule of reason.

Gonthier J. then analysed, at page 651, the points that should be taken into account in interpreting the word “unduly”:

First of all, there are two major elements to this inquiry, that is (1) the structure of the market and (2) the behaviour of the parties to the agreement. As a preliminary step, definition of the relevant market is required.

The Judge noted, at pages 652-653 with respect to the first point:

Indeed market share as such cannot suffice to conclude on the structure of the market, and s. 32(1)(c) would lose some of its effectiveness and would stray from its objectives if it incorporated a market-share threshold. Market share alone is not determinative, as was rightly pointed out in *Canadian General Electric*, at p. 501.

The aim of the market structure inquiry is to ascertain the degree of market power of the parties to the agreement, as was said in *Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, at p. 64. In this respect, many factors other than market share are relevant. Some were listed in *J. W. Mills*, at pp. 307-8: (1) the number of competitors and the concentration of competition, (2) barriers to entry, (3) geographical distribution of buyers and sellers, (4) differences in the degree of integration among competitors, (5) product differentiation, (6) countervailing power and (7) cross-elasticity of demand (see also *Canadian General Electric*, *supra*).

(Le mot «indûment», que j’ai ajouté, a été omis de la première ligne du paragraphe 2 de la version française. Il s’agit probablement d’une erreur du traducteur: «indûment» figure de façon proéminente dans le texte anglais et presque toute la balance du jugement est dévouée à une étude approfondie du sens à donner à ce seul mot.)

Un peu plus loin dans le même jugement, à la page 650, le juge Gonthier, en expliquant le rôle du mot «indûment» dans le droit canadien de la concurrence par rapport aux droits d’autres juridictions, a dit ceci:

L’alinéa 32(1)c) de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l’examen des effets de l’accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n’autorise pas l’étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l’accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison. Comme le terme «indûment» employé à l’al. 32(1)c) nous amène à examiner la gravité des effets sur la concurrence, mais non tous les éléments économiques pertinents, on pourrait dire que cette disposition crée en partie une règle de la raison.

Ensuite, à la page 651, le juge Gonthier analyse les éléments qui doivent être pris en compte dans l’interprétation du mot «indûment»:

Tout d’abord, cet examen comporte deux éléments principaux, c’est-à-dire premièrement, la structure du marché et deuxièmement, le comportement des parties à l’accord. À titre préliminaire, il faut définir le marché pertinent.

Pour ce qui est du premier élément, le juge souligne, aux pages 652 et 653:

En effet, la part du marché en soi ne suffit pas pour en arriver à une conclusion à propos de la structure du marché et l’al. 32(1)c) perdrait une partie de son efficacité et s’écarterait de ses objectifs si un seuil y était incorporé quant à la part du marché. En soi, la part du marché n’est pas déterminante, comme on l’a souligné avec raison dans l’affaire *Canadian General Electric*, à la p. 501.

Le but de l’examen de la structure du marché est de vérifier le degré de puissance commerciale des parties, comme on l’a dit dans l’affaire *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.*, à la p. 64. À cet égard, nombre de facteurs autres que la part du marché sont pertinents. Certains ont été énumérés dans l’arrêt *J. W. Mills*, aux pp. 307 et 308: (1) le nombre de concurrents et la concentration de la concurrence; (2) les obstacles à l’entrée; (3) la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs; (4) les différences dans les degrés d’intégration des concurrents; (5) la différenciation des produits; (6) le pouvoir compensatoire et (7) l’élasticité croisée de la demande (voir aussi l’affaire *Canadian General Electric*, précitée)

The following passage, at pages 655-656 clearly indicates the Judge's thinking on the second point:

The second part of the framework found in case law involves an examination of the behaviour of firms. In both *R. v. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (Alta. S.C.), at p. 303, and *Canadian General Electric, supra*, at pp. 531-2, the court considered which facet of competition was affected by the agreement (price, quality, service or other) and whether it was the prime concern of the buying public. The object of the agreement is without doubt the most important behavioural element in the inquiry, but others may be relevant, such as the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry (see *J. W. Mills, supra*, at p. 309).

The aim of the inquiry is the likely effect of the agreement. I can only quote from *R. v. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.), at p. 469:

In considering whether the agreement or conspiracy comes within the statute, one does not judge the unlawfulness by what was done pursuant to the agreement (although this may be evidence of the agreement) but . . . one examines the nature and scope of the agreement as proved and decides whether that agreement, if carried into effect, would prejudice the public interest in free competition to a degree that in fact would be undue.

Finally, Gonthier J. concluded, at page 657:

Section 32(1)(c) therefore requires, in addition to some market power, some behaviour likely to injure competition. It is the combination of the two that makes a lessening of competition undue.

I have taken the liberty of citing lengthy passages from the judgment in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, not only because it is the most recent Supreme Court judgment on the point but especially because the judgment very clearly indicates that the question of whether an agreement which is the subject of a prosecution under paragraph 45(1)(c) of the Act has an undue effect is, far from being a pure formality, a crucial aspect of the very definition of the crime. According to published statistics, more than half of the acquittals made by the courts in cases of prosecutions brought under paragraph 45(1)(c) (or its predecessors) resulted from the

Pour ce qui est du second élément, le passage suivant indique bien la pensée du juge, aux pages 655 et 656:

La seconde partie du cadre d'analyse retenu dans la jurisprudence implique l'examen du comportement des entreprises. Dans les affaires *R. c. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (C.S. Alb.), à la p. 303, et *Canadian General Electric, précitée*, aux pp. 531 et 532, le tribunal a examiné quelle facette de la concurrence était touchée par l'accord (prix, qualité, service ou autre) et la question de savoir si c'était là le principal souci du public acheteur. Dans l'examen, l'objet de l'accord est sans contredit l'élément relatif au comportement qui est le plus important, mais d'autres peuvent être pertinents, tels la manière dont l'accord a été ou sera exécuté et, en général, tout comportement qui tend à réduire la concurrence ou à limiter l'entrée (voir l'affaire *J. W. Mills, précitée*, à la p. 309).

L'examen vise à déterminer l'effet probable de l'accord. Je ne peux que citer un passage de l'arrêt *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (H.C. Ont.), à la page 469:

[TRADUCTION] Quand il s'agit de décider si l'accord ou le complot tombe sous le coup de la loi, on ne juge pas de son illégalité par rapport à ce qui a été accompli en exécution de l'accord (quoique cela puisse servir à prouver l'accord), mais [. . .] on examine la nature et la portée de l'accord tel que prouvé et on détermine si cet accord, s'il était exécuté, porterait préjudice à l'intérêt public à l'égard de la libre concurrence, à tel point que le préjudice serait en fait indu.

