

ARTICLE

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS : LES ORDONNANCES D'INJONCTION DE TYPE ANTON PILLER, MAREVA ET NORWICH EN MATIÈRE DE FRAUDE COMMERCIALE

par Mathieu PICHÉ-MESSIER*
Catherine LUSSIER**
Laurence BURTON***

Ce texte explore les plus récentes décisions jurisprudentielles en matière d'ordonnance d'injonction de type Anton Piller, Mareva et Norwich dans le contexte de la fraude commerciale. L'importance de ces recours extraordinaires en droit canadien et québécois est maintenant bien reconnue. Depuis la décision de la Cour suprême dans Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp. (2006 CSC 36), la Cour d'appel du Québec a récemment eu l'opportunité de continuer son éclairage en matière d'ordonnance Anton Piller dans l'affaire IMS Health Canada inc. c. Thlnk Business Insights ltd. (2013 QCCA 1303). En matière d'ordonnance de type Mareva ou Norwich, les cours québécoises continuent de les utiliser de plus en plus et leur efficacité est reconnue. À une époque où la fraude commerciale est omniprésente, l'application de ces recours extraordinaires demeure un enjeu de taille pour les tribunaux, les procureurs et les parties, vu leur complexité et leur impact sur les défendeurs. Ces recours extraordinaires demeurent des outils indispensables pour le juriste qui représente les intérêts d'un justiciable ou d'une entreprise qui est victime de fraude commerciale.

This article explores the most recent court decisions regarding Anton Piller, Mareva and Norwich injunction orders in the context of commercial fraud. The importance of these extraordinary remedies in Canadian and Quebec law is now well recognized. Since the decision of the Supreme Court in Celanese Canada inc. v. Murray Demolition Corp. (2006 SCC 36), the Court of Appeal of Quebec recently had the opportunity to elucidate its views regarding Anton Piller injunction orders in IMS Health inc. v. Canada. Thlnk Business Insights ltd. (2013 QCCA 1303). In relation to Mareva and Norwich injunction orders, the Quebec courts continue to utilize them more frequently as their effectiveness is now well recognized. At a time of rampant commercial fraud, application of these extraordinary remedies remains a challenge for the courts, the attorneys and the parties involved, given their complexity and their impact on defendants. These extraordinary remedies remain indispensable tools for lawyers representing the interests of parties or companies who are victims of commercial fraud.

*. Avocat associé, Borden Ladner Gervais, Montréal.

** . Avocate, Borden Ladner Gervais, Montréal.

*** . Stagiaire en droit, Borden Ladner Gervais, Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	129
Portrait de la fraude et des outils pour la combattre	130
1. L'ordonnance d'injonction <i>Anton Piller</i>	133
A) La nature de l'ordonnance <i>Anton Piller</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente	134
B) La possibilité d'inférer le risque de destruction de la preuve à partir du comportement du défendeur	140
C) La pleine et entière divulgation des faits pertinents	142
D) L'accès à la preuve saisie dans le cadre d'une requête en annulation de l'ordonnance	145
2. L'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i>	151
A) La nature de l'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente.....	152
B) Les « Worldwide » <i>Mareva</i>	155
C) La relation entre l'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i> et la saisie avant jugement du <i>Code de</i> <i>procédure civile</i>	156
3. L'ordonnance d'injonction <i>Norwich</i>	161
A) La nature de l'ordonnance <i>Norwich</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente.....	163
B) L'ordonnance <i>Norwich</i> et le principe de proportionnalité en droit civil québécois	168
CONCLUSION	170

INTRODUCTION

*Fraud is infinite in variety;
sometimes it is audacious and unblushing;
sometimes it pays a sort of homage to virtue,
and then it is modest and retiring;
it would be honesty itself if it could only afford it.
But fraud is fraud all the same and it is the fraud,
not the manner of it,
which call for the interposition of the Court,
Reddaway v. Banham, 1896 A.C. 199, p. 221.*

À l'ère actuelle, où la piraterie, le vol de secrets de commerce et le détournement de fonds battent leur plein, il s'impose de connaître les différents outils procéduraux que détiennent les individus et entreprises qui sont victimes de fraude. Les recours extraordinaires que sont les ordonnances d'injonction *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* s'avèrent être parmi les plus efficaces dans un tel contexte.

Dans une situation de fraude, ces ordonnances constituent des recours complémentaires. Ainsi, l'ordonnance d'injonction *Anton Piller* assure la préservation de la preuve : elle permet à la victime d'une fraude de fouiller les lieux sous le contrôle du fraudeur afin de saisir tout élément de preuve pertinent au litige dont elle souhaite éviter la destruction ou la disparition¹. L'ordonnance *Mareva* permet de « geler » les actifs des fraudeurs pour en éviter la disparition avant la fin des procédures judiciaires entreprises. L'ordonnance *Norwich*, quant à elle, est un outil d'enquête efficace, et ce, préalablement à l'action en justice : elle permet d'obtenir de l'information essentielle détenue par un tiers, tels une institution financière ou un fournisseur de services internet, pour découvrir l'identité de possibles fraudeurs².

-
1. Danielle FERRON, Mathieu PICHÉ-MESSIER et Lawrence POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, LexisNexis, 2009, p. 216.
 2. *Id.*, p. 217, 236, 246.

Les tribunaux québécois reconnaissent maintenant l'efficacité des recours que sont les ordonnances d'injonction *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* pour protéger les droits d'une victime de fraude. Toutefois, des interrogations persistent quant à la portée et l'étendue en droit civil québécois de ces ordonnances originaires de la *common law*. C'est à travers une réflexion sur des principes tels que la proportionnalité, la présomption de bonne foi ou le droit d'être entendu que les tribunaux québécois développent des critères assurant le respect des droits fondamentaux des parties impliquées. Cet article a donc comme objectif de présenter les plus récents développements en matière d'ordonnances d'injonction *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* en droit civil québécois, dans le cadre de leur application particulière au domaine de la fraude commerciale.

PORTRAIT DE LA FRAUDE ET DES OUTILS POUR LA COMBATTRE

*The fertility of man's invention
in devising new schemes of fraud is so great,
that the courts have always declined to define it,
[...] reserving to themselves the liberty to deal with it
under whatever form it may present itself.
Kugler v. Romain, (1972) 58 N.J. 522, p. 543.*

Au Québec, la notion de fraude est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. Elle n'est toutefois définie qu'en termes généraux, que ce soit par le législateur, la jurisprudence ou la doctrine³. Ainsi, l'article 380(1) du *Code criminel*⁴ définit la fraude comme le fait pour quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, de frustrer le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur. La Cour suprême du Canada a interprété cette notion dans l'arrêt *Vézina et Côté c. R.*⁵, concluant que la fraude consiste à être malhonnête pour

-
3. Voir : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 278.
 4. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 380(1).
 5. *Vézina et Côté c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2, p.19.

obtenir un avantage, entraînant un préjudice ou risque de préjudice au « bien, argent ou valeur » de quelqu'un.

En droit civil, il n'existe aucune définition législative de la fraude. On retrouve toutefois cette notion dans certaines dispositions du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »), notamment à l'article 317 C.c.Q. Cet article prévoit que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la *fraude*, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. La fraude dont il est question à cet article est non seulement la fraude au sens du *Code criminel*, mais aussi la fraude paulienne, c'est-à-dire l'acte accompli par un débiteur insolvable en vue de frauder ses créanciers, de même que la fraude civile en général⁶. Cette dernière peut se définir comme « l'acte accompli de mauvaise foi avec l'intention de porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui ou d'échapper à l'application d'une loi »⁷. De même, on retrouve aussi la notion de fraude aux articles 1401 et 1407 C.c.Q. traitant du dol, ce dernier pouvant alors consister en des fausses représentations faites de manière intentionnelle par une des parties contractantes.

