

T-1027-00

T-1027-00

The Commissioner of Competition (*Applicant/Respondent*)

Le Commissaire de la concurrence (*demandeur/intimé*)

v.

c.

Air Canada, Robert Milton, Lise Fournel, M. Robert Peterson, Calin Rovinescu (*Respondents/Petitioners*)

Air Canada, Robert Milton, Lise Fournel, M. Robert Peterson, Calin Rovinescu (*défendeurs/requérants*)

and

et

853350 Alberta Ltd., Canadian Airlines Corporation, Canadian Airlines International Ltd., Canadian Regional Airlines (1998) Ltd. (*Respondents*)

853350 Alberta Ltd., Canadian Airlines Corporation, Lignes aériennes canadien international Ltée, Lignes aériennes canadien régional (1998) Ltée, (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. AIR CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. AIR CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, July 10 and 21, 2000.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 10 et 21 juillet 2000.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — R. 399 motion to set aside ex parte order requiring air carrier to divulge records in inquiry into predatory pricing, abuse of dominant position, contrary to Competition Act — R. 399 applicable to ex parte orders under Competition Act, s. 11 — Order, to be set aside, must be based on misleading, incomplete, incorrect facts — To be upheld, order must relate to production of information, documents for purpose of inquiry, not prosecution of criminal offence — Documents sought, questions asked relevant to Commissioner's inquiry — Motion to set aside heard by different judge from one granting ex parte order due to exceptional circumstances.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête présentée en vertu de la règle 399 pour faire annuler l'ordonnance rendue ex parte qui requiert le transporteur aérien de produire des documents dans le cadre d'une enquête portant sur la pratique de prix d'éviction et d'abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — La règle 399 s'applique aux ordonnances rendues ex parte en vertu de l'art. 11 de la Loi sur la concurrence — Pour annuler cette ordonnance, il faut établir qu'elle est fondée sur des faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects — Pour que l'ordonnance soit maintenue, elle doit être liée à la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête, et non pas pour les fins d'une poursuite criminelle — Les documents demandés et les questions posées sont pertinentes à l'enquête du commissaire — À cause de circonstances exceptionnelles, la requête en annulation a été entendue par un juge autre que celui qui a accordé l'ordonnance ex parte.

Competition — Motion to set aside ex parte order to produce records, information issued under Competition Act, s. 11(1)(b), (c) — Commissioner of Competition inquiring into air carrier's conduct related to predatory pricing, abuse of dominant position contrary to Competition Act — Under Act, s. 11, Court must be satisfied inquiry commenced, person subject to order likely to have information relevant to inquiry — Material sought relevant.

Concurrence — Requête en annulation d'une ordonnance rendue ex parte en vertu de l'art. 11(1)(b) et c) de la Loi sur la concurrence, enjoignant de produire des documents et des renseignements — Enquête du commissaire de la concurrence sur le comportement du transporteur aérien concernant la pratique de prix d'éviction et l'abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — Selon l'art. 11 de la Loi, le Tribunal doit être convaincu qu'une enquête a commencé, et qu'il est probable que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance est en possession

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Competition Act, s. 11 said to infringe Charter, s. 8 — Information required to be produced for purposes of inquiry only, not prosecution — Not falling within category of self-incriminating disclosure — Production not compulsion in nature of forced labour — Information now being kept in electronic form — To protect information from disclosure as not previously in documentary form could prevent Commissioner from discharging statutory duty of inquiry — Act, s. 11(1)(c) not unconstitutional.

This was a motion under rule 399 to have an *ex parte* order of Tremblay-Lamer J. set aside or varied. That order required Air Canada to divulge certain records in the context of an inquiry into predatory pricing and abuse of dominant position, contrary to paragraph 50(1)(c) and section 79 of the *Competition Act*. It was argued on behalf of Air Canada that the Commissioner of Competition had put forward insufficient evidence to constitute reasonable grounds for believing that the carrier was guilty of predatory pricing or had abused its dominant position. Counsel for Air Canada also submitted that the material put before Tremblay-Lamer J. did not disclose evidence of a policy or practice of anti-competitive acts and that the matching of a competitor's price is not abusive conduct. Two issues were raised on this motion: (1) whether the circumstances were appropriate to justify the varying or rescinding of the *ex parte* order, and (2) whether section 11 of the *Competition Act* is unconstitutional because it allows unreasonable search and seizure contrary to section 8 of the Charter.

Held, the motion should be dismissed.

(1) Rule 399 applies to orders issued under section 11 of the *Competition Act*, and when such orders are obtained from the Federal Court, they are governed by the *Federal Court Rules, 1998*. An order of the Court, even an *ex parte* order, should not be lightly set aside. What must be proven is that the order that was granted was based on misleading, incomplete or incorrect facts. If it can be demonstrated that the documents or information are irrelevant to the inquiry, the portions of the order that require their production can be vacated. Moreover, if there are considerations of unconstitutionality or other illegality that have not been brought to the attention of the issuing judge, these can be raised in a rule 399 motion when the order in question is an *ex parte* one. When assessing whether a variation or setting aside of a section 11 order is justified, it is essential, for the order to

de documents pertinents à l'enquête — Les documents demandés étaient pertinents.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — L'art. 11 de la Loi sur la concurrence porterait atteinte à l'art. 8 de la Charte — Documents requis pour les fins d'une enquête uniquement, non pas pour les fins d'une poursuite — Ils ne tombent pas dans la catégorie de la divulgation incriminante — La production n'est pas une contrainte de la nature d'un travail forcé — Les documents sont maintenant conservés sous forme électronique — Empêcher la divulgation des documents au motif qu'ils n'existaient pas précédemment en format papier pourrait empêcher le commissaire de remplir sa fonction d'enquête prévue à la Loi — L'art. 11(1)c) de la Loi n'est pas inconstitutionnel.

Il s'agissait d'une requête présentée en vertu de la règle 399 pour faire modifier ou annuler une ordonnance rendue *ex parte* par le juge Tremblay-Lamer. L'ordonnance requerrait Air Canada de produire certains documents dans le cadre d'une enquête de pratique de prix d'éviction et d'abus de position dominante en contravention de l'alinéa 50(1)c) et de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*. Air Canada a soutenu que la preuve soumise par le commissaire de la concurrence n'était pas suffisante pour conclure qu'à des motifs raisonnables de croire que le transporteur avait commis une infraction consistant à pratiquer des prix d'éviction ou avait eu un comportement qui constitue un abus de position dominante. L'avocat d'Air Canada a également prétendu que les documents produits devant le juge Tremblay-Lamer n'ont pas établi l'existence d'une politique ou d'une pratique ayant pour effet de diminuer la concurrence et que l'appariement de tarifs avec ceux d'un concurrent n'est pas un comportement abusif. La requête soulevait deux questions: 1) les circonstances justifiaient-elles de modifier ou d'annuler une ordonnance *ex parte* et 2) l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* est-il inconstitutionnel du fait qu'il permet une perquisition ou une saisie abusive en violation de l'article 8 de la Charte.

Jugement: la requête est rejetée.

1) La règle 399 s'applique aux ordonnances rendues en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* et lorsque de telles ordonnances émanent de la Cour fédérale, elles sont soumises aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Une ordonnance de la Cour, même une ordonnance rendue *ex parte*, ne doit pas être annulée à la légère. Il faut établir que l'ordonnance a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects. S'il peut être établi que les documents ou les renseignements ne sont pas pertinents à l'enquête, la partie de l'ordonnance qui requiert leur production peut être annulée. De plus, s'il existe des considérations d'inconstitutionnalité ou liées à d'autres illégalités qui n'ont pas été soulevées devant le juge qui a rendu l'ordonnance, celles-ci peuvent être soulevées dans le cadre d'une requête présentée en application de la

be upheld, that it relate to the production of information and documents for the purpose of an inquiry, not for the prosecution of a criminal offence. Under section 11 of the *Competition Act*, the Court must satisfy itself that an inquiry has been commenced and that the person against whom the order is made is likely to have information relevant to the inquiry. Air Canada has not demonstrated that Tremblay-Lamer J. granted the order on the basis of information that was incomplete, misleading or incorrect. Neither has it shown that the documents that were sought and the questions that were asked were irrelevant to the Commissioner's inquiry.