Pour enfin, le juge Gonthier de conclure, à la page 657:

L'alinéa 32(1)(c) exige donc, outre une certaine puissance commerciale, un quelconque comportement susceptible de nuire à la concurrence. C'est la combinaison des deux qui fait que la réduction de la concurrence est indue.

Je me suis permis de citer ces longs extraits du jugement dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, non seulement parce que c'est la plus récente décision de la Cour suprême sur le sujet, mais plus particulièrement parce que le jugement indique d'une façon limpide que le caractère indu de l'effet de l'entente qui fait l'objet d'une poursuite en vertu de l'alinéa 45(1)(c) de la Loi, loin d'être une pure formalité, est un élément crucial dans la définition même du crime. En effet, selon des statistiques publiées, au-delà de la moitié des acquittements prononcés par les tribunaux dans les cas de poursuites intentées en vertu de l'alinéa 45(1)(c) (ou de ses pré-

fact that the Court was not persuaded that the agreement in question had an undue effect.³

Nothing in the information or in the other documents before the Trial Judge suggested that the Director already had the evidence he needed to undertake the kind of analysis which the Supreme Court held was necessary.

There is another error in the Trial Judge's reasoning. The respondents are notaries and the Director's inquiry dealt with an alleged agreement regarding the prices of their professional services. Subsection 45(7) of the Act provides:

45. . . .

(7) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

(a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or

(b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

In my opinion, the Director could not conclude that criminal offences had been committed by the respondents without first examining the possible application of this important legislative provision. It is clear that the evidence already available to him could not be used to undertake such a study.

However, though the Trial Judge erred when she concluded that the mere fact that the respondents subscribed to an agreement the effect of which was to set prices and limit the market sufficed to make them guilty of the offence mentioned in paragraph 45(1)(c), that does not mean that her conclusion was necessarily wrong. The Supreme Court just recently considered the point again (left open by the judgment in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*),⁴ namely whether sec-

³ See W. T. Stanbury, "Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform", Chapter 6, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (1991).

⁴ [1990] 1 S.C.R. 425.

décèsseurs) l'ont été parce que la Cour n'était pas satisfaite que l'effet de l'entente en question avait été indu³.

a Rien dans la dénonciation ni dans les autres documents devant le premier juge ne permet d'affirmer que le directeur disposait déjà des éléments de preuve qui lui auraient permis d'entreprendre le genre d'analyse mandatée par la Cour suprême.

b Il y a une deuxième erreur dans le raisonnement du premier juge. Les intimés sont des notaires et l'enquête du directeur porte sur une prétendue entente touchant le prix de leurs services professionnels. Or, le paragraphe 45(7) de la Loi édicte:

45. . . .

(7) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable s'il conclut que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à un service et à des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public:

a) soit dans l'exercice d'un métier ou d'une profession rattachés à ce service;

b) soit dans la collecte et la diffusion de l'information se rapportant à ce service.

À mon avis, le directeur ne pouvait pas conclure à la commission d'actes criminels par les intimés sans avoir au préalable étudié l'application possible de cette disposition législative importante. À l'évidence les preuves dont il disposait déjà ne permettaient pas cette étude.

g Toutefois, même si le premier juge a erré lorsqu'elle a conclu que le simple fait pour les intimés d'adhérer à une entente, dont l'effet était de fixer les prix et de limiter le marché, suffisait pour les rendre coupables de l'infraction visée à l'alinéa 45(1)c), cela ne veut pas dire que sa conclusion était nécessairement erronée. En effet, la Cour suprême a tout récemment réétudié la question (laissée ouverte par la décision dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*)⁴ à savoir

³ Voir W. T. Stanbury, «Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform», Chapitre 6, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (1991).

⁴ [1990] 1 R.C.S. 425.

tion 7 of the Charter provides residual protection against self-incrimination to a person who is compelled to testify. The protection is "residual" because the Charter already gives any witness the protection of section 13: his testimony cannot be used later to incriminate him. Even the secondary evidence resulting from his testimony may be excluded if the Court feels it was obtained in the circumstances described in subsection 24(2) of the Charter. However, the Court held that in some admittedly limited circumstances these protections (as well as those found in subsection 12(3) of the Act, *supra*, or subsection 5(2) of the *Canada Evidence Act*)⁵ will not suffice and in such cases merely compelling a suspect to testify could infringe the rules of fundamental justice.

In *R. v. S. (R.J.)*,⁶ the Court examined the question of the compellability of an accused person at the trial of another person charged with the same offence, but in another case. The Court held that there was a residual protection against self-incrimination but found that in the circumstances of that case the co-accused witness could not rely on it. On account of the number and diversity of the opinions expressed it is difficult to draw from the judgment any general rules that could serve as a guide in the case at bar, in which it is sought to compel the testimony of a suspect at an administrative inquiry. Since the Court returned to the latter point a few weeks later and made a clear and precise ruling on it, I will move on to the second case without further ado.

In *British Columbia Securities Commission v. Branch*,⁷ a hearing held pursuant to the *British Columbia Securities Act* [S.B.C. 1985, c. 83] was at issue. The respondents objected to being summoned as witnesses in an administrative inquiry on the ground that the inquiry could only be for the purpose of collecting evidence for their eventual prosecution. In a joint opinion by Sopinka and Iacobucci JJ., concurred in by five other judges, the Court made a decisive ruling on the point.

⁵ R.S.C., 1985, c. C-5.

⁶ [1995] 1 S.C.R. 451.

⁷ [1995] 2 S.C.R. 3.

si l'article 7 de la Charte accordait une protection résiduelle contre l'auto-incrimination à une personne contrainte à témoigner. La protection serait «résiduelle» parce que la Charte accorde déjà à tout témoin la protection de l'article 13: son témoignage ne peut pas être utilisé ultérieurement pour l'incriminer. Même la preuve dérivée qui résulte de son témoignage peut être exclue si le tribunal juge qu'elle a été obtenue dans les circonstances décrites au paragraphe 24(2) de la Charte. La Cour, toutefois, a décidé que dans certaines circonstances, très limitées d'ailleurs, ces protections (de même que celles qu'on retrouve au paragraphe 12(3) de la Loi, précitée, ou au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*)⁵ ne suffissent pas et que dans ces cas le simple fait de conscrire un suspect à témoigner pouvait nuire aux principes de la justice fondamentale.