En matière de fraude commerciale, on remarque que la fraude est souvent commise par des individus à l'interne dans une entreprise, tels que des dirigeants, employés ou ex-employés. Ainsi, selon une enquête effectuée en 2014 par PricewaterhouseCoopers⁸, plus d'une entreprise canadienne sur trois sondée a déclaré avoir été victime d'une fraude au cours des douze mois précédant le sondage. L'enquête, effectuée à l'échelle mondiale, définissait la fraude ainsi : « *Economic crime or fraud: The intentional use of deceit*

6. *Chassé (Syndic de)*, 2007 QCCS 4831, par.19.

7. *Id.*

8. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey, Canadian Supplement* », (2014), en ligne : <http://www.pwc.com/en_CA/ca/risk/forensic-services/publications/pwc-economic-crime-survey-canadian-supplement-2014-02-en.pdf>.

to deprive another of money, property or a legal right »⁹. Aux termes du sondage, la fraude pouvait prendre diverses formes, telles que le détournement de biens, la fraude comptable ou fiscale, la cybercriminalité ou encore le vol de propriété intellectuelle ou de secrets de commerce. Or, la fraude la plus courante au Canada était le détournement de biens, c'est-à-dire le vol de biens de l'entreprise par les dirigeants, les fiduciaires ou les employés pour leur bénéficiaire personnel¹⁰.

Les ordonnances d'injonction *Anton Piller* et *Mareva* s'avèrent particulièrement utiles dans un tel contexte de fraude en entreprise. On constate d'ailleurs que, bien qu'elles s'inscrivent parfois dans des cadres aussi divers qu'un recours collectif pour abus sexuels¹¹, une requête en divorce¹², ou un recours en matière de propriété intellectuelle¹³, ces ordonnances sont souvent utilisées à l'encontre d'employés ou d'ex-employés ayant fraudé leur employeur dans le cadre de détournements de fonds ou de vols de secrets de commerce¹⁴.

Ces ordonnances restent toutefois exceptionnelles et les tribunaux interprètent leurs conditions d'ouverture restrictivement. C'est pourquoi il est nécessaire, dans le cadre de la préparation de

-
9. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey* », (2014), p.55, en ligne : <http://www.pwc.com/en_CA/ca/risk/forensic-services/publications/pwc-economic-crime-survey-canadian-supplement-2014-02-en.pdf>.
 10. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey, Canadian Supplement* », préc., note 8, p. 22.
 11. Voir : *Rédemptoristes (Les) c. Tremblay*, 2014 QCCA 199.
 12. Voir : *Droit de la famille-132485*, 2013 QCCS 4417.
 13. Voir : Mathieu PICHÉ-MESSIER et Marie-Aude PIGEON, « Recours extraordinaires en matière de propriété intellectuelle : les ordonnances d'injonction de type Anton Piller, Mareva et Norwich », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2009DEV1629.
 14. Voir : *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*, 2011 QCCS 1798; *AriVac inc. c. Achacha*, 2012 QCCS 2128; *Task Micro Electronics inc. c. Bilkhu*, 2009 QCCS 990; *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, 2013 QCCA 1303; *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCS 2198.

tels recours, d'être à l'affût des dernières décisions des tribunaux en la matière. Les sections qui suivent visent donc à présenter les développements récents en matière d'ordonnances d'injonction *Anton Piller, Mareva et Norwich*.

1. L'ordonnance d'injonction *Anton Piller*

L'ordonnance d'injonction de type *Anton Piller*¹⁵ est un ordre de la cour, obtenu *ex parte* et *in camera*¹⁶, de se laisser perquisitionner et saisir dans le but d'empêcher que le défendeur ne fasse disparaître ou ne détruise des éléments de preuve qui pourraient s'avérer déterminants dans un litige¹⁷. Cette ordonnance dite « hybride »¹⁸ est utile dans un contexte de fraude, car elle permet à la victime de fouiller les lieux sous le contrôle du ou des présumés fraudeurs afin de saisir tout élément de preuve pertinent au litige entre les parties pour en éviter la disparition¹⁹.

L'ordonnance *Anton Piller* tire son nom de l'arrêt *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.* rendu par la Cour d'appel d'Angleterre en 1976²⁰. La Cour d'appel du Québec a reconnu l'application de cette ordonnance en droit civil québécois et la compétence de la Cour supérieure pour la prononcer en 2002 dans l'arrêt *Raymond Chabot*²¹.

En 2006, dans l'arrêt *Celanese*²², la Cour suprême du Canada a réitéré les conditions d'ouverture énoncées dans l'arrêt

15. Dans un souci de concision, les auteurs référeront ci-après à « l'ordonnance *Anton Piller* ».

16. Voir : *Alco Prévention Canada inc. c. Lepage*, n° 200-17-019218-130, 31 octobre 2013, j. La Rosa; *Alco Prévention Canada inc. c. Lepage*, 2014 QCCS 800.

17. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 120.

18. Voir : *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, 2002 CanLII 41255, par. 57 (QC C.A.).

19. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 216.

20. *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 All E.R. 779 (C.A.). Ci-après, « l'arrêt *Anton Piller* ».

21. *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, préc., note 18, par. 66.

22. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189.

Anton Piller et précisé les modalités de préparation et d'exécution de cette ordonnance. Dans cet arrêt, la Cour suprême reconnaît le rôle essentiel de cette ordonnance lorsqu'une partie fait face à des défendeurs malhonnêtes :

L'expérience démontre que, malgré leur nature draconienne, les ordonnances *Anton Piller* jouent un rôle important en empêchant les défendeurs sans scrupules de profiter d'un préavis pour déjouer le processus judiciaire en faisant disparaître des éléments de preuve pertinents.²³

Au fil des ans, l'ordonnance *Anton Piller* a fait couler beaucoup d'encre. L'objectif de cet article étant de présenter les développements récents en droit québécois, les sections suivantes s'attarderont sur la nature de l'ordonnance *Anton Piller*, ses conditions d'ouverture et les principes développés quant à son application à la lumière de la jurisprudence récente. Le lecteur pourra, lorsque nécessaire, se référer aux ouvrages généraux et articles de revue disponibles sur le sujet pour approfondir sa connaissance²⁴.

A) La nature de l'ordonnance *Anton Piller*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

La Cour d'appel du Québec s'est récemment penchée dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*²⁵ sur la nature de l'ordonnance *Anton Piller* en droit civil québécois, son objectif et ses conditions d'ouverture. À la lumière de cet arrêt, il faut conclure que l'ordonnance *Anton Piller* correspond, dans notre droit civil, à une ordonnance pouvant être prononcée par la Cour supérieure en vertu de ses pouvoirs généraux prévus aux articles 20 et 46 C.p.c. Cette ordonnance, qui participe à la fois de la saisie avant jugement et de l'injonction, est en réalité une ordonnance de fouille matérielle

23. *Id.*, par. 32.

24. Voir, à cet effet, la bibliographie de cet article. Le commentaire vaut aussi en ce qui a trait aux ordonnances d'injonction *Mareva* et *Norwich*.

25. *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights Ltd.*, préc., note 14.

– et non personnelle – et une ordonnance de se laisser saisir. Bien qu'elle ressemble à une perquisition privée, il ne s'agit pas d'un mandat de perquisition, celui-ci émanant normalement des autorités policières. De l'avis de la Cour d'appel²⁶, l'ordonnance *Anton Piller* ne peut d'ailleurs se qualifier de « perquisition civile ou privée » en tant que telle, puisque la partie qui en fait l'objet peut toujours refuser d'obtempérer, sujet bien évidemment aux conséquences de l'outrage au tribunal²⁷.