(2) It was argued that section 11 of the Act is unconstitutional on the ground that it allows unreasonable search and seizure contrary to section 8 of the Charter. Section 11, which provides that a judge may, not shall, issue an order, confers a residual discretion upon the judge. It does not authorize the issuing of an order to produce information if the Commissioner were acting on a whim. A court may not grant a section 11 order on the basis of a bald assertion by the Commissioner that an inquiry has been commenced. It must be satisfied that the person against whom the order is sought is likely to have relevant information, and it may refuse to grant an order if there is insufficient evidence to support a conclusion that a *bona fide* inquiry has been commenced. Air Canada's argument, that the requirement to make a written return under oath as to the information produced amounted to compulsion in the nature of forced labour, did not prevail. In assessing whether oral testimony and documents could be compelled, it is relevant to consider whether the predominant purpose for seeking the evidence was to obtain incriminating evidence against the person who was being compelled to testify, or whether it was to serve some legitimate public purpose. The information that Air Canada was being required to produce was for the purpose of an inquiry only, not for the purpose of a prosecution; it does not fall within the category of a self-incriminating disclosure. Such information is to be produced as an answer to written interrogatories, rather than orally through the discovery of various employees and officers of Air Canada. Production of the information in a "new" documentary form results from the fact that the information is now kept in electronic form. To protect that information from disclosure because it was not in documentary form, could prevent the Commissioner from discharging his statutory duty of inquiry.

A motion to vary or set aside an order should be brought before the judge who issued that order. However, there

règle 399 lorsque l'ordonnance en question a été rendue *ex parte*. Pour déterminer si la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 est justifiée, il est essentiel, pour que l'ordonnance soit maintenue, qu'elle porte sur la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête et non d'une poursuite criminelle. Selon l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*, le tribunal doit être convaincu qu'une enquête a débuté et que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance a vraisemblablement en sa possession des renseignements pertinents à l'enquête. Air Canada n'a pas établi que le juge Tremblay-Lamer a rendu une ordonnance sur la foi de renseignements incomplets, trompeurs ou erronés. Tout comme elle n'a pas établi que les documents demandés et les questions posées n'étaient pas pertinents à l'enquête du commissaire.

2) Selon l'argument avancé, l'article 11 de la Loi est inconstitutionnel parce qu'il permet des perquisitions et des saisies abusives, en violation de l'article 8 de la Charte. L'article 11, qui prévoit qu'un juge peut, et non pas doit, rendre une ordonnance, lui confère un pouvoir discrétionnaire résiduel. Il ne permet pas de rendre une ordonnance obligeant à produire des renseignements si le commissaire agissait par caprice. Un tribunal ne peut rendre une ordonnance en application de l'article 11 en se fondant sur la simple affirmation du commissaire qu'une enquête a été commencée. Il doit être convaincu que la personne visée par l'ordonnance est vraisemblablement en possession de renseignements pertinents, et il peut refuser de rendre une ordonnance lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu'une enquête a été entreprise de bonne foi. L'argument d'Air Canada voulant que l'obligation de préparer une déclaration écrite sous serment énonçant les renseignements produits est une contrainte de la nature du travail forcée n'a pas été accepté. Pour déterminer si l'on peut contraindre une personne à témoigner ou à produire des documents, il faut considérer si le but principal de cette recherche d'éléments de preuve était d'obtenir des éléments de preuve incriminant la personne contrainte à témoigner ou s'il était de réaliser une fin publique légitime. Les renseignements qu'Air Canada était tenue de produire ne servaient que pour les fins d'une enquête et non pour une poursuite pénale; ils ne constituent pas une divulgation auto-incriminante. Ces renseignements doivent être produits en réponse à des interrogatoires écrits plutôt que dans le cadre de l'interrogatoire préalable d'employés et de dirigeants d'Air Canada. La production des renseignements sous une «nouvelle» forme documentaire résulte du fait que les renseignements sont maintenant conservés sous forme électronique. Interdire la divulgation de ces renseignements au motif qu'ils n'existaient pas auparavant sous forme documentaire, pourrait effectivement empêcher le commissaire de remplir son obligation légale d'enquêter.

Une requête en modification ou en annulation d'une ordonnance devrait être soumise au juge qui a rendu cette

could be exceptional circumstances, as in this case where it was desirable to avoid a perception of conflict of interest, that require the motion to be heard by another judge.

ordonnance. Toutefois, des circonstances exceptionnelles, comme en l'espèce la nécessité d'éviter toute apparence de conflit d'intérêts, peuvent exiger que la requête soit entendue par un autre juge.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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, 8.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 10 (as am. *idem*, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45), 11 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 15 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, ss. 8, 37), 50(1)(c), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37).

Competition Tribunal Rules, SOR/94-290.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 399.

Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

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, 8.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 19), art. 10 (mod., *idem*, art. 23; L.C. 1999, ch. 2, art. 7, 37; ch. 31, art. 45), 11 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 15 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 8, 37), 50(1)c) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 399.

Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/94-290.
Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, art. 128(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

British Columbia Securities Commission v. Branch, [1995] 2 S.C.R. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 60 B.C.A.C. 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R.R. (4th) 133; 27 C.R.R. (2d) 189; 180 N.R. 241; 99 W.A.C. 1; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306; (1995), 131 D.L.R. (4th) 360; 64 C.P.R. (3d) 417; 189 N.R. 89 (C.A.).

CONSIDERED:

Re Softkey Software Products Inc. (1994), 57 C.P.R. (3d) 480; 84 F.T.R. 153 (F.C.T.D.); *SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL); *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 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.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

British Columbia Securities Commission c. Branch, [1995] 2 R.C.S. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 60 B.C.A.C. 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R.R. (4th) 133; 27 C.R.R. (2d) 189; 180 N.R. 241; 99 W.A.C. 1; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306; (1995), 131 D.L.R. (4th) 360; 64 C.P.R. (3d) 417; 189 N.R. 89 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Softkey Software Products Inc. (1994), 57 C.P.R. (3d) 480; 84 F.T.R. 153 (C.F. 1^{re} inst.); *SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1^{re} inst.) (QL); *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 67 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.

REFERRED TO:

Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Ont. Gen. Div.); *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338; 215 N.R. 76 (F.C.A.).

MOTION under rule 399 to have an *ex parte* order requiring the production of records in the context of an inquiry under the *Competition Act* set aside or varied. Motion dismissed.

APPEARANCES:

William J. Miller and Donna C. Blois for applicant/respondent.
R. Michel Decary, Mireille A. Tabib and Patrick Gérard for respondents/petitioners.

SOLICITORS OF RECORD:

Industry Canada, Legal Services, Hull, Quebec, for applicant/respondent.
Stikeman Elliott, Montréal, for respondents/petitioners.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] REED J.: The respondents/petitioners (Air Canada) bring a motion pursuant to rule 399 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] to have an *ex parte* order of Madam Justice Tremblay-Lamer, dated June 12, 2000, set aside or varied. The order requires Air Canada to produce records, described in Appendix A to the order, and to prepare a written return of information, under oath or affirmation, in response to questions listed in Appendix B. The order was issued as a result of an application made by the Commissioner of Competition pursuant to paragraphs 11(1)(b) and (c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 37].

DÉCISIONS CITÉES:

Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Div. gén. Ont.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338; 215 N.R. 76 (C.A.F.).

REQUÊTE présentée en vertu de la règle 399 pour faire annuler ou modifier une ordonnance rendue *ex parte* enjoignant de produire des documents dans le cadre d'une enquête en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

William J. Miller et Donna C. Blois pour le demandeur/intimé.
R. Michel Decary, Mireille A. Tabib et Patrick Gérard pour les défendeurs/requérants.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Industrie Canada, Services juridiques, Hull (Québec), pour le demandeur/intimé.
Stikeman Elliott, Montréal, pour les défendeurs/requérants.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE REED: Les défendeurs/requérants (Air Canada) présentent, en vertu de la règle 399 [*Règles de la Cour fédérale (1998)* DORS/98-106], une requête en modification ou en annulation de l'ordonnance de M^{me} la juge Tremblay-Lamer rendue *ex parte* le 12 juin 2000. L'ordonnance requiert Air Canada de produire les documents énumérés à l'annexe A de l'ordonnance et de préparer une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle en réponse aux questions énumérées à l'annexe B. L'ordonnance fait suite à une demande présentée par le commissaire de la concurrence en vertu des alinéas 11(1)(b) et (c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 37].

[2] Sections 10 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45] and 11 of the *Competition Act* read:

10. (1) The Commissioner shall

(a) on application made under section 9,

(b) whenever the Commissioner has reasons to believe that

...

(ii) grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII, or

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

...

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

...

11. (1) Where, on the *ex parte* application of the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, a judge of a superior or country 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 Commissioner or the authorized representative of the Commissioner 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 Commissioner or the authorized representative of the Commissioner within a time and at a place specified in the order; or

(c) make and deliver to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, 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. [Underlining added.]

Rule 399

[3] Counsel for the Commissioner argues that rule 399 does not apply to *ex parte* orders issued pursuant

[2] Les articles 10 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 2, art. 7, 37; ch. 31, art. 45] et 11 de la *Loi sur la concurrence* sont ainsi conçus:

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

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

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

[. . .]

(ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

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

[. . .]

[. . .]

11. (1) Sur demande *ex parte* du commissaire 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 commissaire 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 commissaire 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 commissaire 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. [Non souligné dans l'original.]