Dans *R. c. S. (R.J.)*,⁶ la Cour a étudié la question de la contraignabilité d'une personne accusée lors du procès d'une autre personne accusée du même délit mais dans un autre dossier. La Cour a affirmé l'existence d'une protection résiduelle contre l'auto-incrimination, mais a décidé que le coaccusé témoin ne pouvait pas l'invoquer dans les circonstances de l'espèce. En raison du nombre et de la diversité des opinions exprimées il est difficile de déceler du jugement des principes directeurs qui peuvent nous servir de guide dans le cas présent où l'on cherche à contraindre le témoignage d'une personne suspecte lors de la tenue d'une enquête administrative. Puisque la Cour, quelques semaines plus tard, est revenue sur cette dernière question et y a statué de façon claire et précise je passe immédiatement à ce second arrêt.

Dans *British Columbia Securities Commission v. Branch*,⁷ il s'agissait d'une enquête tenue en vertu de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique [S.B.C. 1985, ch. 83]. Les intimés s'objectaient à leur assignation comme témoins devant une enquête administrative au motif que cette enquête ne pouvait qu'être aux fins de recueillir des preuves en vue d'une poursuite éventuelle contre eux. Dans une opinion conjointe des juges Sopinka et Iacobucci, à laquelle cinq autres juges ont souscrit, la Cour a tranché la question de façon définitive.

⁵ L.R.C. (1985), ch. C-5.

⁶ [1995] 1 R.C.S. 451.

⁷ [1995] 2 R.C.S. 3.

To begin with, Sopinka and Iacobucci JJ. set out the general rules which they derived from *S. (R.J.)*, *supra*, and from other earlier cases, at pages 14-16:

In view of the conclusions reached in *S. (R.J.)*, any test to determine compellability must take into account that if the witness is compelled, he or she will be entitled to claim effective subsequent derivative use immunity with respect to the compelled testimony or other appropriate protection. The common feature of the respective compellability tests proposed in the reasons in *S. (R.J.)* is that the crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose. This test strikes the appropriate balance between the interests of the state in obtaining the evidence for a valid public purpose on the one hand, and the right to silence of the person compelled to testify on the other.

In applying this test, the Court must first determine the predominant purpose for which the evidence is sought. To qualify as a valid public purpose, compelled testimony in a criminal prosecution or prosecution under a provincial statute must be for the purpose of obtaining evidence in furtherance of that prosecution. In *S. (R.J.)*, Sopinka J. suggested some guidelines for determining whether this is the predominant purpose. In other proceedings, discerning the purpose is more complex. Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes [*sic*] is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. In a prosecution, such evidence would simply be irrelevant. There may, however, be inquiries of this type and it would be difficult to justify compellability in such a case. In the vast majority of cases, including this case, the evidence has other relevance. In such cases, if it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceeding, but rather to incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination. If it is shown that the only prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness. The witness will be protected against such use. Further, if the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable.

Dans un premier temps, les juges Sopinka et Iacobucci ont établi les principes directeurs qu'ils tirent de l'arrêt *S. (R.J.)*, *supra*, ainsi que d'autres arrêts antérieurs, aux pages 14 à 16:

Vu les conclusions de l'arrêt *S. (R.J.)*, tout critère visant à déterminer la contraignabilité doit tenir compte du fait que, si la personne est contrainte à témoigner, elle pourra invoquer efficacement l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve dérivée relativement à ce témoignage forcé, ou une autre garantie appropriée. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, les divers critères proposés en matière de contraignabilité ont ceci de commun que la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime. Ce critère établit l'équilibre approprié, d'une part, entre l'intérêt qu'a l'État à obtenir des éléments de preuve pour une fin publique valide et, d'autre part, le droit de garder le silence que possède la personne contrainte à témoigner.

En appliquant ce critère, la Cour doit d'abord déterminer l'objet prédominant pour lequel le témoignage est demandé. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé, au cours de poursuites criminelles ou de poursuites intentées en vertu d'une loi provinciale, doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Sopinka a proposé certaines lignes directrices applicables pour déterminer si c'est là l'objet prédominant. Dans d'autres poursuites, discerner l'objet visé s'avère plus complexe. Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden* [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. Dans des poursuites, pareil témoignage ne serait tout simplement pas pertinent. Cependant, il peut y avoir des enquêtes de ce genre et il serait difficile de justifier la contraignabilité dans un tel cas. Dans la grande majorité des cas, y compris la présente affaire, le témoignage est pertinent à une autre fin. Dans de tels cas, s'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve pertinents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer. S'il est établi que le seul préjudice est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question. Celui-ci sera protégé contre une telle utilisation. De plus, le témoin qui peut établir que son témoignage

We recognize that the purpose of calling a particular witness will not be readily apparent and that such purpose must be inferred in many cases from the overall effect of the evidence proposed to be called. If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. If that relationship is reversed then no such inference may be drawn. As stated in *S. (R.J.)*, the issue of compellability may arise at the time when the witness is called to testify (the subpoena stage) and at a subsequent penal proceeding against the witness (the trial stage). By reason of the foregoing, the true purpose of the evidence will often not be apparent until the latter stage.

As in the case of any breach of *Charter* rights, the burden of establishing a breach is on the party alleging it. In this context, the burden of proof with respect to the predominant purpose of the compelled testimony will be on the witness who asserts that it is not sought for a legitimate purpose. If this is established, the witness should not be compelled unless the party seeking to compel the witness justifies the compulsion as referred to above.

If I read this passage correctly it is necessary, in determining the predominant purpose of an inquiry, to examine its entire context and in particular the legislative and regulatory background against which it is held. Only such an examination can indicate the real purpose of the testimony sought. The result in *Branch, supra*, is summarized by Sopinka and Iacobucci JJ. as follows, at pages 26-28:

We must determine the predominant purpose of such an inquiry at which a witness is compelled to attend. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J., writing for the Court referred to the regulatory nature of the *Securities Act* (at p. 589):

It is important to note from the outset that the [*Securities Act*] is regulatory in nature. In fact, it is part of a much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada. Its primary goal is the protection of the investor but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), at p. 1. [Emphasis added.]

risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable.

Nous reconnaissons que le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner ne sera pas si évident et que, dans bien des cas, il doit s'inférer de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir. Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. Dans la situation inverse, on ne peut pas faire une telle déduction. Tel que mentionné dans l'arrêt *S. (R.J.)*, la question de la contraignabilité peut se présenter au moment où la personne est assignée à témoigner (l'étape de l'assignation) et au cours de poursuites pénales ultérieures intentées contre le témoin (l'étape du procès). Compte tenu de ce qui précède, l'objet véritable du témoignage ne deviendra souvent évident qu'à l'étape ultérieure.