Quant à son objectif, l'ordonnance *Anton Piller* vise à protéger des éléments de preuve ou le droit de propriété d'une partie sur des biens ou documents qui lui appartiennent. Elle vise la conservation d'une preuve qui, sans cela, pourrait disparaître. Toutefois, l'ordonnance *Anton Piller* n'est pas ni ne devrait devenir un moyen de communication de la preuve ou même de recherche d'une preuve²⁸.

Il s'agit, encore à ce jour, d'une mesure exceptionnelle pour deux raisons principales. D'une part, c'est l'un des rares cas où une partie peut obtenir *ex parte* une ordonnance d'un tribunal civil. D'autre part, malgré toutes les précautions qui l'entourent, elle demeure très intrusive²⁹. Dans ce contexte, il est essentiel que les conditions d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* soient respectées.

Ces conditions d'ouverture ont d'abord été établies dans l'arrêt britannique *Anton Piller*³⁰, puis appliquées au Québec en 2002 dans l'arrêt *Raymond Chabot*³¹. Elles ont finalement été

26. *Id.*, par. 38.

27. Voir : D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p.171, 182-183.

28. *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 39.

29. *Id.*, par.44.

30. *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, préc., note 20, p. 784.

31. *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, préc., note 18, par. 66.

réitérées par la Cour suprême en 2006 dans l'arrêt *Celanese*, précité, et sont toujours d'application depuis³² :

- (i) un droit d'action *prima facie* et un commencement de preuve très solide ou très convaincant;
- (ii) un préjudice réel ou possible, très grave pour le demandeur (forte probabilité d'un préjudice ou d'un dommage sérieux ou irréparable);
- (iii) une preuve manifeste que le défendeur a en sa possession des documents ou des biens pouvant servir de preuve et qu'il est réellement possible ou probable que le défendeur détruise cette preuve avant que ne puisse être introduite une demande *inter partes*.³³

La troisième condition exige de démontrer qu'il existe une possibilité réelle que les biens et documents visés soient détruits ou cachés par le défendeur. Puisqu'il peut être difficile de prouver l'intention de détruire ou de cacher des biens ou documents, les tribunaux acceptent parfois de présumer l'existence d'une telle intention, comme nous le verrons plus loin.

À ces conditions s'ajoute une quatrième condition, soit l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur. À cet effet, dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*³⁴, la Cour d'appel souligne qu'au stade du prononcé de l'ordonnance *Anton Piller*, le juge ne peut s'appuyer que sur les allégations de la requête et sur les déclarations assermentées et pièces déposées à son soutien. Il s'ensuit que le juge doit alors compter sur une divulgation fidèle et complète de la part des déposants³⁵. Cette obligation de divulgation franche et complète a fait l'objet de décisions récentes dont nous traiterons plus loin.

32. voir : M. PICHÉ-MESSIER et M-A. PIGEON, préc., note 13.

33. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22, par. 35.

34. *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14.

35. *Id.*, par. 48.

Par ailleurs, les conditions d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* énoncées précédemment ont été appliquées récemment dans divers contextes de fraude, comme le démontrent les décisions qui suivent.

i. Application dans un contexte de vol de secrets de commerce

Dans la récente décision *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*³⁶, des stations radiophoniques (les « demanderesses ») demandaient l'émission d'une injonction provisoire de type *Anton Piller* afin de reprendre possession du matériel confidentiel volé par d'anciens employés partis chez un concurrent (les « défendeurs »). Les défendeurs étaient notamment liés par des clauses de non-concurrence à leur contrat de travail. Avant leur départ, ils avaient mis en place un stratagème leur permettant de subtiliser de l'information confidentielle concernant les stratégies de programmation musicale des demanderesses, d'effacer une partie de cette information vitale se trouvant sur les serveurs, et d'apporter des modifications aux logs musicaux. Par conséquent, les demanderesses étaient désormais incapables d'assurer la programmation musicale de leurs stations radiophoniques.

Dans cette affaire, la Cour supérieure conclut que la requête des demanderesses satisfait aux conditions énoncées dans l'arrêt *Celanese*³⁷, en ce que :

- 1) *Prima facie*, les demanderesses ont un droit clair et indiscutable de faire respecter les engagements contractuels souscrits par les défendeurs et de vouloir protéger l'information confidentielle leur appartenant.
- 2) Il y a un risque de préjudice grave, car les demanderesses sont privées d'information stratégique nécessaire en vue de maintenir un produit de qualité et compétitif. Il est aussi

36. *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*, préc., note 14.

37. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

raisonnable de croire que l'information confidentielle subtilisée sera utilisée au détriment des demanderessees dans l'exercice des nouvelles fonctions des défendeurs chez le compétiteur. Ces informations révélées causeraient un tort irréparable aux demanderessees.

- 3) Il est très probable que les défendeurs soient en possession des dossiers ou objets appartenant aux demanderessees, et l'on peut craindre qu'ils ne les détruisent ou ne les camouflent avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé.

La Cour ordonne donc aux défendeurs de permettre sans résistance l'accès complet et immédiat à leur résidence, afin de saisir, à des fins de conservation, tous les biens pouvant appartenir aux demanderessees ou pouvant démontrer les actes fautifs reprochés.

Cette décision est un exemple concret de l'utilisation des ordonnances *Anton Piller* en matière de vol de secrets de commerce. Dans ce domaine, ce recours devient particulièrement utile, car il est souvent l'unique moyen disponible pour le demandeur afin de préserver la preuve et surtout d'évaluer l'ampleur du vol. Pour de nombreuses entreprises opérant dans des industries spécialisées et contingentées, protéger le secret de leur liste de clients, des codes source de leurs logiciels, de leurs plans de développements stratégiques et de leurs listes de salaires et de bonus d'employés devient une question essentielle à la survie de leur entreprise.

Dans l'affaire suivante, la Cour supérieure a aussi appliqué les conditions énoncées dans l'arrêt *Celanese*, précité, mais cette fois dans un contexte de détournement de procédés industriels.

ii. Application dans un contexte de détournement de procédés industriels

Dans la récente décision *AriVac inc. c. Achacha*³⁸, l'employeur demandait l'émission d'une injonction interlocutoire provisoire de type *Anton Piller*. Il soutenait que son directeur scientifique avait violé ses engagements de non-concurrence, de confidentialité et de loyauté en utilisant sans autorisation les procédés industriels de l'entreprise dans le but de le concurrencer. L'employeur était en mesure d'identifier sept projets réalisés par le directeur scientifique au cours de ses années de service en contravention des engagements de non-concurrence et en usant possiblement de ses procédés et ses technologies.

Se référant à l'arrêt *Celanese*, la Cour supérieure conclut qu'en l'espèce les critères donnant ouverture au prononcé de l'ordonnance sont rencontrés³⁹ :

- 1) La demanderesse fait valoir un droit d'action qui est, à première vue, solide. Il existe des éléments de preuve sérieux qui permettent de croire que le directeur scientifique a vraisemblablement contrevenu à ses engagements de non-concurrence, de confidentialité et de loyauté. Les éléments de preuve tendent à démontrer que ce dernier se serait prêté à des activités de concurrence depuis qu'il est à l'emploi de la demanderesse, soit depuis sept ans, et ce, en utilisant de l'information hautement confidentielle.
- 2) Il existe une probabilité importante que la demanderesse continue de subir des dommages importants, en sus de ceux déjà subis, si le directeur scientifique continue d'utiliser l'information confidentielle qu'il détient pour son propre bénéfice.

38. *AriVac inc. c. Achacha*, préc., note 14.

39. *Id.*, par. 32 et ss.

- 3) Considérant que le directeur scientifique a fait concurrence à la demanderesse depuis qu'il est à son emploi, il apparaît possible ou probable qu'il tente de détruire la preuve avant même que cette dernière ne puisse lui réclamer des dommages.

La Cour émet donc l'ordonnance *Anton Piller*, la limitant par ailleurs à la recherche sur les ordinateurs, logiciels, accessoires et supports informatiques du directeur scientifique dans les locaux abritant son laboratoire personnel.