La règle 399

[3] L'avocat du commissaire soutient que la règle 399 ne s'applique pas aux ordonnances rendues *ex*

to section 11 of the *Competition Act*. He argues that that Act provides a complete statutory code for governing the issuance of such orders and it does not contain provisions allowing for a review of the order or an appeal of the order.

[4] If this position is correct, the only way a person could contest the validity of an order would be by refusing to comply with it, thereby attracting a contempt prosecution in which the validity of the order could be contested as a defence. This is what appears to have happened in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, with respect to subsection 128(1) of the B.C. *Securities Act* [S.B.C. 1985, c. 83]. Any contempt proceeding in relation to Madam Justice Tremblay-Lamer's order, I note, would be pursued in accordance with the *Federal Court Rules*, 1998.

[5] I do not accept the argument that rule 399 does not apply to orders issued pursuant to section 11 of the *Competition Act*. When such orders are obtained from the Federal Court, they are governed by the *Federal Court Rules*, 1998.

[6] I turn, then, to the circumstances that justify the varying or rescinding of an *ex parte* order pursuant to rule 399. Counsel for the Commissioner relies upon the decision in *Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480 (F.C.T.D.); and in *SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL).

[7] In the *Softkey* case, Associate Chief Justice Jerome stated [at paragraph 5]:

... unless the party seeking to rescind or vary the *ex parte* order can establish it was made on the basis of misleading, incomplete, or incorrect facts, there is nothing to warrant the interference of another judge. This was also clearly established by the Supreme Court of Canada in *Wilson*, at p. 124:

The reviewing judge must not substitute his discretion for that of the authorizing judge. Only if the facts upon which the authorization was granted are found to be different

parte en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Il prétend que la Loi constitue un code complet régissant de telles ordonnances et qu'aucune de ses dispositions ne prévoit que l'ordonnance peut être l'objet d'une révision ou d'un appel.

[4] Si cette prétention s'avère fondée, une personne ne peut contester la validité de l'ordonnance qu'en refusant de s'y soumettre et en s'exposant à des procédures d'outrage au cours desquelles elle pourra soulever comme moyen de défense la validité de l'ordonnance. Il semble que c'est ce qui s'est produit dans l'affaire *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par rapport au paragraphe 128(1) de la *Securities Act* [S.B.C. 1985, ch. 83] de la Colombie-Britannique. Je souligne que toute procédure pour outrage concernant l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer serait intentée en vertu des *Règles de la Cour fédérale* (1998).

[5] Je ne souscris pas à l'argument voulant que la règle 399 ne s'applique pas aux ordonnances rendues en application de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Lorsque de telles ordonnances émanent de la Cour fédérale, elles sont soumises aux *Règles de la Cour fédérale* (1998).

[6] Je vais maintenant traiter des circonstances qui justifient la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* en application de la règle 399. L'avocat du commissaire soumet à l'appui de ses prétentions les affaires *Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480 (C.F. 1^{re} inst.); et *SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1^{re} inst.) (QL).

[7] Dans l'affaire *Softkey*, le juge en chef adjoint Jerome a indiqué [au paragraphe 5]:

[...] à moins que la partie qui cherche à annuler ou à modifier l'ordonnance *ex parte* puisse établir qu'elle a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects, rien ne justifie l'intervention d'un autre juge. La Cour suprême du Canada l'a clairement établi dans l'arrêt *Wilson*, à la p. 124:

Le juge de la révision ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Il n'y a lieu de toucher à l'autorisation que s'il appert que les faits

from the facts proved on the *ex parte* review should the authorization be disturbed. [Emphasis added.]

[8] In *SGL*, Mr. Justice McKeown stated [at paragraph 3]:

The matter, to be properly before me, requires the applicant to show that a willful omission or fraud was involved in the Director's material before the judge who granted the *ex-parte* order. There is no such evidence before me. [Underlining added.]

[9] Paragraph 399(a) of the Rules provides:

399. (1) On motion, The Court may set aside or vary an order that was made

(a) *ex parte*;

...

if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made.

[10] Counsel for Air Canada argues that rule 399 provides for a lower threshold than counsel for the Commissioner asserts. This argument is based on: the text of the rule itself, which only requires disclosure of a *prima facie* case as to why the order should not have been made; rule 3, which requires that the Rules be interpreted and applied to obtain "the just . . . determination of every proceeding"; the fact that the order, being *ex parte*, was made without the person against whom it was issued having had any opportunity to make representations.

[11] Counsel for Air Canada argues that an order can be varied or set aside when the affidavit evidence on which it was based is inadequate; when the information or documents that are ordered to be produced are irrelevant to the proceedings; when the statutory provisions authorizing the issuance of the order or the order itself are unconstitutional or otherwise illegal.

[12] The jurisprudence cited by the Commissioner must be read in context. For example, Associate Chief

sur lesquels on s'est fondé pour l'accorder diffèrent de ceux prouvés dans le cadre de la révision *ex parte*. [C'est moi qui souligne.]

[8] Dans l'affaire *SGL*, le juge McKeown a indiqué [au paragraphe 3]:

Pour que je sois régulièrement saisi de l'affaire, la demanderesse doit démontrer que le matériel du directeur soumis au juge qui a accordé l'ordonnance *ex parte* comportait une omission ou fraude volontaire. On ne m'a pas présenté cette preuve. [Non souligné dans l'original.]

[9] L'alinéa 399a) des Règles prévoit:

399. (1) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue:

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

[10] L'avocat d'Air Canada soutient que la règle 399 exige un niveau de preuve moindre que celui défendu par l'avocat du commissaire. Cet argument est fondé sur les éléments suivants: le libellé même de la règle exige une preuve *prima facie* démontrant pourquoi l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue; la règle 3 exige que les Règles soient interprétées et appliquées de façon à apporter «une solution au litige qui soit juste»; le fait que l'ordonnance a été rendue *ex parte* a empêché la personne qui est visée de présenter des observations.

[11] L'avocat d'Air Canada prétend qu'une ordonnance peut être modifiée ou annulée lorsque la preuve par affidavit soumise à l'appui de l'ordonnance est insuffisante; lorsque les renseignements ou les documents dont la Cour ordonne la production ne sont pas pertinents à l'instance; lorsque les dispositions qui habilite la Cour à rendre l'ordonnance ou l'ordonnance elle-même sont inconstitutionnelles ou par ailleurs illégales.

[12] Les décisions citées par le commissaire doivent être replacées dans leur contexte. Par exemple, la

Justice Jerome's statement, quoted above, is intended to be read together with the quotation from the *Wilson* decision to which he referred. Also, Mr. Justice McKeown in the quotation from the *SGL* decision, set out above, makes it very clear that his comments are addressed to the "matter before [him]". I do not read his comments as a statement that the variation or setting aside of an order is justified only in cases where there has been wilful omission or fraud. I read his comments as indicating that these are two, but not the only, circumstances in which a variation or setting aside is justified.

[13] At the same time, as noted in the quotation from the *Wilson* decision, *supra*, an order of the Court, even an *ex parte* order, is not lightly set aside. The non-disclosure or errors, in the evidence placed before the issuing judge, must be such as to have caused the issuing judge, had he or she known of them, to have refused to grant the order. I accept that what must be proven is that the order that was granted was based on misleading, incomplete, or incorrect facts. I also agree, however, that if the person against whom the order was issued can show that the documents or information are irrelevant to the inquiry, the portions of the order that require their production can be vacated. Also, if there are considerations of unconstitutionality or other illegality that have not been brought to the attention of the issuing judge, in my opinion, these can be raised in a rule 399 motion when the order in question is an *ex parte* one.

Adequacy of disclosure to and material before the court

[14] The Commissioner's inquiry relates to paragraph 50(1)(c) of the *Competition Act* (predatory pricing) and section 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37] (abuse of dominant position). The former is a criminal offence, and the decision to lay a charge in that regard is not made by the Commissioner. It is made by the Attorney General. It is governed by criminal law and procedure.

déclaration du juge en chef adjoint Jerome, citée précédemment, doit être rapprochée de la citation de l'arrêt *Wilson* auquel il se réfère. De même, le juge McKeown, dans la citation de l'arrêt *SGL*, précitée, dit clairement que ses commentaires s'appliquent à «l'affaire [dont il est saisi]». Je n'interprète pas ses commentaires comme une déclaration voulant que la modification ou l'annulation d'une ordonnance ne soit justifiée que dans les cas d'omission ou de fraude volontaire. J'interprète ses commentaires comme indiquant qu'il s'agit là de deux circonstances, qui ne sont pas les seules, pouvant justifier une modification ou une annulation.