Comme dans le cas d'une violation de droits garantis par la *Charte*, c'est la partie qui allègue la violation qui a le fardeau d'en établir l'existence. Dans ce contexte, c'est le témoin qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas une fin légitime qui doit faire la preuve de l'objet prédominant de ce témoignage forcé. S'il fait cette preuve, le témoin ne devrait pas être contraint, sauf si la partie qui veut le contraindre justifie cette contrainte, tel que mentionné plus haut.

Si j'interprète bien ce passage, il est nécessaire, afin de déterminer l'objet prédominant d'une enquête, d'examiner tout son contexte et notamment le cadre législatif et réglementaire dans lequel elle est tenue. Seul cet examen permet de déceler le but réel du témoignage recherché. Le résultat dans le cas *Branch, supra*, est résumé par les juges Sopinka et Iacobucci comme il suit, aux pages 26 à 28:

Il nous faut déterminer l'objet prédominant d'une telle enquête à laquelle un témoin est forcé de comparaître. Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci parle, au nom de notre Cour, de la nature réglementaire de la *Securities Act* (à la p. 589):

Il importe tout d'abord de faire remarquer que la [*Securities Act*] est une loi de nature réglementaire. En fait, elle s'inscrit dans le cadre d'un régime de réglementation beaucoup plus vaste de l'industrie des valeurs mobilières au Canada. Elle vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), à la p. 1. [Nous soulignons.]

The goal of protecting our economy is a goal of paramount importance. In *Pezim*, the preeminence of securities regulation in our economic system was emphasized (at pp. 593 and 595):

This protective role, common to all securities commissions, gives a special character to such bodies which must be recognized when assessing the way in which their functions are carried out under their Acts.

The breadth of the [British Columbia Securities] Commission's expertise and specialization is reflected in the provisions of the [*Securities Act*]. Section 4 of the Act identifies the Commission as being responsible for the administration of the Act. The Commission also has broad powers with respect to investigations, audits, hearings and orders.

In reading these powerful provisions, it is clear that it was the legislature's intention to give the Commission a very broad discretion to determine what is in the public's interest

It must also be noted that the definitions in the [*Securities Act*] exist in a factual or regulatory context. They are part of the larger regulatory framework discussed above. They are not to be analyzed in isolation but rather in their regulatory context.

Clearly, this purpose of the Act justifies inquiries of limited scope. The Act aims to protect the public from unscrupulous trading practices which may result in investors being defrauded. It is designed to ensure that the public may rely on honest traders of good repute able to carry out their business in a manner that does not harm the market or society generally. An inquiry of this kind legitimately compels testimony as the Act is concerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance, namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. Often such inquiries result in proceedings which are essentially of a civil nature. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. Hence, the predominant purpose of the inquiry is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate Branch and Levitt. More specifically, there is nothing in the record at this stage to suggest that the purpose of the summonses in this case is to obtain incriminating evidence against Branch and Levitt. Both orders of the Commission and the summonses are in furtherance of the predominant purpose of the inquiry to which we refer above. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return: *S. (R.J.)*, *supra*.

In the case at bar the legislative and regulatory framework of the inquiry at which the respondents

La protection de notre économie constitue un objectif de première importance. Dans l'arrêt *Pezim*, on souligne la prééminence de la réglementation des valeurs mobilières dans notre système économique (aux pp. 593 et 595):

Ce rôle protecteur, qui est commun à toutes les commissions des valeurs mobilières, donne à ces organismes un caractère particulier qui doit être reconnu lorsqu'on examine la manière dont leurs fonctions sont exercées aux termes des lois qui leur sont applicables.

La [*Securities Act*] fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la [British Columbian Securities Commission]. Son article 4 précise que la Commission est responsable de son application. La Commission possède également de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances.

En lisant ces dispositions éloquentes, on se rend compte que la législature avait l'intention de conférer à la Commission un très vaste pouvoir discrétionnaire dans la détermination de ce qui constitue l'intérêt public

On doit aussi se rappeler que les définitions dans la [*Securities Act*] sont présentées dans un contexte de nature factuelle ou réglementaire. Elles font partie de l'ensemble du régime de réglementation qui a déjà été examiné. Elles ne doivent pas être analysées séparément, mais plutôt dans leur contexte de réglementation.

De toute évidence, cet objet de la Loi justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. La Loi vise à protéger le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes susceptibles de frauder les investisseurs. Elle vise à assurer que le public puisse se fier à des négociateurs honnêtes de bonne réputation qui sont en mesure d'exploiter leur entreprise d'une façon non préjudiciable au marché ou à l'ensemble de la société. Une enquête de ce genre contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour réglementer le secteur des valeurs mobilières. Pareilles enquêtes aboutissent souvent à des procédures de nature essentiellement civile. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. L'enquête a ainsi pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer Branch et Levitt. Plus précisément, il n'y a rien, à ce stade, dans le dossier qui porte à croire que les assignations en l'espèce ont pour objet d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre Branch et Levitt. Les ordonnances de la Commission et les assignations visent la réalisation de l'objet prédominant de l'enquête mentionné plus haut. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve: *S. (R.J.)*, *précité*.

Dans le cas qui nous occupe, le cadre législatif et réglementaire de l'enquête à laquelle les intimés ont

were summoned to testify rests primarily on the *Competition Act*. It states its purpose as follows [s. 1.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19]:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

This Act and its predecessors have already been examined and analysed by the Supreme Court on several occasions. In my opinion, the passages from the judgments cited below make it clear beyond any doubt that the analysis of the British Columbia *Securities Act* in *Branch, supra*, by Sopinka and Iacobucci JJ. also applies to the *Competition Act*.

In *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.*,⁸ Dickson J. (as he then was) said in an opinion concurred in by Beetz and Lamer JJ.:

Is it in fact accurate to say that s. 32(1)(c) is unconnected to a regulatory scheme? Staying for the moment with s. 32(1)(c) in isolation, what is notable about this provision is the vagueness of the offence it prescribes. The basic test for criminality is "unduly" restricting competition. Considered as criminal law this requirement of "undue" restriction has posed difficult interpretive questions for the courts. See *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731. Considered as economic legislation the specification of "undue" restriction makes the impact of s. 32(1) totally unpredictable in the absence of some policy direction afforded by a larger context.

Later in the same judgment Dickson J. stated, at pages 275-276:

The earlier parts of the *Combines Investigation Act* set out a complex administrative machinery. Part I of the Act provides for a system of investigation and research under which inquiries can be made by the Director of Investigations and Research. Part II supplements the investigatory procedure by provisions which allow the Director to prepare a report to be submitted to the Restrictive Trade Practices Commission, which in turn reports to the Minister of Consumer and Corpo-

⁸ [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 273.