Cette décision, tout comme la précédente, est un exemple intéressant d'application de l'ordonnance *Anton Piller* dans un contexte où un ex-employé a fraudé son employeur. Par ailleurs, comme il peut être difficile de démontrer, à ce stade, que les fraudeurs ont l'intention de détruire la preuve sans l'obtention de l'ordonnance *Anton Piller*, les tribunaux ont accepté de présumer cette intention dans certaines circonstances, dont la présence d'un comportement malhonnête, tel que nous le verrons ci-après.

B) La possibilité d'inférer le risque de destruction de la preuve à partir du comportement du défendeur

La troisième condition d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* exige de démontrer qu'il existe une possibilité réelle que les biens et documents visés soient détruits ou cachés par le défendeur. La Cour d'appel a récemment rappelé dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁴⁰ qu'il peut être difficile de prouver l'intention de détruire ou de cacher des biens ou documents. En conséquence, les tribunaux acceptent parfois d'en présumer l'existence. C'est le cas par exemple devant la preuve d'un comportement malhonnête du défendeur⁴¹. Ce type de présomption peut donc s'avérer particulièrement utile dans un contexte de fraude commerciale.

40. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 47.

41. *Id.*

La Cour supérieure s'était déjà penchée sur la question en 2009 dans la décision *Task Micro-Electronics*⁴². Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller*. La demanderesse avait obtenu une ordonnance *Anton Piller* pour saisir la preuve de l'usurpation de données par le défendeur. Ce dernier était un ancien employé qui avait été mis au courant de plusieurs particularités technologiques des logiciels de la demanderesse, y compris des secrets de commerce. La demanderesse le soupçonnait d'avoir détourné des informations confidentielles pour créer une entreprise identique à la sienne et qui sollicitait ses clients.

Analysant la troisième condition d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller*, la Cour supérieure indique qu'il s'avère parfois pratiquement impossible d'obtenir l'aveu du défendeur de son intention de détruire les éléments de preuve incriminants en sa possession. Cette preuve d'intention en matière civile peut donc se faire par inférence. Si, en évaluant la conduite passée du défendeur, le juge conclut à la déloyauté de celui-ci, et que preuve est faite qu'il serait facile pour lui d'éliminer les objets saisis, « l'équation est complète »⁴³. Le juge saisi d'une demande *Anton Piller* est alors invité à en inférer que les éléments de preuve à saisir risquent de disparaître si avis est donné au défendeur.

Le risque de destruction des pièces à conviction peut donc se présumer à partir du comportement du défendeur. Le demandeur doit démontrer, à la satisfaction du juge saisi de la demande, que le défendeur, en raison de ses agissements passés ou actuels, sera incité à détruire ou à cacher les éléments de preuve incriminants s'il y avait signification régulière des procédures⁴⁴.

Quant à la facilité pour le défendeur d'éliminer la preuve incriminante, nous sommes d'avis que la présence d'éléments de preuve sous forme de données informatiques devrait faciliter l'obtention de l'ordonnance *Anton Piller*. À cet effet, la Cour suprême

42. *Task Micro-Electronics inc. c. Bilkhu*, préc., note 14.

43. *Id.*, par. 78.

44. *Id.*, par. 80.

du Canada a déjà souligné que les ordonnances *Anton Piller* sont particulièrement utiles en cette ère de forte dépendance à l'informatique, où les documents peuvent facilement être supprimés, déplacés ou détruits⁴⁵.

En l'absence d'une preuve d'un comportement malhonnête et déloyal du défendeur, le tribunal devra toutefois présumer de la bonne foi du défendeur. Il ne devra accorder l'ordonnance *Anton Piller* que si le demandeur démontre le risque de destruction des biens et documents visés en soumettant des éléments concrets justifiant ses craintes. C'est la conclusion à laquelle en arrive la Cour supérieure dans l'affaire *Jaoude c. Université Laval*⁴⁶. Dans cette affaire, le demandeur requérait l'émission d'une ordonnance *Anton Piller, ex parte et in camera*, afin d'obtenir une copie intégrale de son dossier académique. Il craignait que, sans l'émission d'une ordonnance, l'Université Laval tente d'altérer son dossier. La Cour supérieure rappelle alors qu'elle doit présumer de la bonne foi des défendeurs, à moins que le demandeur ne soumette des éléments concrets qui justifient ses craintes⁴⁷. En l'espèce, la Cour conclut que le demandeur n'a pas réussi à la convaincre du risque de destruction ou de falsification du dossier académique par l'Université Laval. La Cour rejette donc la requête, se considérant bien fondée de présumer que l'Université Laval sait qu'elle n'a pas le droit d'altérer ni de faire disparaître des documents compris dans un dossier académique et qui seront pertinents à un litige.

C) La pleine et entière divulgation des faits pertinents

Dans deux décisions récentes⁴⁸, la Cour d'appel a confirmé que, dans le cadre d'une ordonnance *Anton Piller*, le demandeur a une obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents.

45. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

46. *Jaoude c. Université Laval*, 2012 QCCS 3993.

47. *Id.*, par. 12.

48. *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14; *Marciano (séquestre de)*, 2012 QCCA 1881.

Dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁴⁹, la Cour d'appel, se référant à l'arrêt *Celanese*⁵⁰, rappelle qu'au stade du prononcé de l'ordonnance *Anton Piller*, le juge ne peut s'appuyer que sur les allégations de la requête et sur les déclarations assermentées et pièces déposées à son soutien. Il s'ensuit que le juge doit alors compter sur une divulgation fidèle et complète de la part des demandeurs, et tout autant, sinon plus, sur le professionnalisme des avocats qui participent à l'exécution de l'ordonnance. De l'avis de la Cour d'appel, ce fardeau de divulgation est lourd pour le demandeur⁵¹. En somme, le demandeur est tenu de divulguer et d'alléguer dans sa requête tous les faits dont il a connaissance, qu'ils avantagent ou non sa position, afin de permettre au juge de rendre une décision éclairée fondée sur toutes les informations connues, nécessaires et requises⁵².

Dans cet arrêt, la Cour d'appel confirme de plus qu'en cas de défaut du demandeur d'avoir divulgué tous les faits pertinents l'ordonnance *Anton Piller* pourra être annulée sur requête⁵³, et la demanderesse, tenue responsable des dommages subis par la défenderesse lors de l'exécution illégale ou abusive de l'ordonnance *Anton Piller*⁵⁴. La Cour n'énonce toutefois pas le critère devant guider le juge dans son analyse de l'obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents.

En 2009, dans la décision *Task Micro-Electronics inc.*⁵⁵, la Cour supérieure s'était penchée sur la question dans le cadre d'une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller* pour défaut

49. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14.

50. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22, par. 36.

51. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 48.

52. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 142. À titre d'exemple, un demandeur devrait divulguer la présence d'activités légitimes du défendeur ou les résultats non conclusifs d'une enquête sur les opérations du défendeur.

53. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 49.

54. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 142.

55. *Task Micro-Electronics inc. c. Bilkhu*, préc., note 14.

de la demanderesse d'avoir procédé à une divulgation complète des faits. La Cour supérieure avait alors conclu qu'il ne s'agissait pas de s'adonner à une analyse pointue et tatillonne pour trouver des faits qui auraient pu ou dû se retrouver dans l'un ou l'autre des affidavits. À son avis, c'était plutôt le critère de la bonne foi qui devait guider l'appréciation de l'obligation de divulgation⁵⁶. La Cour avait donc rejeté la requête en annulation⁵⁷, concluant que la demanderesse avait « agi avec la plus entière bonne foi dans sa démarche dont l'objectif était et demeure celui d'assurer la survie de son entreprise »⁵⁸.