[13] De même, tel qu'il appert de la citation de l'arrêt *Wilson*, précité, une ordonnance d'une cour, même une ordonnance rendue *ex parte*, n'est pas annulée à la légère. Le refus de divulguer ou les erreurs, dans la preuve soumise au juge qui a rendu l'ordonnance, doivent être tels que le juge qui a rendu l'ordonnance ne l'aurait pas rendue s'il en avait été informé. Je conviens qu'il faut établir que l'ordonnance a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects. Je conviens également toutefois que, si la personne qui fait l'objet de l'ordonnance peut établir que les documents ou les renseignements ne sont pas pertinents à l'enquête, la partie de l'ordonnance qui requiert leur production peut être annulée. De plus, selon moi, s'il existe des considérations d'inconstitutionnalité ou liées à d'autres illégalités qui n'ont pas été soulevées devant le juge qui a rendu l'ordonnance, celles-ci peuvent être soulevées dans le cadre d'une requête présentée en application de la règle 399 lorsque l'ordonnance en question a été rendue *ex parte*.

La suffisance de la divulgation et du dépôt de documents devant la Cour

[14] L'enquête du commissaire a rapport à l'alinéa 50(1)c) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50] (prix d'éviction) et à l'article 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37] (abus de position dominante) de la *Loi sur concurrence*. Le premier crée un acte criminel et la décision de porter une accusation à cet égard n'est pas prise par le commissaire. Elle est prise par le procureur général. Elle est soumise au droit criminel et à la procédure applicable en cette matière.

[15] Abuse of dominance is conduct reviewable before the Competition Tribunal at the instance of the Commissioner. The proceeding is governed by the *Competition Tribunal Rules* [SOR/94-290], which are akin to rules of civil procedure. Air Canada argues that the order of June 12, 2000, should not have been made because the material filed by the Commissioner to support the request for the order was incomplete and contained material misstatements. Counsel argues that there was insufficient evidence to support a conclusion that the Commissioner had reasonable grounds to believe that Air Canada had committed the offence of predatory pricing or had engaged in conduct that constituted an abuse of dominant position.

[16] The affidavit of Mr. Schwartzman, which was placed before Madam Justice Tremblay-Lamer, was the basis on which the June 12, 2000 order was requested. Parts of it read as follows:

2. I have been assigned by the Commissioner to work on his inquiry into the pricing and supply of airline passenger seats on Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John and Toronto-Charlottetown flights ("the routes") operated by Air Canada and/or Canadian Airlines International Ltd. ("Canadian Airlines") and its affiliate, Canadian Regional airlines (1998) Ltd. As such I have personal knowledge of the matters referred to in this affidavit, except that which is based on information and belief and, where so stated, I verily believe that information to be true.
 3. On May 8, 2000, the Commissioner commenced an inquiry, pursuant to section 10 of the Act, into Air Canada's pricing and supply of airline passenger seats on its Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John and Toronto-Charlottetown routes ("the Routes") because he believed and continues to believe on reasonable grounds that the actions of Air Canada are contrary to paragraph 50(1)(c) and/or section 79 of the Act.
- ...
7. Air Canada, based in Montreal, is Canada's largest air carrier and, following its merger with Canadian Airlines Corporation, Air Canada will have more than 80% of the domestic passenger market and will account for close to 90% of the domestic passenger revenues.

[15] L'abus de position dominante est un comportement qui peut, à l'initiative du commissaire, faire l'objet d'un examen par le Tribunal de la concurrence. La procédure est soumise aux *Règles du Tribunal de la concurrence* [DORS/94-290] qui ressemblent à des règles de procédure civile. Air Canada soutient que l'ordonnance du 12 juin 2000 n'aurait pas dû être rendue parce que les documents soumis par le commissaire à l'appui de la requête en ordonnance étaient incomplets et contenaient des déclarations erronées importantes. L'avocat prétend que la preuve n'était pas suffisante pour conclure que le commissaire avait des motifs raisonnables de croire qu'Air Canada avait commis une infraction consistant à pratiquer des prix d'éviction ou a eu un comportement qui constitue un abus de position dominante.

[16] L'affidavit de M. Schwartzman, qui a été déposé devant le juge Tremblay-Lamer, constitue le fondement de la demande de l'ordonnance du 12 juin 2000. Voici des extraits de cet affidavit:

[TRADUCTION]

2. Le commissaire m'a affecté à l'enquête sur la fixation des prix et l'offre de sièges sur les vols Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John et Toronto-Charlottetown (les routes) exploités par Air Canada ou Les lignes aériennes Canadien International Ltée (Les lignes aériennes Canadien) et leur filiale, Les lignes aériennes Canadien Régional (1998) Ltée. J'ai donc eu connaissance personnellement des faits exposés dans cet affidavit, à l'exception de ceux fondés sur des renseignements ou la croyance et, lorsque cela est indiqué, j'ai tous les motifs de croire que ces renseignements sont vrais.
 3. Le 8 mai 2000, le commissaire a entrepris une enquête, en vertu de l'article 10 de la Loi, au sujet de la fixation des prix et de l'offre de sièges par Air Canada sur les routes Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John et Toronto-Charlottetown (les routes) parce qu'il croyait et continue de croire pour des motifs raisonnables que les agissements d'Air Canada sont contraires à l'alinéa 50(1)c) ou à l'article 79 de la Loi.
- [. . .]
7. Air Canada, dont le siège social est à Montréal, est le plus gros transporteur aérien au Canada et, suite à la fusion avec Canadian Airlines Corporation, Air Canada aura plus de 80 % du marché intérieur des passagers et aura près de 90 % des revenus générés par les passagers intérieurs.

...

12. Air Canada and Canadian Airlines integrated their flight schedules effective April 2, 2000 and are providing airline passenger service through coordinated efforts. Through codesharing and commercial arrangements, these two airlines will offer an integrated network directly serving over 205 destinations on five continents with a fleet of over 365 aircraft. Once the two airlines merge, the resulting corporation will be the eleventh largest air carrier in the world and seventh largest in North America, with over \$10 billion in revenues.
13. The Commissioner engaged an airline consulting firm to review the pricing and capacity changes introduced by Air Canada. The consultants have confirmed that, after the entry of WestJet, Air Canada has significantly increased its non-stop seat capacity on the Routes with the exception of the Toronto-Charlottetown route and has dropped its fares on all of the Routes to match or undercut the WestJet fares.
14. On May 19, 2000 I was advised by our consultant that on the Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton and Toronto-Saint John routes, as part of the restructuring of the schedules of Air Canada and Canadian Airlines, the flights are operated by Canadian Airlines or their affiliate, CRAL. On the Toronto-Charlottetown route, the one flight per day is operated by Air Canada. There is both an Air Canada and Canadian Airlines code applied to all of these flights ("codeshare"). The Commissioner does not know how the inventory or seats are being divided between Air Canada, Canadian Airlines and CRAL.

...

17. In completing his inquiry pursuant to section 10 of the Act, the Commissioner must determine the capacity, revenues, costs and strategic plans for the Routes for Air Canada, Canadian Airlines and CRAL and how the capacity, revenue and costs are divided between the airlines. The Commissioner must also assess the pricing and capacity policies of Air Canada, Canadian Airlines and CRAL.
18. As the operators of these Routes, Air Canada, Canadian Airlines and CRAL are likely to have information which is relevant to this inquiry. Canadian Airlines Corporation is likely to have information which is relevant to this inquiry due to its position as the parent of Canadian Airlines. As the majority shareholder of Canadian Airlines Corporation, 853350 Alberta Ltd. is

[. . .]

12. Air Canada et Les lignes aériennes Canadien ont intégré leurs horaires de vols depuis le 2 avril 2000 et joint leurs efforts pour assurer le service de transport aérien de passagers. Au moyen du partage de codes et d'ententes commerciales, ces deux lignes aériennes offriront un réseau intégré desservant plus de 205 destinations sur cinq continents avec une flotte de plus de 365 avions. Une fois que les deux compagnies aériennes auront fusionné, la société qui en résultera sera le onzième plus important transporteur aérien au monde et le septième plus gros en Amérique du Nord avec des revenus de plus de 10 milliards de dollars.
13. Le commissaire a retenu les services d'une société d'experts-conseils en transport aérien pour examiner les modifications dans la fixation des prix et la capacité introduites par Air Canada. Les experts-conseils ont confirmé que, suite à l'entrée de WestJet sur le marché, Air Canada avait considérablement augmenté sa capacité en sièges sans escale sur les routes à l'exception de la route Toronto-Charlottetown et avait réduit ses tarifs sur toutes les routes pour égaler les tarifs que pratiquaient WestJet ou offrir des tarifs inférieurs.
14. Le 19 mai 2000, notre expert-conseil m'a avisé que sur les routes Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton et Toronto-Saint John, dans le cadre de la restructuration des horaires d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien, les vols étaient assurés par Les lignes aériennes Canadien ou leur filiale, LACR. Sur la route Toronto-Charlottetown, le vol quotidien était assuré par Air Canada. Les deux sociétés, Air Canada et Canadian Airlines, appliquent un code de partage à tous ces vols (code de partage). Le commissaire ne sait pas de quelle façon l'inventaire ou les sièges sont répartis entre Air Canada, Les lignes aériennes Canadien et LACR.

[. . .]