été assignés à témoigner repose principalement sur la *Loi sur la concurrence*. Elle énonce son objet comme il suit [art. 1.1 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19]:

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Cette Loi, et ses prédécesseurs, a déjà été étudiée et analysée à plusieurs reprises par la Cour suprême. Les extraits des décisions ci-après citées démontrent, à mon avis, incontestablement, que l'analyse faite par les juges Sopinka et Iacobucci de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Branch, supra*, s'applique également à la *Loi sur la concurrence*.

Dans *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée et autre*⁸, le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef) dans une opinion avec laquelle les juges Beetz et Lamer se sont déclarés d'accord, a dit:

Est-il vraiment exact de dire que l'al. 32(1)(c) [aujourd'hui 45(1)(c)] n'a rien à voir avec un système de réglementation? Si l'on s'en tient pour le moment à l'al. 32(1)(c) pris isolément, ce qui est remarquable au sujet de cette disposition c'est l'imprécision de l'infraction qu'elle crée. Le critère de base de la criminalité est le fait de restreindre «indûment» la concurrence. Considérée comme du droit criminel, cette exigence d'une restriction «indue» a posé aux tribunaux des problèmes d'interprétation délicats. Voir l'arrêt *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731. Vue comme une disposition en matière économique, cette spécification d'une restriction «indue», en l'absence d'un principe directeur fourni par un contexte plus large, rend tout à fait imprévisible l'incidence du par. 32(1).

Plus loin dans le même arrêt, le juge Dickson déclare, aux pages 275 et 276:

Les premières parties de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* énoncent des mécanismes administratifs complexes. La partie I de la Loi établit une procédure d'enquête et de recherche en vertu de laquelle le directeur des enquêtes et recherches peut procéder à des enquêtes. La partie II complète la procédure d'enquête par des dispositions qui autorisent le directeur à dresser un rapport qui doit être soumis à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce qui, à son

⁸ [1983] 2 R.C.S. 206, à la p. 273.

rate Affairs assessing the effect on the public interest of the arrangements and practices in question and making recommendations as to the application of remedies to these arrangements and practices. These provisions are of relevance to an assessment of s. 32(1)(c) because they indicate the existence of a process by which a policy is evolved to give substance to the offence of "unduly" restricting competition.

Even before the promulgation of the 1976 amendments which elaborated these administrative procedures, the determination of what was an illegal business combination was at least partly an administrative decision made on the basis of economic policy considerations. In [*Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement*] (1969), 47 Can. Bar Rev. 161, Professor McDonald says at pp. 211 and 213:

The decision to prosecute is usually made only after the parties and the facts of each case have been subjected to investigation by the Director of Investigation and Research and to a hearing before the Restrictive Trade Practices Commission in accordance with the provisions of the Act. Indeed, the scheme of the statute envisages the decision to prosecute only being made after the winnowing process of the administrative discretions, upon consideration of the Restrictive Trade Practices Commission view of the effect of the arrangement upon the public interest, and after the exercise of any relevant political judgment.

Often the critical aspect of enforcement is not who absorbs the cost, but rather who exercises any discretion as to whether, and if so whom, to prosecute. This can be very important in anti-combines cases because only at this point may such factors as unequal business pressures, the extent of complicity or economic effect be accommodated. The decision is presumably also based partly on the Commission's appraisal of the public interest involved, and upon the Commission's recommended remedies.

Section 32(1)(c) depends upon the administrative machinery which controls the exercise of this discretion.

In *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*⁹ Estey J., for the Court, said:

The area under investigation concerns trading crimes which by nature are difficult of investigation. Persons conspiring to profit improperly from trade combinations do not create much physical evidence and have every opportunity to disguise their conduct. The impact of the crime on the individuals affected is in each case very small in economic terms but in gross pro-

⁹ [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 238.

tour, doit remettre au ministre de la Consommation et des Corporations un rapport contenant une appréciation de l'effet sur l'intérêt public des arrangements et pratiques en question ainsi que des recommandations sur l'application de certains recours à ces arrangements et pratiques. Ces dispositions sont utiles pour analyser l'al. 32(1)c) [aujourd'hui 45(1)c)] parce qu'elles révèlent l'existence d'un processus d'élaboration d'une politique destinée à préciser l'infraction qui consiste à limiter «indûment» la concurrence.

Même avant la promulgation des modifications de 1976 qui ont mis au point cette procédure administrative, la détermination de ce qui constituait une coalition commerciale illégale était, du moins en partie, une décision administrative fondée sur des considérations relevant du domaine de la politique économique. Dans [*Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement*] (1969), 47 R. du B. Can. 161, le professeur McDonald affirme, aux pp. 211 à 213:

[TRADUCTION] Habituellement, la décision de poursuivre n'est prise dans chaque cas qu'au terme d'une enquête sur les parties et sur les faits menée par le directeur des enquêtes et recherches et à l'issue d'une audience devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce conformément à la Loi. En fait, celle-ci envisage que la décision de poursuivre sera prise seulement après un examen minutieux des pouvoirs discrétionnaires administratifs, après examen de l'avis de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce quant à l'effet de l'arrangement sur l'intérêt public et après l'exercice, s'il y a lieu, d'un jugement politique.

Souvent la question délicate que pose l'application est de savoir non pas qui en assumera le coût, mais plutôt qui exercera le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y aura des poursuites et, dans l'affirmative, contre qui. Cela peut revêtir une importance capitale dans les affaires relatives aux coalitions parce que ce n'est qu'à ce stade qu'on peut tenir compte de facteurs tels que l'inégalité des pressions commerciales, l'étendue de la complicité ou l'incidence sur le plan économique. De plus, la décision se fonde vraisemblablement, en partie, sur l'appréciation que fait la Commission de l'intérêt public qui est en jeu, et sur les recours qu'elle recommande.

L'alinéa 32(1)c) est assujéti aux mécanismes administratifs qui régissent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaires.

Dans *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*⁹, le juge Estey, au nom de la Cour, a dit:

Le domaine d'enquête en cause concerne les crimes commerciaux qui par nature font difficilement l'objet d'une enquête. Les personnes qui complotent de profiter à tort de quelque tractation commerciale ne laissent guère de preuves matérielles derrière elles et elles ont toute l'occasion voulue pour camoufler leur conduite. L'effet du crime sur les indivi-

⁹ [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 238.

duces sizeable criminal profit. Again this type of crime requires more than the usual combination of informants and complainants from the public at large. The demonstration of the crime generally requires the early and active investigative action by the state itself. An awareness of these concerns by the legislators is apparent when the investigative program established in the Act is read as a whole. The interpretation of the Act in its dying days and of the successor statute will perhaps attract different tests and standards not applicable in these proceedings when the issues then before the courts will have arisen after the advent of the *Charter*.