Toutefois, dans le récent arrêt *Marciano (séquestre de)*⁵⁹, la Cour d'appel conclut que l'obligation de pleine et entière divulgation des faits d'une partie cherchant à obtenir une ordonnance *ex parte* doit plutôt être évaluée selon un critère objectif⁶⁰. Elle ajoute aussi que cette obligation est essentielle considérant qu'une ordonnance *ex parte* porte atteinte au principe fondamental selon lequel toute partie à un litige a le droit d'être entendue :

As a general rule, an obligation of full and frank disclosure applies in Quebec in connection with any *ex parte* orders because counsel for the applicant is asking the judge to engage in a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute should be heard. In my view, it follows that in cases where opposing interests are certain to exist, the moving party "is under a super-added duty to the court" (Canadian Paraplegic Association, *supra*) to state its own case fairly and to inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side that may have a bearing on the outcome of the application. This obligation should be considered according to an objective standard: what would

56. *Id.*, par.121.

57. Voir : *Saphie Number One Ltd. c. 6091636 Canada Inc.*, 2008 QCCS 2233.

58. *Task Micro-Electronics inc.c. Bilkuh*, préc., note 14, par. 122.

59. *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

60. *Id.*, par. 47.

a reasonably qualified lawyer have done in the same circumstances?⁶¹

Quant aux facteurs dont devrait tenir compte le juge devant qui est présentée une requête pour réviser ou annuler une ordonnance *ex parte*, ils peuvent se résumer ainsi⁶² :

- 1) l'importance des faits omis sur chacune des questions soumises au juge;
- 2) le fait que ces omissions ont été faites par inadvertance, que leur importance ait été sous-estimée ou qu'elles ont été faites avec l'intention de tromper le juge;
- 3) le préjudice causé à la partie affectée par l'ordonnance *ex parte*;
- 4) la possibilité que l'ordonnance ait tout de même été accordée si le dossier avait été complet.

Ainsi, il est essentiel pour le demandeur, même dans un contexte de fraude, de respecter l'obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents afin d'éviter que l'ordonnance *Anton Piller* qu'il obtiendra (ou toute autre ordonnance rendue *ex parte*) ne soit annulée.

D) L'accès à la preuve saisie dans le cadre d'une requête en annulation de l'ordonnance

La doctrine et la jurisprudence québécoises ont maintes fois reconnu qu'une requête en annulation d'ordonnance *Anton Piller* procède *de novo*⁶³. Le débat est alors tranché contradictoirement par un juge pour la première fois. Ainsi, en théorie, toute preuve ou tout fait pertinent, même postérieur à l'ordonnance, est recevable. Il s'agit d'un principe reconnu tant en droit civil qu'en *common*

61. *Id.*

62. *Id.*

63. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 180; *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 56.

*law*⁶⁴. Cela signifie-t-il pour autant que la partie demanderesse ou saisissante pourra automatiquement avoir accès à la preuve saisie pour préparer sa défense dans le cadre de la requête en annulation? C'est la question à laquelle a répondu récemment la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁶⁵.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel porte un nouveau regard sur un courant jurisprudentiel qui semblait établi dans les provinces de *common law*, selon lequel la partie saisissante avait un accès immédiat à la preuve saisie avant même que le tribunal ne statue sur les motifs d'annulation. À cet égard, la Cour d'appel conclut dans *IMS Health Canada inc.* qu'il n'existe pas de droit d'accès immédiat et automatique à la preuve saisie dans notre droit civil québécois. Le juge d'instance doit plutôt exercer judiciairement une discrétion avant de permettre l'accès, en tenant compte notamment des circonstances de l'affaire, des motifs d'annulation invoqués par la partie saisie et de l'intérêt de la justice.

Dans cette affaire, une ordonnance *Anton Piller* avait été émise dans le cadre d'une requête en injonction interlocutoire de l'appelante à l'encontre d'un ex-employé et du nouvel employeur de ce dernier (les « intimés »). L'appelante alléguait la violation par l'ex-employé de ses obligations légales de loyauté et contractuelles de confidentialité, de non-concurrence et de non-sollicitation. L'ordonnance émise prévoyait que la partie saisie avait 24 heures pour identifier les documents au sujet desquels elle entendait soulever une objection de privilège, de confidentialité ou de non-pertinence. À défaut, l'accès de la partie saisissante à la preuve était permis. Toutefois, l'ordonnance prévoyait aussi le droit des intimés d'en demander l'annulation.

64. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 56.

65. *Id.*, (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, n° 35544, 20 février 2014). Cet arrêt de la Cour d'appel fut cité récemment dans une autre décision de la Cour d'appel, à titre de référence quant à l'état du droit en matière d'ordonnances *Anton Piller*, voir : *Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090, par. 61.

L'exécution de l'ordonnance avait entraîné la saisie de matériel contenant des dizaines de milliers de fichiers informatiques. À la suite de l'exécution, les intimés avaient intenté une requête en annulation de l'ordonnance, présentable en Cour supérieure le même jour que la requête de l'appelante pour le renouvellement de l'ordonnance *Anton Piller* émise. Le juge de première instance a alors prolongé l'ordonnance *Anton Piller* jusqu'au jugement final sur la requête des intimés en annulation de celle-ci, et déclaré que la preuve saisie demeurerait placée sous scellés sous la garde des avocats superviseurs indépendants jusqu'au jugement final. Le juge avait alors considéré que l'objectif de conservation de la preuve était atteint et que permettre l'accès immédiat de l'appelante à la preuve saisie rendrait la requête en annulation des intimés sans objet véritable.

Dans ses motifs d'appel, l'appelante invoquait que la requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller* devait procéder comme une audience *de novo*. En conséquence, elle pouvait présenter toute preuve pertinente, incluant les éléments saisis à l'occasion de l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller*. Elle invoquait à son appui un courant jurisprudentiel, principalement des provinces de *common law*, selon lequel l'accès aux « fruits of the search » était une pratique courante et reconnue lors d'un débat relatif à l'annulation d'une ordonnance *Anton Piller*. De plus, l'appelante alléguait que le jugement entrepris lui niait le droit d'obtenir copie de la preuve saisie pour l'utiliser dans sa contestation de la requête des intimés en annulation de l'ordonnance. Cette preuve étant pertinente, cela violait son droit à une défense pleine et entière, en plus de tendre à déconsidérer l'administration de la justice.

Les intimés étaient, quant à eux, d'avis que permettre à l'appelante l'accès à la preuve saisie reviendrait à leur nier le droit à une requête en annulation de l'ordonnance et à rendre le débat à ce sujet purement académique. Ils faisaient essentiellement valoir que leurs moyens de contestation s'attaquaient à la suffisance des allégations à l'appui de la demande d'ordonnance et au non-respect des conditions d'ouverture et des modalités de préparation et

d'exécution imposées par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*⁶⁶. En conséquence, il fallait d'abord statuer sur les motifs d'annulation de l'ordonnance avant de déterminer si un accès de l'appelante à la preuve saisie était possible. Autrement, l'ordonnance *Anton Piller* deviendrait un moyen de communication de la preuve au lieu d'être un moyen de conservation de la preuve.

Dans son analyse, la Cour rappelle les diverses mesures de protection de la partie faisant l'objet de l'ordonnance *Anton Piller* retenues par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*, incluant le droit fondamental du défendeur de faire annuler rapidement l'ordonnance devant un tribunal. Par ailleurs, bien qu'elle doive procéder *de novo*, ce qui implique de permettre le dépôt d'une preuve même postérieure à l'ordonnance rendue *ex parte*, la Cour est d'avis qu'il ne va pas de soi que cela comprend nécessairement et en tout temps la preuve saisie. Dans l'état actuel du droit, il n'y aurait pas de droit d'accès immédiat et automatique à la preuve saisie à l'occasion de chaque débat sur une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller*.