17. Pour compléter son enquête en vertu de l'article 10 de la Loi, le commissaire doit déterminer la capacité, les revenus, les coûts et les plans stratégiques pour les routes d'Air Canada, de Les lignes aériennes Canadien et de LACR et comment la capacité, les revenus et les coûts sont répartis entre les lignes aériennes. Le commissaire doit également évaluer les politiques en matière de prix et de capacité de ces trois sociétés.
18. À titre d'exploitants de ces routes, Air Canada, Les lignes aériennes Canadien et LACR disposent vraisemblablement de renseignements pertinents à cette enquête. Canadian Airlines Corporation, du fait qu'elle est propriétaire de Les lignes aériennes Canadien, possède vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents à cette enquête. À titre d'actionnaire

also likely to have relevant information.

[17] Counsel for Air Canada argues that there are several elements of both the offence of predatory pricing, and the conduct of abuse of dominant position, for which no grounds are set out in the evidence that was presented to Madam Justice Tremblay-Lamer. Counsel notes that in order to find predatory pricing, as defined in paragraph 50(1)(c) of the Act, there has to be a policy of unreasonably low prices, and that the conduct has to have the “effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect”. Counsel notes that section 79 (abuse of dominance) requires a finding that the person has engaged in a practice of anti-competitive acts, and that that practice has had, or is likely to have the effect of preventing or lessening competition. Counsel argues that the material put before Madam Justice Tremblay-Lamer did not disclose any evidence of a policy, or a practice, or that the effect of the alleged conduct was not a lessening of competition or an attempt to accomplish such.

[18] In addition, counsel for Air Canada argues that the law is clear that the matching of a competitor’s price is not abusive conduct (*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1988), 83 C.P.R. (3d) 51 (Ont. Gen. Div.). Mr. Craig Landry, Manager, North America Market Management of Air Canada, filed an affidavit that it is his belief that Air Canada did not undercut Westjet’s fares, and if it did, it did so unwittingly. He states that he believes that the Commissioner and any airline consulting firm hired by him to review the pricing changes introduced by Air Canada following Westjet’s entry into the market knew or must have known that Air Canada has never undercut Westjet’s publicly announced fares, and that if Air Canada in fact undercut a “buy-up-level” fare of Westjet, it cannot have done so knowingly or intentionally (paragraphs 3-7 of his affidavit). He explains the competitive intelligence gathering undertaken by Air Canada, and the limited information obtained thereby. He asserts that Air Canada merely met the prices of a competitor.

majoritaire de Les lignes aériennes Canadien, 853350 Alberta Ltd. possède elle aussi vraisemblablement des renseignements pertinents.

[17] L’avocat d’Air Canada prétend que plusieurs éléments des deux infractions, la fixation de prix d’éviction et l’abus de position dominante, ne pouvaient fonder la preuve soumise au juge Tremblay-Lamer. Il souligne que pour établir la fixation de prix d’éviction, telle que définie à l’alinéa 50(1)c) de la Loi, il doit exister une politique de vente à des prix déraisonnablement bas et que le comportement doit avoir «pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou [être] destinée à avoir un semblable effet». L’avocat souligne que l’article 79 (abus de position dominante) requiert une conclusion portant que la personne se livre à une pratique d’agissements anti-concurrentiels, et que cette pratique a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence. Il prétend que les documents produits devant le juge Tremblay-Lamer n’ont pas établi l’existence d’une politique ou d’une pratique, ou que le comportement allégué n’a pas eu pour effet de diminuer la concurrence ni était une tentative en ce sens.

[18] De plus, l’avocat d’Air Canada prétend que la loi est claire et que l’appariement de tarifs avec ceux d’un concurrent n’est pas un comportement abusif (*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Div. gén. Ont.). M. Craig Landry, chef des services, Gestion des marchés nord-américains d’Air Canada, a déposé un affidavit dans lequel il dit croire qu’Air Canada n’a pas pratiqué des prix inférieurs à ceux de WestJet, et si elle l’a fait, elle ne l’a pas fait intentionnellement. Il indique qu’il croit que le commissaire et la société d’experts-conseils en transport aérien que celui-ci engage pour examiner les modifications de tarifs introduites par Air Canada à la suite de l’entrée de Westjet sur le marché savaient ou auraient dû savoir qu’Air Canada n’a jamais pratiqué des prix inférieurs à ceux annoncés publiquement par WestJet, et que, si Air Canada a dans les faits pratiqué des prix inférieurs aux prix «d’éviction» de WestJet, elle ne peut pas l’avoir fait sciemment ou intentionnellement (paragraphes 3 à 7 de son affidavit). Il explique le

[19] When assessing whether a variation or setting aside of a section 11 order is justified, it is essential to keep in mind that the order relates to the production of information and documents for the purpose of an inquiry, not for the purpose of the prosecution of a criminal offence. Much of the jurisprudence cited by counsel for Air Canada refers to the latter, not the former.

[20] The obligation on the Court is not that it must be satisfied that reasonable grounds exist to believe that either predatory pricing or abuse of dominance has occurred. Under section 11 of the *Competition Act*, the Court must satisfy itself that: (1) an inquiry has been commenced; and that (2) the person against whom the order is made is likely to have information relevant to the inquiry. The statutory scheme is different than, for example, section 15 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, ss. 8, 37] of the *Competition Act* pursuant to which search and seizure warrants are issued.

[21] In addition, it is obvious from the above description of Mr. Landry's affidavit that Air Canada's arguments are addressed to the merits of Air Canada's position in response to the allegation that the conduct in question occurred. It is the kind of evidence and arguments that are appropriately made to the Commissioner in the context of his enquiry. It is the kind of evidence and argument that would be appropriately addressed to the Court, or the Competition Tribunal, as the case may be, if a decision were eventually made by either the Attorney General or the Commissioner to proceed against Air Canada.

[22] I have not been persuaded that Air Canada has demonstrated that the information that was provided to Madam Justice Tremblay-Lamer was incomplete, misleading or incorrect to a degree that would have led her to refuse to grant the order.

système de veille concurrentielle mis sur pied par Air Canada et le peu d'information que cela a donné. Il fait valoir qu'Air Canada n'a fait qu'égaliser les prix d'un concurrent.

[19] Pour déterminer si la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 est justifiée, il est essentiel de garder à l'esprit que l'ordonnance porte sur la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête et non pas d'une poursuite criminelle. La plupart des causes de jurisprudence citées par l'avocat d'Air Canada se rapportent au deuxième cas et non au premier.

[20] Le tribunal n'a pas à être convaincu de l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il y a eu fixation de prix d'éviction ou abus de position dominante. En vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*, le tribunal doit être convaincu: 1) qu'une enquête a débuté et 2) que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance a vraisemblablement en sa possession des renseignements pertinents à l'enquête. Le régime est différent de celui prévu, par exemple, à l'article 15 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 8, 37] de la *Loi sur la concurrence* en vertu duquel les mandats de perquisition et saisie sont décernés.

[21] De plus, il ressort de la description qui précède de l'affidavit de M. Landry que les arguments d'Air Canada portent sur le bien-fondé de la position de celle-ci en réponse à l'allégation voulant que la conduite en question se soit produite. Il s'agit du type de preuve et d'arguments qu'il convient de présenter au commissaire dans le cadre de son enquête. Il s'agit du type de preuve et d'arguments qui pourraient être de manière appropriée présentés à la Cour, ou au Tribunal de la concurrence, selon le cas, si une décision était prise par le procureur général ou le commissaire de poursuivre Air Canada.

[22] Je ne suis pas convaincue qu'Air Canada a établi que les renseignements soumis au juge Tremblay-Lamer étaient incomplets, trompeurs ou erronés à un point tel qu'elle aurait dû refuser de rendre une ordonnance.

Relevance of material sought

[23] Air Canada argues that much of the documentation and information that is requested is not relevant to the Commissioner's inquiry, or only marginally so, and that the burden placed on Air Canada, in being required to respond to the requests, outweighs the benefits to the Commissioner. Mr. John Baker, Vice President and General Counsel of Air Canada, filed an affidavit in this regard. It reads in part:

3. The Order is divided into the following two parts. First, pursuant to Appendix "A", Air Canada is required to provide all documents in its possession that are responsive to a list of twenty-seven (27) required records ("**Appendix "A" documents**"). Second, pursuant to Appendix "B" Air Canada is required to provide written interrogation type responses to nineteen (19) questions ("**Appendix B documents**"). The Appendix A documents and Appendix B documents are to be provided to the Commissioner (attention Charles Schwartzman) by no later than 4:00 o'clock (EST) on July 7, 2000.
4. In order to comply with the Order in the period set out in same, Air Canada retained the services of the law firm of Stikeman Elliott to assist it in compiling the information. As well, certain employees of Air Canada have been assigned to prepare the Appendix B documents. From June 19, 2000 to the present, at least four (4) lawyers and/or articling students of Stikeman Elliott have been working at Air Canada specifically with respect to the Order.
5. I have reviewed the Order and believe that the information requested is not essential nor relevant to the Commissioner's inquiry or is excessively burdensome, including certain of the Appendix A documents and/or Appendix B documents . . .