(In my opinion the qualification made by Estey J. in the last sentence of the quoted passage does not in any way alter his analysis of the purposes of an inquiry held pursuant to the Act.)

In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*,¹⁰ Dickson C.J., speaking for a unanimous Court, said the following:

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*,¹¹ four of the five judges who wrote had occasion to examine the purpose of the Act. Although they differed on several other points, their statements are very relevant to the problem now before this Court.

First, Wilson J. at pages 487-488:

The part of the *Combines Investigation Act* in which s. 17 appears serves two legislative purposes. First, it provides for the effective investigation of suspected criminal and quasi-

dues touchés est, dans chaque cas, négligeable sur le plan économique, mais il génère globalement un profit criminel important. Faut-il le redire, ce genre de crime exige plus, pour le combattre, que la combinaison habituelle de dénonciateurs et de plaignants en provenance du grand public. La preuve du crime requiert généralement des mesures d'enquête promptes et actives de la part de l'État lui-même. La conscience de ces préoccupations par le législateur est apparente lorsque la procédure d'enquête établie par la Loi est envisagée dans son ensemble. L'interprétation de la Loi, pendant les derniers jours où elle s'appliquera, et celle de la loi qui lui succédera, appelleront peut-être des critères et des normes différents, inapplicables en l'espèce, alors que les litiges dont les tribunaux seront alors saisis seront nés après l'avènement de la *Charte*.

(À mon avis, la réserve faite par le juge Estey dans la dernière phrase du passage cité, ne change en rien son analyse des objets d'une enquête tenue en vertu de la Loi.)

Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*¹⁰, le juge en chef Dickson, au nom d'une cour unanime, a déclaré ce qui suit:

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*¹¹, quatre des cinq juges qui ont écrit ont eu l'occasion d'étudier l'objet de la Loi. Bien qu'ils différaient d'opinion sur plusieurs autres questions, leurs déclarations sont très pertinentes au problème qui nous occupe aujourd'hui.

D'abord, le juge Wilson, à la page 488:

La partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans laquelle figure l'art. 17 sert deux objectifs législatifs. En premier lieu, elle assure la tenue d'enquêtes efficaces sur les acti-

¹⁰ [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676.

¹¹ [1990] 1 S.C.R. 425.

¹⁰ [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 676.

¹¹ [1990] 1 R.C.S. 425.

criminal activity. Second, it makes it possible to monitor economic activity in Canada so as to ensure that the government's economic objectives are met. There can be little doubt that each of these legislative objectives are [sic] of sufficient importance to warrant infringement of individual rights and freedoms. Society has a very real interest both in controlling crime and in ensuring the stability of the market place.

La Forest J., for his part, said at pages 509-510:

Nor do I regard it as determinative that the Act defines offences and provides for the imprisonment of those who commit them. While I recognize that these features give the Act something of the flavour of criminal law, I do not believe that the fact that an Act provides for sanctions usually associated with the criminal law necessarily means that those subject to its operation have the same expectations of privacy as persons suspected of committing what are by their very nature criminal offences. While I will have more to say about this matter later, it is for the present sufficient to observe that there are pragmatic reasons for the inclusion of imprisonment among the sanctions provided for in the Act which do not alter its essential character as regulatory legislation and which are in fact indicative of the activities and matters it is designed to regulate.

What, in my view, is determinative is the nature of the conduct addressed by the legislation and the purposes for which it is designed to regulate that conduct. There can be little doubt that the conduct prohibited by the Act is far removed from what is the typical concern of the criminal law system, i.e. the "underlining [of] crucial social values" (emphasis added) where "[t]he sort of things prohibited—acts of violence, dishonesty and so on—are acts violating common sense standards of humanity" which we regard as meriting disapprobation and punishment; see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976), at pp. 3, 5 and 7; see also *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), at p. 503; reasons adopted [1984] 1 S.C.R. 266; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70. At bottom, the Act is really aimed at the regulation of the economy and business, with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. This goal has obvious implications for Canada's material prosperity.

Additionally, at pages 510-511:

The Act is thus not concerned with "real crimes" but with what has been called "regulatory" or "public welfare" offences. The distinction is clearly made by the Law Reform Commission of Canada in *Criminal Responsibility for Group Action* (Working Paper 16, 1976), at pp. 11-12. After having defined real crimes as those concerned with the reinforcement of society's fundamental values, the Commission says, at p. 12, that a regulatory offence

vités criminelles ou quasi criminelles dont on soupçonne l'existence. En second lieu, elle permet de surveiller l'activité économique au Canada afin d'assurer la réalisation des objectifs économiques du gouvernement. Il ne fait guère de doute que chacun de ces objectifs législatifs est suffisamment important pour justifier qu'on porte atteinte à des droits et libertés individuels. La société a véritablement intérêt à ce que le crime soit réprimé et à ce que la stabilité du marché soit assurée.

Pour sa part, le juge La Forest déclare, aux pages 509 et 510:

Je ne considère pas non plus comme déterminant le fait que la Loi définisse des infractions et prévoise des peines d'emprisonnement pour ceux qui les commettent. Bien que j'admette que ces aspects donnent à la Loi une certaine saveur de droit criminel, je ne crois pas que le fait qu'une loi prévoit des sanctions habituellement associées au droit criminel signifie nécessairement que les personnes assujetties à son application ont les mêmes attentes en matière de respect de leur vie privée que les personnes soupçonnées d'avoir commis ce qui constitue en soi des infractions criminelles. Je reviendrai là-dessus plus loin, il suffit pour l'instant de souligner qu'il existe des raisons pragmatiques de prévoir l'incarcération parmi les sanctions prévues par la Loi, qui ne modifient pas sa nature essentiellement réglementaire et qui révèlent effectivement les activités et pratiques qu'elle a pour but de réglementer.

À mon avis, ce qui est déterminant, c'est la nature de la conduite visée par la Loi et les raisons pour lesquelles celle-ci est conçue pour réglementer cette conduite. Il n'y a pas de doute que la conduite interdite par la Loi s'écarte considérablement de ce qui constitue le domaine typique du système de droit criminel, c'est-à-dire la «[mise] en lumière [d]es valeurs sociales fondamentales» (je souligne) ou «[l]es comportements prohibés, par exemple, les actes de violence ou de malhonnêteté, sont des comportements qui violent des normes humanitaires imposées par le sens commun», et qui justifient qu'on les désapprouve et les sanctionne; voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), aux pp. 4, 5 et 7; voir également l'arrêt *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.I.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), à la p. 503, motifs retenus à [1984] 1 R.C.S. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.S.C. 30, à la p. 70. Au fond, la Loi vise réellement la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Cet objectif comporte évidemment des conséquences pour la prospérité matérielle du Canada.