Quant au courant jurisprudentiel invoqué par l'appelante, la Cour y apporte des nuances importantes qu'il y a lieu de résumer ci-après. D'une part, l'ensemble de la jurisprudence soumise doit être considérée avec prudence car elle émane d'une autre époque. En matière d'ordonnance *Anton Piller*, la jurisprudence a beaucoup évolué depuis les années 1980 et fait l'objet d'un encadrement nettement plus strict au Canada depuis l'arrêt *Celanese* en 2006. Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, toute décision antérieure à l'arrêt *Celanese* devrait être analysée avec circonspection⁶⁷. D'autre part, plusieurs décisions invoquées au soutien du courant jurisprudentiel en question font ressortir que les saisies faisant l'objet d'une requête en annulation étaient effectuées sans la présence d'un avocat superviseur indépendant et, souvent, par l'avocat des demandeurs eux-mêmes. Ainsi, dans de nombreux cas, la preuve était non seulement connue et divulguée, mais elle était

66. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

67. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 104.

déjà entre les mains de la partie saisissante au moment de la requête en annulation. Il faut donc distinguer ces décisions d'une situation où, comme en l'espèce, la preuve à laquelle veut accéder l'appelante lui est encore inconnue. Finalement, dans plusieurs décisions, la réaction de la partie saisie était tardive, alors qu'en l'espèce, les intimés ont présenté leur requête en annulation moins de deux semaines après l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller*.

Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, il est préférable de s'en tenir à l'exercice d'une discrétion du juge d'instance plutôt qu'à l'absolu d'un accès immédiat et automatique à la preuve saisie en toutes circonstances. Cette discrétion doit principalement être tributaire de trois facteurs : les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice. Comme le souligne la Cour d'appel avec justesse, lorsque c'est la légalité de paragraphes précis de l'ordonnance *Anton Piller* qui est attaquée, la preuve saisie n'est pas toujours requise pour pouvoir statuer adéquatement sur les motifs d'annulation.

Toutefois, qu'en est-il lorsque les motifs d'annulation visent plutôt le fond du litige, soit par exemple lorsque le défendeur conteste l'ordonnance au motif que les reproches lui étant adressés sont sans fondement et qu'elle a donc été obtenue sans droit? Dans ces cas, la meilleure preuve ne devient-elle pas les « fruits of the search », soit les éléments saisis? À cet égard, la décision de la Cour d'appel a le mérite d'indiquer que le juge garde discrétion pour décider de la question, une discrétion qui doit toutefois être guidée par les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice.

En dernier lieu, soulignons que la Cour d'appel applique plusieurs principes de notre droit civil québécois afin d'analyser la portée et l'étendue de l'ordonnance *Anton Piller*, à savoir, notamment, la saine administration de la justice, le principe de proportionnalité et le droit d'être entendu. D'une part, elle est d'avis que le critère de proportionnalité commande dans cette affaire de faire l'examen des motifs d'annulation soulevés avant que les intimés ne se soumettent à l'exercice fastidieux et coûteux

d'identifier parmi les dizaines de milliers de fichiers informatiques saisis ceux qui sont sujets à privilège ou confidentialité ou ceux qui sont non pertinents. D'autre part, les intimés ont fait usage avec diligence du droit que leur reconnaît l'arrêt *Celanese* de s'adresser aux tribunaux pour contester la légalité de ce qu'ils ont subi. Ce faisant, ils requièrent la reconnaissance de deux droits fondamentaux, soit celui d'être entendus et celui d'être protégés contre les fouilles et saisies qu'ils considèrent abusives. L'intérêt de la justice et sa saine administration doivent leur permettre, en l'espèce, de faire valoir ces droits avant qu'un accès à la preuve saisie ne soit autorisé à la partie adverse. Pour toutes ces raisons, la Cour rejette donc l'appel.

À la lumière de cet arrêt, nous concluons qu'il est toujours possible pour la partie saisissante d'avoir accès à la preuve saisie dans le cadre de l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller*, et ce, même lorsque le défendeur recherche l'annulation de cette ordonnance. Le juge devra alors utiliser sa discrétion pour évaluer si les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice militent ou non en faveur d'un accès immédiat.

Il sera intéressant de suivre la décision de la Cour supérieure dans ce dossier quant à la requête en annulation de l'ordonnance. D'ici là, nous soumettons que, sur la question précise de l'accès à la preuve, la prudence devrait être de mise. Les critères retenus par la Cour d'appel devraient être appliqués avec parcimonie afin de ne pas limiter l'accès immédiat à la preuve, lorsque cet accès s'avère nécessaire dans les circonstances afin de protéger et conserver la preuve, ce qui est l'essence même du recours. Le contraire aurait pour effet, dans certains cas, de permettre au défendeur ou à ses complices de gagner du temps et causerait un préjudice certain au demandeur. En effet, l'accès immédiat à la preuve saisie à la suite d'une ordonnance *Anton Piller* permet souvent de découvrir l'identité de nouveaux complices, ou encore de nouveaux lieux sous le contrôle du défendeur, où se retrouvent des éléments de preuve déterminants visés par l'ordonnance. En l'absence d'un accès rapide à la preuve saisie sous la garde des huissiers ou des avocats

superviseurs indépendants, le demandeur risque de subir un préjudice important du fait de la destruction des éléments de preuve qu'il cherchait justement à conserver. Quant au préjudice subi par le défendeur, il faut garder à l'esprit qu'en tout temps il est possible de subordonner l'ordonnance *Anton Piller* à un cautionnement du demandeur, et, en cas d'exécution abusive ou illégale de l'ordonnance, d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Ainsi, à moins de circonstances semblables à celles de la décision *IMS Health Canada inc.*, nous sommes d'avis que l'accès immédiat à la preuve saisie devrait encore prévaloir.

2. L'ordonnance d'injonction *Mareva*

L'ordonnance d'injonction *Mareva*⁶⁸, qualifiée de « freezing order » par nos confrères de *common law*, est une procédure présentée *ex parte* permettant à la partie requérante de saisir ou geler des actifs en possession du défendeur ou d'une tierce partie⁶⁹ afin d'en empêcher la disparition⁷⁰. L'ordonnance *Mareva* agit directement à l'égard de la personne visée et non pas envers ses biens, contrairement à la saisie avant jugement du *Code de procédure civile*⁷¹. L'objectif est la conservation des actifs dans des situations de fraude et de détournement de fonds afin d'assurer au demandeur qui obtiendrait un jugement final favorable de pouvoir être dédommagé⁷². Cette ordonnance s'avère donc particulièrement utile dans un contexte de fraude commerciale, permettant d'interdire au fraudeur « d'aliéner des biens ou d'en disposer de quelques façons que ce soit avant l'instruction de la cause »⁷³.

L'ordonnance *Mareva* tire son origine de l'arrêt anglais *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA (The*

68. Par souci de concision, les auteurs référeront ci-après à l'« ordonnance *Mareva* ».

69. Par exemple une fiducie : *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCA 1748.

70. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, par. 1.

71. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, 2007 QCCS 4288, par. 19; voir : *Ishizuka c. Robertson*, 2009 QCCS 4541.

72. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

73. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, préc., note 70.

Mareva)⁷⁴. La Cour suprême du Canada a reconnu l'application de cette ordonnance en droit canadien et la compétence des cours supérieures des provinces pour l'émettre dans l'arrêt *Aetna Financial Services*⁷⁵ en 1985. Dans cet arrêt, la Cour suprême indique aussi que ce type d'ordonnance peut être émis au Québec en vertu de l'article 752 C.p.c.⁷⁶.

Les critères pour émettre une ordonnance d'injonction *Mareva* peuvent varier d'une province à l'autre⁷⁷. Au Québec, les tribunaux ont confirmé que l'ordonnance *Mareva* s'octroie selon les critères habituels de l'injonction interlocutoire, à savoir l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁷⁸.