[24] Among the documents requested, to which particular exception is taken, are those described in items 12, 19, 21:

12. Provide all records regarding the terms and conditions of any currently leased aircraft used on the specified routes.
 . . .
19. Provide all lease records and summary sheets or overviews regarding the terms and conditions of all

Pertinence des documents recherchés

[23] Air Canada prétend que la plupart des documents et des renseignements requis ne sont pas pertinents à l'enquête du commissaire, ou qu'ils le sont seulement d'une façon bien négligeable, et que le fardeau imposé à Air Canada, qui est requise de répondre aux demandes, dépasse de beaucoup les avantages dont pourrait bénéficier le commissaire. M. John Baker, vice-président et conseiller juridique général d'Air Canada, a souscrit un affidavit à cet égard. Voici un extrait de celui-ci:

[TRADUCTION]

3. L'ordonnance se divise en deux parties. Premièrement, l'annexe A oblige Air Canada à produire tous les documents en sa possession qui correspondent à une liste de vingt-sept (27) dossiers requis (documents de l'annexe A). Deuxièmement, l'annexe B oblige Air Canada à fournir des réponses écrites à dix-neuf (19) questions (documents de l'annexe B). Les documents des deux annexes doivent être fournis au commissaire (à l'attention de Charles Schwartzman) au plus tard à 16h00 (heure de l'Est), le 7 juillet 2000.
4. Afin de répondre à l'ordonnance dans le délai alloué, Air Canada a retenu les services du bureau d'avocats Stikeman Elliott pour l'aider à compiler les renseignements. De même, certains employés d'Air Canada ont été assignés à la préparation des documents de l'annexe B. Du 19 juin 2000 à ce jour, au moins quatre avocats et/ou des stagiaires de Stikeman Elliott ont travaillé chez Air Canada précisément pour exécuter l'ordonnance.
5. J'ai examiné l'ordonnance et je crois que les renseignements requis ne sont ni essentiels ni pertinents à l'enquête du commissaire ou sont excessivement onéreux, y compris certains documents des annexes A et/ou B . . .

[24] Parmi les documents requis, pour lesquels on exprime tout particulièrement un désaccord, on retrouve ceux décrits aux points 12, 19 et 21:

[TRADUCTION]

12. Fournir tous les dossiers sur les conditions de location des avions actuellement utilisés sur les routes spécifiées.
 [. . .]
19. Fournir tous les dossiers de location et les résumés ou les aperçus des conditions en vertu desquelles des

aircraft under lease to the Air Carrier since January 1, 1999.

. . .

21. Provide all records regarding the terms and conditions of all aircraft purchases and/or sales made by the Air Carrier since January 1, 1999.

[25] Among the information requests, to which particular exception is taken, are questions 4 and 8:

4. Provide the amount of seat inventory allocated to each booking class code, by flight number and aggregated by day and month since January 1, 2000, 24 hours prior to flight departure for the specified routes for each Air Carrier.

. . .

8. Provide full details of all costs of more than 1% of total costs from January 1, 2000 to the present. For the purposes of this question, "total costs" includes variable, fixed, allocated and out-of-pocket expenses for the specified routes. Provide this cost information by flight and by seat mile and then aggregated by day and month for each Air Carrier. Describe how expenses are determined by Air Carrier to be fixed, variable (with flight) or out-of-pocket. Indicate which costs would be considered fixed for a period of one month, six months and one year and explain why.

[26] Mr. Baker also states that the requirement that Air Canada produce records that are electronic in nature is excessively burdensome because it requires Air Canada to review the computer hard drives and electronic mail of each relevant employee:

6. In addition to the above, the requirement in the Order to provide records that are electronic in nature would require Air Canada to review the computer hard drives and electronic mail of each relevant employee. I believe this requirement to be excessively burdensome and, in certain cases, irrelevant. To begin, since certain questions require responses from as far back as January 1, 1996 in order to fully respond to the Order, electronic mail must be searched as far back as 1996. Since many employees receive approximately 6,000-12,000 electronic mail messages annually, to search back to 1996 would be excessively burdensome. Second, requiring electronic mail for all employees with information responsive to Appendix A documents

avions sont loués au transporteur depuis le 1^{er} janvier 1999.

[. . .]

21. Fournir tous les dossiers donnant les conditions de vente ou de location d'avions du transporteur depuis le 1^{er} janvier 1999.

[25] Parmi les renseignements requis, pour lesquels on exprime tout particulièrement un désaccord, on retrouve les questions 4 et 8:

[TRADUCTION]

4. Fournir le nombre de sièges en inventaire attribué à chaque code de classe, par numéro de vol, avec un résumé par jour et par mois depuis le 1^{er} janvier 2000, 24 heures avant le départ du vol pour les routes spécifiées de chaque transporteur aérien.

[. . .]

8. Fournir les détails des coûts supérieurs à 1% des coûts totaux entre le 1^{er} janvier 2000 et ce jour. Pour les fins de la présente question, les «coûts totaux» comprennent les dépenses variables, fixes, réparties et remboursables pour les routes. Fournir ces renseignements par vol et par siège-mille et produire un résumé par jour et par mois pour chaque transporteur aérien. Indiquer de quelle façon le transporteur aérien détermine que ces dépenses sont fixes, variables (avec le vol) ou remboursables. Indiquer quels coûts seraient considérés comme fixes pour une période d'un mois, de six mois et d'un an et fournir les détails.

[26] M. Baker indique également que l'obligation faite à Air Canada de fournir des documents qui sont sous forme électronique est excessivement onéreuse car Air Canada doit examiner le contenu de disques durs d'ordinateurs et de courriers électroniques de chaque employé concerné:

[TRADUCTION]

6. En plus de ce qui précède, l'obligation énoncée à l'ordonnance de fournir des dossiers qui sont sous forme électronique obligerait Air Canada à examiner les disques durs d'ordinateurs et le courrier électronique de chaque employé concerné. Je crois que cette obligation est excessivement onéreuse et, dans certains cas, non pertinente. Dans un premier temps, comme certaines questions exigent des réponses qui remontent au 1^{er} janvier 1996, il faudra pour fournir une réponse complète à l'ordonnance trouver le courrier électronique qui remonte à 1996. Comme plusieurs employés reçoivent de 6 000 à 12 000 courriers électroniques par année, une recherche qui remonte à 1996 sera excessivement onéreuse. Deuxièmement, le fait d'exiger le

without limiting it to employees at a specific level (e.g. senior management) is both excessive in respect of the total number of employees, and irrelevant as non-senior level employees do not have the power to make Air Canada policy. Finally, in order to provide electronic mail created more than approximately six (6) months ago or longer would require at least two-three (2-3) weeks of work to recreate the file.

[27] Counsel for the Commissioner noted that, at the time the Commissioner sought the section 11 order, he did not know what the record-keeping practices of Air Canada were. Counsel indicated that in so far as there were real difficulties in responding to the requests, as a result of the form in which they had been asked, this should be the subject of discussion between counsel, before the Court was asked to adjudicate further on it. That aspect of Air Canada's present motion was therefore set aside to allow for such discussion.

[28] I note that at a general level I have not been persuaded that Air Canada has shown that the documents that are sought and the questions that are asked are irrelevant to the Commissioner's inquiry. Paragraph 17 of Mr. Schwartzman's affidavit is particularly relevant in this regard.

Unconstitutionality

[29] I turn then to the arguments that section 11 and particularly paragraph 11(1)(c) are unconstitutional.

[30] It is argued that section 11 is invalid for reasons similar to those set out in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. In that case search and seizure provisions were held to be invalid because no residual discretion was left with the issuing authority. The statutory provisions were held to infringe section 8 of the *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 allowed unreasonable search and seizure. Air Canada also argues that section 11 allows unreasonable search and seizure because it allows the Court to issue a paragraph 11(1)(c) order

courrier électronique de tous les employés à la recherche d'information liée aux documents de l'annexe A sans la restreindre aux employés d'un certain niveau hiérarchique (ex. les cadres supérieurs) est, d'une part, excessif vu le nombre total d'employés et, d'autre part, non pertinent car les employés non-cadres n'ont pas le pouvoir d'élaborer la politique d'Air Canada. Enfin, pour fournir le courrier électronique qui date de plus de six mois environ, il faudra au moins de 2 à 3 semaines de travail pour recréer le fichier.

[27] L'avocat du commissaire a indiqué que, lorsque le commissaire a demandé l'ordonnance visée à l'article 11, il ne connaissait pas les pratiques d'archivage des documents d'Air Canada. Il a indiqué que, s'il y a des difficultés réelles pour répondre aux demandes qui sont liées à la forme sous laquelle elles sont faites, cela devrait faire l'objet de discussions entre avocats, avant que le tribunal ne soit appelé à trancher par la suite cette question. Cet aspect de la présente requête d'Air Canada a par conséquent été mis de côté pour permettre de telles discussions.