Et encore, aux pages 510 et 511:

La Loi ne porte donc pas sur des «crimes proprement dits» mais sur ce que l'on appelle des infractions de nature «réglementaire» ou contre le «bien-être public». La Commission de réforme du droit du Canada établit clairement cette distinction dans son document de travail *Responsabilité pénale et conduite collective* (document de travail 16, 1976), aux pp. 11 et 12. Après avoir défini les crimes proprement dits comme ceux qui concernent le renforcement des valeurs fondamentales de la

is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

The regulatory nature of the offences defined in the Act is made clear by even a cursory consideration of the secondary literature on Canadian competition law. That literature concerns itself with the question of whether Canada should have anti-combines legislation as much as with the sufficiency and details of the legislation. The potential effectiveness of combines legislation in achieving the goals I have referred to, and the possible ill-effects the pursuit of these goals may have on our international competitiveness, have been much debated. It is difficult to imagine a similarly pragmatic and instrumental debate in respect of the offences, such as murder, assault or theft, which we would immediately and unhesitatingly regard as concerned with criminal behaviour and deserving of punishment.

And finally, at pages 511-512:

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

Next, L'Heureux-Dubé J. said, at pages 593-594:

... the Act's purpose is to eradicate practices that impair free competition in the market-place. First, in my view, it cannot be disputed (and indeed it was not disputed before this Court) that this legislative purpose serves important socio-economic interests. Second, the existence of a mechanism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. That the mandatory production of corporate docu-

société, la Commission affirme, à la p. 12, que dans le cas de l'infraction de nature réglementaire

[i] ne s'agit pas cette fois de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

La nature réglementaire des infractions définies dans la Loi ressort clairement d'un examen même superficiel des ouvrages de doctrine accessoires sur le droit de la concurrence au Canada. Ces ouvrages portent tout autant sur la question de savoir si le Canada devrait avoir des lois anticoalitions que sur le caractère suffisant et les détails de la loi. L'efficacité potentielle d'une loi en matière de coalitions, pour ce qui est de réaliser les objectifs que j'ai mentionnés, et les effets néfastes que peut avoir la poursuite de ces objectifs sur notre concurrence sur le plan international ont fait l'objet de nombreux débats. Il est difficile d'imaginer un débat aussi pragmatique et pratique à l'égard des infractions, comme le meurtre, les voies de fait ou le vol, que nous considérerons automatiquement et sans hésitation comme un comportement criminel méritant d'être puni.

Et enfin, aux pages 511 et 512:

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

Ensuite, le juge L'Heureux-Dubé dit, aux pages 593 et 594:

... la Loi a pour objet d'éliminer les pratiques contraires à la libre concurrence sur le marché. Premièrement, selon moi, on ne peut contester (et on ne l'a pas fait non plus devant nous) que l'objet de la Loi sert des intérêts socio-économiques importants. Deuxièmement, de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Il est clair, selon

ments is rationally connected to the Act's main purpose is in my view clear.

Finally, under the heading "Purpose of the Act" Sopinka J. [at page 597] simply quoted part of the passage from the judgment of Dickson C.J. in *General Motors, supra*, which I have reproduced above.

In the Supreme Court's most recent judgment on the point, *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, I adopt the following two passages from the judgment of Gonthier J., at pages 648-649:

At the outset, it must be noted that the Act is central to Canadian public policy in the economic sector, and that s. 32 is itself one of the pillars of the Act.

The Act can thus be seen as a central and established feature of Canadian economic policy.

Before concluding this review of the legislative and regulatory background to the inquiry held pursuant to the Act, I would add two comments.

First, as several of the passages cited above made clear, the content of the Act is far from being exclusively criminal. Even in cases where the inquiry indicates that a crime was committed it is far from certain that this will result in a criminal prosecution in which a conviction is sought. Since 1952 the Act has allowed the authorities to seek a kind of injunction from the criminal courts. Subsection 34(2) [as am. *idem*, s. 28] reads:

34. . . .

(2) Where it appears to a superior court of criminal jurisdiction in proceedings commenced by information of the Attorney General of Canada or the attorney general of the province for the purposes of this section that a person has done, is about to do or is likely to do any act or thing constituting or directed toward the commission of an offence under Part VI, the court may prohibit the commission of the offence or the doing or continuation of any act or thing by that person or any other person constituting or directed toward the commission of the offence.

According to the writer Stanbury, *supra*, the Crown increasingly uses this procedure under the acronym POWC (Prohibition Order without Conviction).

moi, que la production obligatoire des documents d'une société est logiquement liée à l'objet principal de la Loi.

Enfin, le juge Sopinka [à la page 597] sous la rubrique «L'objet de la Loi» s'est contenté de citer une partie du passage du jugement du juge en chef Dickson dans l'affaire *General Motors, supra*, que j'ai reproduit plus haut.

Dans le plus récent arrêt de la Cour suprême sur la question, celui de *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, je retiens les deux passages suivants du jugement du juge Gonthier, aux pages 648 et 649:

Tout d'abord, il faut noter que la Loi est un élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique et que l'art. 32 est lui-même l'un des piliers de la Loi.

La Loi peut donc être qualifiée d'instrument central et établi de la politique économique du Canada.

Avant de terminer cette étude du cadre législatif et réglementaire de l'enquête tenue en vertu de la Loi, j'ajouterais deux commentaires.

Dans un premier temps, comme plusieurs des passages cités plus haut ont signalé, la Loi est loin d'être exclusivement de nature criminelle. Même dans les cas où l'enquête révélera la commission d'un crime, il est loin d'être acquis que la conséquence sera une poursuite criminelle dans laquelle une condamnation est recherchée. En effet, depuis 1952 la Loi permet aux autorités de demander aux tribunaux de juridiction criminelle une sorte d'injonction. Le paragraphe 34(2) [mod., *idem*, art. 28] se lit:

34. . . .

(2) Lorsqu'il apparaît à une cour supérieure de juridiction criminelle dans des procédures commencées au moyen d'une plainte du procureur général du Canada ou du procureur général de la province, pour l'application du présent article, qu'une personne a accompli, est sur le point d'accomplir ou accomplira vraisemblablement un acte ou une chose constituant une infraction visée à la partie VI, ou tendant à la perpétration d'une telle infraction, le tribunal peut interdire la perpétration de cette infraction ou l'accomplissement ou la continuation, par cette personne ou toute autre personne, d'un acte ou d'une chose constituant une telle infraction ou tendant à sa perpétration.