A) La nature de l'ordonnance d'injonction *Mareva*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

Dans le récent arrêt *Thibault*⁷⁹, la Cour d'appel du Québec, se référant aux auteurs de doctrine⁸⁰, définit l'ordonnance *Mareva* comme un « *freezing order* » permettant de geler des actifs visés entre les mains du possesseur, que ce soit le défendeur lui-même ou une tierce partie⁸¹. Cette ordonnance vise généralement les situations de fraude, de détournement et de dissipation douteuse d'actifs⁸².

Quant à ses conditions d'ouverture, l'ordonnance *Mareva* s'octroie selon les critères habituels de l'injonction interlocutoire⁸³,

74. *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA (The Mareva)*, [1980] 1 All. E.R. 213.

75. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, préc., note 70, par. 41.

76. *Id.*, par. 12.

77. Voir : *Chitel v. Rothbart*, (1982) 39 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.).

78. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

79. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69.

80. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 217.

81. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

82. *Id.*

83. C.p.c., art. 752.

à savoir l'apparence d'un droit sérieux et valable susceptible d'être reconnu par un jugement final, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁸⁴. Il faut par ailleurs noter que certaines décisions ont considéré que l'ordonnance *Mareva* s'octroyait selon les critères habituels pour une ordonnance d'injonction *provisoire*, à savoir l'urgence, l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁸⁵. Dans la récente décision *Droit de la famille-132485*⁸⁶, la Cour supérieure souligne qu'à ces conditions s'ajoute l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur, qui est exigeante lorsque l'ordonnance est obtenue *ex parte*⁸⁷.

Finalement, les tribunaux québécois ont récemment confirmé que l'ordonnance d'injonction *Mareva* restait une ordonnance à caractère exceptionnel⁸⁸. Outre les critères habituels de l'injonction, cette ordonnance ne doit être rendue que s'il est démontré l'existence d'un risque réel de voir disparaître clandestinement les biens d'un débiteur potentiel, au détriment du créancier qui exerce un recours contre lui⁸⁹. En somme, il faut convaincre le juge que, sans l'émission de l'ordonnance recherchée, le défendeur, dans une démarche empreinte de mauvaise foi, cherchera à disposer de ses biens de manière à déjouer toute tentative de la demanderesse de faire exécuter contre lui le jugement final, si tant est que celui-ci lui soit favorable⁹⁰.

⁸⁴. *Empire, compagnie d'assurance vie c. Thibault*, 2011 QCCS 3556, par. 130, voir : *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

⁸⁵. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 30.

⁸⁶. *Id.*

⁸⁷. *Id.* La Cour supérieure se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

⁸⁸. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14.; *Droit de la famille-132485*, préc., note 12.

⁸⁹. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 56.

⁹⁰. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 31.

i. Application des conditions d'ouverture dans un contexte de fraude commerciale

La décision *4463251 Canada inc. c. Duo-Regen Technologies Canada inc.*⁹¹ est un exemple de l'utilité de l'ordonnance *Mareva* dans un contexte de fraude commerciale. Dans cette affaire, les demanderessees intentaient un recours en résolution de contrats de distribution conclus avec les défenderesses au motif que leur consentement avait été vicié par la fraude, notamment par la falsification de documents.

En raison des agissements des défenderesses pendant l'instance (retraits d'argent dans les comptes de banque, transferts de fonds effectués à l'étranger, non-déclaration de comptes bancaires personnels en France, obtention d'une hypothèque grevant l'immeuble de l'un des défendeurs), les demanderessees craignaient d'être incapables d'exécuter un éventuel jugement. Elles ont donc présenté une requête en injonction interlocutoire de type *Mareva* afin d'empêcher les défenderesses de dilapider leurs biens.

La Cour supérieure, se référant à la décision *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*⁹², qualifie l'ordonnance *Mareva* « d'injonction mandatoire préventive »⁹³. Elle rappelle que cette ordonnance n'est prononcée que dans des cas exceptionnels où il est démontré qu'il existe un risque réel de voir disparaître clandestinement les biens d'un débiteur potentiel, au détriment du créancier qui exerce un recours contre lui⁹⁴. Elle fait siens les propos suivants du juge Jean-Yves Lalonde au nom de la Cour supérieure dans la décision *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, précitée :

91. *4463251 Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, 2011 QCCS 4043.
92. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, préc., note 71.
93. *4463251 Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, préc., note 91, par. 5.
94. *Id.*

Pour conclure à l'émission d'une telle injonction mandataire préventive, le Tribunal appelé à l'émettre, doit se convaincre qu'à moins d'imposer des restrictions sévères à la liberté du défendeur de disposer de ses actifs, pendant l'instance, il est raisonnable de craindre que celui-ci cherche à déjouer l'exécution d'un jugement éventuel par la commission d'actes trompeurs (ex: en camouflant les biens de son patrimoine) de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur.⁹⁵

La Cour conclut qu'en l'espèce le comportement des défenderesses démontre clairement qu'elles tentent de soustraire leurs biens à l'exécution d'un éventuel jugement. Par conséquent, le risque de voir ces biens disparaître est sérieux, et le préjudice serait irréparable. La Cour accueille donc la requête jusqu'à l'audience sur le fond et ordonne aux défenderesses un gel de tous leurs actifs « wherever situated worldwide ». Ce type d'injonction *Mareva* est maintenant reconnu en droit québécois, comme nous le verrons ci-après.

B) Les « Worldwide » *Mareva*

De nos jours, il est courant pour un défendeur de détenir des biens dans plusieurs pays et d'avoir la capacité de transférer de larges sommes d'argent rapidement à travers les frontières et les juridictions. Pour assurer l'efficacité de l'ordonnance *Mareva* à l'encontre de manœuvres frauduleuses de dissipation d'actifs, les tribunaux canadiens ont accordé à cette ordonnance une portée extraterritoriale⁹⁶. Ce pouvoir juridictionnel élargi est justifié par le fait qu'une telle ordonnance d'injonction est émise à l'égard d'une personne et ne vise ses biens que de façon accessoire.

Cette position a été confirmée au Québec en 2005 dans l'affaire *Cinar c. Weinberg*⁹⁷, alors que la Cour supérieure accordait une injonction *Mareva* visant non seulement les biens du défendeur

95. *Id.*

96. *Mooney v. Orr*, [1995] 1 W.W.R. 517, par.12.

97. *Cinar c. Weinberg*, EYB 2005-93472 (C.S.).

situés au Québec, mais également ceux à l'extérieur de la province. Plus récemment, la Cour supérieure a également émis de telles ordonnances. Ainsi, dans *Cloutier c. Cloutier*⁹⁸, la Cour a renouvelé une ordonnance injonctive de type *Mareva* qui avait accordé le gel de tous les comptes de banque du défendeur, peu importe leur emplacement, au Québec, au Mexique ou en Équateur. Dans la décision *4463251 Canada inc. c. Duo-Regen Technologies Canada inc.*⁹⁹, dont nous avons traité précédemment, la Cour supérieure a ordonné aux défendeurs de ne pas se départir de leurs actifs « wherever situated worldwide »¹⁰⁰.

Il faut toutefois noter que l'exécution de l'ordonnance d'injonction *Mareva* reste tout d'abord subordonnée à la loi étrangère, mais également aux obligations contractuelles que pourrait avoir l'institution financière, par exemple, à l'égard des défendeurs¹⁰¹. Ainsi, l'exécution en pays étranger d'une telle ordonnance peut s'avérer difficile et inefficace dans certains cas. Il n'en demeure pas moins que les « worldwide » *Mareva* s'avèrent particulièrement utiles dans une poursuite civile pour fraude, permettant d'agir le plus rapidement possible dans toutes les juridictions visées¹⁰².