[28] Je souligne que, de façon générale, je n'ai pas été convaincue qu'Air Canada a établi que les documents demandés et les questions posées ne sont pas pertinents à l'enquête du commissaire. Le paragraphe 17 de l'affidavit de M. Schwartzman est particulièrement pertinent à ce propos.

Inconstitutionnalité

[29] Je traite maintenant des arguments voulant que l'article 11 et plus particulièrement l'alinéa 11(1)(c) soient inconstitutionnels.

[30] Selon l'argument avancé, l'article 11 est illégal pour des raisons similaires à celles décrites dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. Dans cette affaire, la Cour a invalidé les dispositions sur la perquisition et la saisie au motif que le juge qui avait accordé l'autorisation ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire résiduel. Elle a jugé que les dispositions législatives violaient l'article 8 de la *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 permettaient des perquisitions et des saisies abusives.

only on proof that an inquiry has been commenced, and that inquiry could have been commenced by the Commissioner on a whim.

[31] Section 11 provides that a judge may, not shall, issue an order. Residual discretion exists. Also, I cannot conclude that section 11 authorizes the issuing of an order to produce information if the Commissioner were acting on a “whim”. I cannot envisage a court granting a section 11 order on the basis of a bald assertion by the Commissioner that an inquiry has been commenced. It seems to me that any judge would require more than that. He or she is likely to require some description of the nature of the alleged conduct that is the subject of the inquiry, the basis of the Commissioner’s decision to commence an inquiry and his reason for believing that conduct to which the inquiry is addressed has occurred. Also, the judge must be satisfied that the person against whom the order is sought is likely to have relevant information. This does not mean that the Court second guesses the Commissioner’s decision that he has reasons to believe that the conduct that is the subject of the inquiry in question occurred, but it does allow the Court to refuse to grant an order when there is insufficient evidence to support a conclusion that a *bona fide* inquiry has been commenced.

[32] Counsel for Air Canada argues that either the particular order or section 11 itself, and particularly paragraph 11(1)(c), is invalid because it infringes sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is argued that the requirement that Air Canada “make . . . a written return under oath . . . showing such information” (*préparer [. . .] une déclaration écrite faite sous serment [. . .] des renseignements*) is an infringement of one’s right to be free of self-incrimination. It is argued that it is an infringement of person’s liberty because the production of the information is a compulsion in the nature of forced labour.

Air Canada prétend également que l’article 11 permet des perquisitions et des saisies abusives car il permet au tribunal de rendre une ordonnance en application de l’alinéa 11(1)c) sur la seule preuve qu’une enquête a débuté, enquête que le commissaire a pu ouvrir par caprice.

[31] L’article 11 prévoit qu’un juge peut, et non pas doit, rendre une ordonnance. Un pouvoir discrétionnaire résiduel existe. De plus, je ne peux pas conclure que l’article 11 permet de rendre une ordonnance obligeant à produire des renseignements si le commissaire agissait par «caprice». Je ne peux pas concevoir qu’un tribunal puisse rendre une ordonnance en application de l’article 11 en se fondant sur la simple affirmation du commissaire qu’une enquête a été commencée. Il me semble qu’un juge requerrait plus que ça. Il requerrait vraisemblablement une description de la nature de la conduite alléguée qui fait l’objet de l’enquête, le fondement de la décision du commissaire de commencer une enquête et la raison pour laquelle il croit que le comportement qui fera l’objet de l’enquête a eu lieu. Le juge doit également être convaincu que la personne visée par l’ordonnance est vraisemblablement en possession de renseignements pertinents. Cela ne signifie pas que le tribunal réévalue la décision du commissaire portant qu’il a des raisons de croire que le comportement qui fait l’objet de l’enquête s’est produit, mais cela permet au tribunal de refuser de rendre une ordonnance lorsque la preuve n’est pas suffisante pour permettre de conclure qu’une enquête a été entreprise de bonne foi.

[32] L’avocat d’Air Canada prétend que l’ordonnance ou l’article 11 lui-même, et en particulier l’alinéa 11(1)c), est invalide au motif qu’il viole les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il prétend que l’obligation qui est faite à Air Canada de «préparer [. . .] une déclaration écrite faite sous serment [. . .] des renseignements» est une violation du droit de toute personne de ne pas s’incriminer. Il soutient qu’il s’agit d’une atteinte à la liberté parce que la production des renseignements est une contrainte de la nature du travail forcé.

[33] I believe it to be common ground that while section 7 is designed to protect individuals, not corporations (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927), corporations may challenge the constitutionality of a statutory provision by establishing that if the provision in question were applied to an individual, an infringement of section 7 would occur (see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157).

[34] It is argued that paragraph 11(1)(c) is invalid because when addressed to an individual, it requires the person to manufacture evidence against himself or herself. Air Canada's argument is based on the decisions in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

[35] In the *Thomson* case, the Supreme Court held that the corporate officers of a corporation that was suspected of predatory pricing, could be ordered to testify under oath and produce documents pursuant to the then section 17 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23]. In coming to her decision, Madam Justice L'Heureux-Dubé stated, at page 588:

... an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. [Underlining added.]

[36] The "fabrication of evidence" may be an unfortunate translation of a text that was originally written in French, since "fabrication of evidence" in English carries with it the connotation of falsification. In any event, the meaning is clear.

[37] In the *Branch* decision, the Court made two pronouncements relevant to the present case. The first

[33] Je crois qu'il n'est pas contesté que, bien que l'article 7 prévoit la protection des individus et non des sociétés (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), ces dernières peuvent contester la constitutionnalité d'une disposition législative en établissant que, si la disposition en question était appliquée à un individu, elle constituerait une violation de l'article 7 (voir *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157).

[34] Selon l'argument avancé, l'alinéa 11(1)c) est invalide au motif que, lorsqu'il est appliqué à un individu, il l'oblige à fabriquer des éléments de preuve l'incriminant. L'argument d'Air Canada est fondé sur les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

[35] Dans l'arrêt *Thomson*, la Cour suprême a conclu que les administrateurs d'une société qui était soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas pouvaient être contraints à témoigner sous serment et à produire des documents en vertu de l'article 17 alors en vigueur de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23]. Avant d'en venir à cette conclusion, le juge L'Heureux-Dubé a indiqué à la page 588:

[...] une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simple-ment d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants. [Non souligné dans l'original.]

[36] Dans la version anglaise des motifs du juge L'Heureux-Dubé, l'expression «*fabrication of evidence*» est peut-être une traduction malheureuse d'un texte écrit initialement en français, puisque les termes «*fabrication of evidence*» en anglais comportent une connotation de falsification. De toute façon, le sens est clair.

[37] Dans l'arrêt *Branch*, la Cour a fait deux déclarations qui s'appliquent à la présente affaire. Elle a dit

was that in assessing whether oral testimony and documents could be compelled, it was relevant to consider whether the predominant purpose for seeking the evidence was to obtain incriminating evidence against the person who was being compelled to testify, or whether the predominant purpose was to serve some legitimate public purpose.

[38] In addition, the distinction between pre-existing information and compelled self-incriminating testimony was again considered. The following description is found in the headnote [at page 6]:

. . . th[e] right. . . [to silence] attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. [Underlining added.]

[39] In the *Branch* case the following statements were made by Madam Justice L'Heureux-Dubé, at page 57:

Unlike testimonial compulsion, for which special considerations apply, it is not necessary to recognize any additional protections at the trial stage in order for pre-existing documents to be compellable at the subpoena stage. Indeed, as I noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 588:

. . . an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. . . . Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

A clear line must be drawn between, on one hand, the compelled production of pre-existing documents and, on the other hand, the compelled production of documents which are themselves produced pursuant to statutory compulsion. While the latter may, indeed, engage some self-incriminatory concerns since the individual will have generated them under state compulsion, it is evident that the former should not engage such concerns since they have not been generated subject to any such compulsion.

[40] Counsel for Air Canada, argues that the answering of many of the questions posed in the June

d'abord que, pour déterminer si on pouvait contraindre une personne à témoigner ou à produire des documents, il fallait considérer si le but principal de cette recherche d'éléments de preuve était d'obtenir des éléments de preuve incriminant la personne contrainte à témoigner ou s'il était de réaliser une fin publique légitime.

[38] De plus, la Cour a à nouveau tenu compte de la distinction entre les renseignements préexistants et le témoignage obligatoire incriminant. La description suivante se trouve dans le sommaire de l'arrêt [à la page 6]:

[. . .] [le droit au silence] se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. [Non souligné dans l'original.]