Selon l'auteur Stanbury, précité, la Couronne se sert de plus en plus de cette procédure connue sous l'acronyme de POWC (*Prohibition Order without Conviction*).

Secondly, I note that the Act now allows the authorities to make use of purely civil proceedings in the Competition Tribunal. This is an administrative tribunal which has no criminal jurisdiction. Subsection 79(1) [as am. *idem*, s. 45] is specially relevant to the case at bar:

79. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
- (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

The term "anti-competitive act" is given a non-limiting definition in section 78 [as am. *idem*] of the Act and it seems to me it should include the commission of an offence prescribed by section 45.

I conclude from this that the inquiry at which the respondents have been summoned to testify will be held to achieve legitimate, public and important objectives and is not simply designed to incriminate the respondents. Accordingly, this inquiry meets the standards laid down by the Supreme Court in *Branch, supra*, and therefore the summonses do not infringe the rules of natural justice.

I should mention a final point. The respondents specifically relied on a paragraph of Lamer C.J.'s minority opinion in *S. (R.J.), supra*. The paragraph in question reads as follows, at page 471:

As an example of a situation where a judicial exemption from compellability would, in my view, be warranted, the following hypothetical case can be considered. Suppose that the members of a trade association in a particular industry met and agreed upon a scheme to fix the prices of the goods they produced, an indictable offence under s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. Suppose further that the Director of Investigation and Research obtained documents clearly indicating the persons involved and the nature of their involvement—for example, an agreement to fix prices signed by the parties. If the Director commenced an inquiry and obtained

En second lieu, je note que la Loi permet maintenant aux autorités de recourir à des procédures de nature purement civile devant le Tribunal de la concurrence. Ce dernier est un Tribunal administratif n'ayant aucune compétence en matière criminelle. Dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 79(1) [mod., *idem*, art. 45] est particulièrement pertinent:

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante:

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la occurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Le terme « agissement anti-concurrentiel » est défini de façon non limitative à l'article 78 [mod., *idem*] de la Loi et il me semble qu'il devrait comprendre la commission d'une infraction visée à l'article 45.

J'en conclus que l'enquête à laquelle les intimés ont été assignés à témoigner sera tenue pour répondre à des objectifs légitimes, publics et importants et n'a pas pour but simplement d'incriminer les intimés. Donc, cette enquête répond aux critères établis par la Cour suprême dans l'affaire *Branch, supra*, et par conséquent les ordonnances d'assignation ne violent pas les principes de la justice fondamentale.

Je dois mentionner un dernier point. Les intimés ont spécifiquement invoqué un paragraphe de l'opinion minoritaire du juge en chef Lamer dans l'arrêt *S. (R.J.), supra*. Le paragraphe en question se lit comme il suit, à la page 471:

Le cas hypothétique suivant est un exemple d'une situation où, à mon avis, une cour est justifiée d'exempter une personne de l'obligation de témoigner. Supposons que les membres d'une association professionnelle d'un secteur d'activité donné se réunissent et s'entendent sur un plan pour fixer les prix des marchandises qu'ils produisent, ce qui constitue un acte criminel visé à l'al. 45(1)(c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Supposons également que le directeur des enquêtes et recherches obtienne des documents identifiant clairement les personnes impliquées et la nature de leur implication, par exemple un accord de fixation de prix signé par les

subpoenas compelling the signatories to testify, it would, in my view, be open to the signatories to apply to the Court for an exemption from compulsion to testify. In such a case, where the facts revealed that the Director had already concluded that an offence had been committed and had identified the parties to the offence, the court would be justified in concluding that forcing the suspects to testify would violate their s. 7 rights. In these circumstances, I believe the court would have the discretion to declare the subpoenas to be of no force and effect, thereby excusing the suspects from testifying.

What is one to say of this “hypothetical case”?

First, of course, I note that none of the Chief Justice’s colleagues adopted his opinion. The paragraph is an isolated *obiter dictum*.

Second, and I say this with respect, I feel that the “hypothetical case” is based on exactly the same mistake which I have identified in the reasoning of the Trial Judge in the case at bar: it completely disregards both the “unduly” component and the special situation mentioned in subsection 45(7) of the Act and jumps immediately from existence of the agreement to the commission of a criminal offence. I repeat: an agreement to set prices is not in itself a criminal offence.

Finally, the analysis of the purpose of the inquiry and its legislative and regulatory background required by *Branch, supra*, is completely absent. That analysis would have shown that the predominant purpose of the inquiry was to pursue economic and commercial objectives of great importance to the public, not to incriminate the respondents.

I therefore conclude that the paragraph in question does not assist the respondents in any way.

I would allow the appeal with costs, set aside the Trial Division judgment and dismiss the respondents’ application with costs.

DÉCARY J.A.: I concur.

CHEVALIER D.J.: I concur.

parties. Si le directeur commençait une enquête et obtenait des assignations forçant les signataires à témoigner, ces derniers pourraient, à mon avis, demander à la cour une exemption de l’obligation de témoigner. Dans ce cas, où les faits révèlent que le directeur a déjà conclu qu’une infraction a été commise et a identifié les parties à l’infraction, la cour serait justifiée de conclure que contraindre les suspects à témoigner violerait les droits que leur garantit l’art. 7. Dans ces circonstances, je crois que la cour aurait le pouvoir discrétionnaire de déclarer les assignations inopérantes, dégageant ainsi les suspects de l’obligation de témoigner.

Que dire de ce «cas hypothétique»?

Dans un premier temps, évidemment, je note qu’aucun des collègues du juge en chef n’a adopté son opinion. Le paragraphe est un *obiter dictum* isolé.

Dans un second temps, et je le dis avec respect, je suis d’avis que le «cas hypothétique» est basé sur exactement la même erreur que celle que j’ai identifiée dans le raisonnement du juge de première instance dans la présente affaire: il fait complètement abstraction tant de l’élément «indûment» que de la situation spéciale prévue au paragraphe 45(7) de la Loi et il saute immédiatement de l’existence de l’entente à la commission d’un acte criminel. Je le répète: une entente pour fixer les prix, sans plus, n’est pas un acte criminel.

Finalement, l’analyse de l’objet de l’enquête et de son cadre législatif et réglementaire qui est exigée par l’arrêt *Branch, supra*, manque complètement. Cette analyse aurait révélé que l’objet prédominant de l’enquête était de poursuivre des objectifs économiques et commerciaux de grande importance pour le public et non pas d’incriminer les intimés.

J’en conclus que le paragraphe en question n’est d’aucun secours aux intimés.

J’accueillerais l’appel avec dépens, je casserais le jugement de la Section de première instance et je rejetterais la demande des intimés avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis d’accord.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je suis d’accord.