[39] Dans l'arrêt *Branch*, le juge L'Heureux-Dubé a déclaré à la page 57:

Contrairement à la contrainte à témoigner, à laquelle s'appliquent des considérations spéciales, il n'est pas nécessaire de reconnaître des garanties additionnelles à l'étape du procès pour pouvoir, à l'étape du subpoena, forcer la production de documents préexistants. En fait, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 588:

[. . .] une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simple-ment d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants [. . .] En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

Une ligne de démarcation claire doit être établie entre la production forcée de documents préexistants, d'une part, et la production forcée de documents constitués en vertu d'une obligation légale. Bien que, dans ce dernier cas, la production forcée de documents puisse effectivement susciter des craintes d'auto-incrimination étant donné que la personne les aura constitués sous la contrainte de l'État, il est évident que le premier scénario ne devrait pas susciter de telles craintes puisque les documents en question n'ont alors pas été constitués sous une telle contrainte.

[40] L'avocat d'Air Canada prétend que, pour répondre à plusieurs des questions de l'ordonnance du

12, 2000, order requires the creation of documents that did not previously exist, and thus offends the guarantee that one cannot be required to produce self-incriminating evidence. Counsel for Air Canada argues that any question that requires some analysis, some work on the part of the person under inquiry is unconstitutional; that is, that it goes against the caveats articulated in *Thomson* and *Branch*.

[41] I do not find it necessary to consider the argument that the constitutional guarantee does not apply in the present case, because the information that Air Canada is being required to produce, is for the purposes of an inquiry only, not for the purpose of a prosecution. This is because, in any event, I do not think the information that Air Canada is being asked to produce falls within the category of a self-incriminating disclosure.

[42] Counsel for the Commissioner gave a very apt illustration. If one is asked to produce a net worth statement, the document itself may not be pre-existing, but the information is, and this will be found in a number of already existing sources. To be required to respond to a written interrogatory requiring one to disclose one's net worth, may require the creation of a document that did not exist before, but all that is being disclosed is pre-existing documentary or computer recorded information.

[43] The information that Air Canada is being required to produce, pursuant to paragraph 11(1)(c) is not different in kind from that held to be compellable in *Thomson*. It is only different in form; it is to be produced as an answer to written interrogatories, rather than orally through the discovery of various employees and officers of Air Canada, or through the production of quantities of files, computer hard drives and the like.

[44] The production of the information in a "new" documentary form is, in part, the result of information now being kept in electronic form. To protect that information from disclosure, on the ground that it was

12 juin 2000, il faut créer des documents qui n'existaient pas auparavant, ce qui se trouve à violer la garantie qu'a un particulier de ne pas être tenu de produire des éléments de preuve l'incriminant. Il fait valoir que toutes les questions qui demandent une certaine analyse ou quelque travail de la part de la personne sous enquête sont inconstitutionnelles, c'est-à-dire qu'elles vont à l'encontre des mises en garde élaborées dans les arrêts *Thomson* et *Branch*.

[41] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de traiter de l'argument voulant que la garantie constitutionnelle ne s'applique pas à la présente affaire parce que les renseignements qu'Air Canada est tenue de produire ne serviront que pour les fins d'une enquête et non pour une poursuite pénale. De toute façon, je ne crois pas que les renseignements qu'Air Canada serait tenue de produire constituent une divulgation auto-incriminante.

[42] L'avocat du commissaire en a fait une illustration très habile. Si quelqu'un est requis de produire un état de la valeur nette de son patrimoine, le document lui-même peut ne pas exister mais les renseignements existent et se retrouvent dans diverses sources déjà existantes. Pour répondre à un interrogatoire écrit qui lui demande de produire son état de la valeur nette de son patrimoine, un particulier peut devoir créer un document qui n'existait pas auparavant, mais tout ce qu'il divulgue sont des renseignements qui se trouvent déjà dans des documents ou des fichiers d'ordinateurs.

[43] Les renseignements qu'Air Canada est tenue de produire en application de l'alinéa 11(1)c) ne sont pas d'une espèce différente de ceux qui devaient être fournis dans l'arrêt *Thomson*. Seule la forme est différente, ils doivent être produits en réponse à des interrogatoires écrits plutôt que dans le cadre de l'interrogatoire préalable d'employés et de dirigeants d'Air Canada ou au moyen de la production de multiples dossiers, de fichiers informatiques et autres documents semblables.

[44] La production des renseignements sous une «nouvelle» forme documentaire résulte en partie du fait que les renseignements sont maintenant conservés sous forme électronique. Interdire la divulgation de ces

not previously in a documentary form, could effectively prevent the Commissioner from undertaking his statutory duties of inquiry.

[45] Counsel for Air Canada argues that even if the particular order in this case does not compel the production of anything other than pre-existing information, paragraph 11(1)(c) on its face allows the granting of an order that could compel the production of self-incriminating evidence. It is noted that the Court is not entitled to read down legislative provisions to save them from being unconstitutional.

[46] Paragraph 11(1)(c) must be read in the context of section 11 as a whole. Paragraph 11(1)(a) requires the attendance of individuals to give information on oath. Paragraph 11(1)(c) is of a similar nature except that it seeks answers in writing. The difference between the two is the form in which the information is provided, orally in one case, in writing in the other. The use of written interrogatories is a common procedure, and is usually considered to be less intrusive and burdensome than oral examination.

[47] The fact that some work may be involved in answering interrogatories does not make paragraph 11(1)(c) different in kind from paragraphs 11(1)(a) and 11(1)(b). Both these provisions can lead to employees and officers of a corporation being required to undertake activities in which they would not otherwise engage (for example, searching through filing cabinets in order to locate documents).

[48] Lastly, while I have not referred to the analysis set out in *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.), that decision is highly relevant to the present arguments, and supports the Commissioner's position. I cannot conclude that paragraph 11(1)(c) is unconstitutional.

Motion not heard by issuing judge

[49] A motion to vary or set aside an order should be brought before the judge who made that order. In

renseignements au motif qu'ils n'existaient pas auparavant sous forme documentaire, pourrait effectivement empêcher le commissaire de remplir son obligation légale d'enquêter.

[45] L'avocat d'Air Canada prétend que même si l'ordonnance rendue en l'instance n'oblige pas à produire autre chose que des renseignements déjà existants, l'alinéa 11(1)(c), à sa face même, permet de rendre une ordonnance qui forcerait la production d'éléments de preuve auto-incriminants. Il souligne que la Cour n'a pas le pouvoir d'atténuer la portée d'une disposition législative pour empêcher qu'elle ne soit inconstitutionnelle.

[46] L'alinéa 11(1)(c) doit être interprété dans le contexte de l'article 11 dans son ensemble. L'alinéa 11(1)(a) exige des particuliers qu'ils comparaissent pour témoigner sous serment. L'alinéa 11(1)(c) est de même nature sauf qu'il demande des réponses écrites. La différence entre les deux n'est que la forme sous laquelle les renseignements sont fournis, oralement dans un cas, par écrit dans l'autre. L'utilisation de l'interrogatoire écrit est une procédure courante et elle est habituellement considérée comme moins intrusive et onéreuse qu'un interrogatoire oral.

[47] Le fait qu'il faille faire un certain travail pour répondre aux interrogatoires ne rend pas l'alinéa 11(1)(c) différent des alinéas 11(1)(a) et 11(1)(b). Ces deux dispositions permettent de contraindre des employés ou des dirigeants d'une société à entreprendre des activités qu'ils ne font habituellement pas (par exemple, rechercher des documents dans des classeurs).

[48] Enfin, bien que je n'aie pas mentionné l'analyse exposée dans l'arrêt *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.), cette décision est des plus pertinentes aux présents arguments et appuie la position du commissaire. Je ne peux pas conclure que l'alinéa 11(1)(c) est inconstitutionnel.

Requête non entendue par le juge qui a rendu l'ordonnance

[49] Une requête en modification ou en annulation d'une ordonnance devrait être soumise au juge qui a

exceptional circumstances this is not possible (see *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 (F.C.A.)). In the present case, Madam Justice Tremblay-Lamer did not hear this motion to vary or set aside her order because of concerns that she could be perceived to be in a conflict of interest situation. Counsel for Air Canada is now involved in the case, and that counsel is a member of the Stikeman Elliott firm. Thus, exceptional circumstances exist that require the motion to be heard by another judge.

Conclusion

[50] For the reasons given, the motion to set aside or vary the order of June 12, 2000, will be dismissed.

rendu cette ordonnance. Dans des circonstances exceptionnelles cela n'est pas possible (voir *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 (C.A.F.)). En l'espèce, le juge Tremblay-Lamer n'a pas entendu cette requête en modification ou en annulation de son ordonnance pour éviter tout risque d'être perçue comme étant en conflit d'intérêts. Air Canada a maintenant un avocat au dossier et celui-ci est membre du bureau Stikeman Elliott. Ainsi, des circonstances exceptionnelles requièrent que la requête soit entendue par un autre juge.

Conclusion

[50] Pour ces motifs, la requête en modification et en annulation de l'ordonnance du 12 juin 2000 est rejetée.