C) La relation entre l'ordonnance d'injonction *Mareva* et la saisie avant jugement du Code de procédure civile

Les ordonnances de type *Anton Piller, Mareva et Norwich* tirent leur origine de la *common law*. Ce sont des ordonnances dites hybrides, qui s'apparentent à l'injonction, à la saisie avant jugement ou encore à l'interrogatoire au préalable prévus au *Code de procédure civile*. Dans ce contexte, les tribunaux québécois sont

98. *Cloutier c. Cloutier*, 2010 QCCS 4270.

99. *4463251 Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, préc., note 91.

100. *Id.*, par. 21.

101. Vaughan BLACK et Edward BABIN, *Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects* (1997) 28 *Can. Bus. L.J.* 430, 460.

102. Voir aussi la décision *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, qui fait référence à une « worldwide Mareva » émise dans ce dossier.

amenés, encore aujourd'hui, à analyser la place de ces ordonnances dans la procédure civile québécoise.

À cet effet, certains praticiens se questionnent encore sur le rôle de l'ordonnance *Mareva* en droit civil québécois au regard de la saisie avant jugement prévue à l'article 733 C.p.c.¹⁰³. L'article 733 C.p.c. prévoit : « Le demandeur peut, avec l'autorisation d'un juge, faire saisir avant jugement les biens du défendeur, lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril ». Ce remède vise à mettre sous la main de la justice le tout ou une partie du patrimoine d'un débiteur défaillant qui cherche à se soustraire à l'exécution d'un jugement¹⁰⁴. Le péril prévu à l'article 733 C.p.c. doit être un péril « objectif », c'est-à-dire des mouvements d'actifs frauduleux qui auraient pour but de permettre au défendeur de se soustraire à l'exécution d'un jugement favorable au demandeur¹⁰⁵. Or, on se rappellera que l'ordonnance *Mareva* a aussi comme objectif la conservation des actifs du défendeur dans des situations de fraude et de détournement de fonds afin d'assurer au demandeur qui obtiendrait un jugement final favorable de pouvoir être dédommagé¹⁰⁶.

Malgré cette ressemblance, la doctrine et la jurisprudence québécoises ont rappelé¹⁰⁷ dans les dernières années que, contrairement à la saisie avant jugement qui s'adresse directement aux biens, l'ordonnance *Mareva* vise plutôt les personnes, à qui il est interdit de poser certains gestes à l'égard de leurs biens¹⁰⁸.

103. C.p.c., art. 733.

104. *Société en commandite Adamax Immobilier c. Immobilier Soltron Inc.*, 2010 QCCS 5613, par. 16.

105. *Id.*, par. 15.

106. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

107. Dans certains jugements, les tribunaux s'interrogent brièvement quant à la possibilité d'émettre soit un bref de saisie avant jugement, soit une ordonnance *Mareva*, reconnaissant implicitement qu'il s'agit de deux recours différents en droit civil québécois, voir : *Conseil Québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2013 QCCS 6085; *Cousineau c. Alrod*, EYB 2012-204507 (C.S.).

108. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 55, voir : D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 221.

Ainsi, la Cour supérieure s'est penchée sur cette question dans la décision *Ishizuka c. Robertson*¹⁰⁹. Dans cette affaire, la demanderesse intentait une requête pour ordonnance de sauvegarde de type *Mareva* dans le cadre d'une poursuite civile dans laquelle elle cherchait à obtenir le remboursement d'un prêt de 500 000 \$ avancé au défendeur. Ayant appris lors de l'instance que le défendeur avait vendu son seul immeuble au Québec, elle craignait que ce dernier ne se défasse du produit de la vente, soit 300 000 \$, et qu'elle ne puisse plus exécuter de jugement contre lui. Elle réclamait donc une ordonnance d'injonction qui empêcherait le défendeur d'utiliser le produit de la vente. En l'espèce, la Cour supérieure a conclu que les conditions pour émettre l'ordonnance *Mareva* étaient remplies et a donc ordonné au défendeur de s'abstenir d'aliéner ou de transférer le produit de la vente de son immeuble jusqu'à ce qu'un jugement final soit rendu dans le litige opposant les parties.

Or, dans cette affaire, le défendeur avait allégué que la demanderesse ne pouvait demander une ordonnance *Mareva*, car cette dernière faisait double emploi avec les dispositions du *Code de procédure civile* sur la saisie avant jugement. À cet égard, la Cour supérieure a clairement indiqué dans son dispositif que l'ordonnance *Mareva* ne faisait pas double emploi avec les dispositions du *Code de procédure civile* sur la saisie avant jugement. Elle s'est dite d'avis que ces deux recours obéissaient à des règles différentes, même s'ils visaient un même objet, soit celui d'assurer que l'exécution d'un jugement ne soit pas empêchée par des actes illégaux, irréguliers ou contraires à la bonne foi.

Dans une décision subséquente, la Cour supérieure s'est penchée à nouveau sur le sujet, alors qu'elle devait répondre à la question suivante : lorsque la saisie avant jugement demandée par une partie victime de fraude est accueillie, cette dernière peut-elle obtenir en plus une ordonnance *Mareva*? Ainsi, dans la récente décision *Fer et métaux américains*¹¹⁰, la Cour supérieure a conclu

109. *Ishizuka c. Robertson*, préc., note 71.

110. *Fer et métaux américains*, s.e.c. c. *Picard*, préc., note 14 (aucun appel logé).

que l'ordonnance *Mareva* n'était pas toujours nécessaire si la saisie avant jugement pratiquée apportait une protection suffisante à la partie demanderesse.

Dans cette affaire, les défendeurs s'adressaient au tribunal afin d'obtenir, d'une part, l'annulation de saisies avant jugement pratiquées contre leurs biens et, d'autre part, la suspension et la révision d'ordonnances de sauvegarde et d'injonction de type *Mareva* émises contre eux. Ces jugements s'inscrivaient dans le cadre d'une requête en dommages introduite par la demanderesse, une entreprise de recyclage de métal, contre les défendeurs, des ex-employés. La demanderesse leur reprochait des actes frauduleux commis à son endroit, tels que la fabrication de fausses factures ou de faux billets de pesée pour de la marchandise non livrée, des travaux effectués au domicile des défendeurs en utilisant le matériel de la demanderesse, sans compensation, et l'utilisation par les défendeurs de cartes de crédit de la demanderesse à des fins personnelles.

Analysant d'abord la requête des défendeurs en annulation des saisies avant jugement pour cause d'insuffisance des affidavits, la Cour a conclu qu'à première vue les faits allégués aux affidavits produits par la demanderesse étaient suffisamment graves et précis pour justifier le maintien des saisies effectuées avant jugement. La Cour était en effet d'avis que les fraudes décrites par la demanderesse s'échelonnaient sur une période plus ou moins prolongée et faisaient état d'une conduite malhonnête persistante. En conséquence, les mesures de saisie pratiquées devaient être maintenues pour éviter que la créance de la demanderesse ne soit mise en péril.

Analysant ensuite l'ordonnance *Mareva* émise, la Cour supérieure rappelle que cette ordonnance visait en l'espèce à interdire aux défendeurs de disposer, vendre, donner ou aliéner les biens ou actifs dont ils étaient propriétaires, de quelque manière que ce soit, au Québec, au Canada ou à l'étranger, et ce, jusqu'à nouvel ordre de la Cour. La Cour souligne alors que, contrairement aux ordonnances de saisie avant jugement qui s'adressent

directement aux biens, l'ordonnance *Mareva* vise plutôt les personnes, à qui il est interdit de poser certains gestes à l'égard de leurs biens¹¹¹.

Analysant les critères pour émettre une ordonnance *Mareva*¹¹², la Cour indique que l'ensemble des éléments de preuve établit, à première vue, que la demanderesse aurait été victime de fraudes commises par les défendeurs et que des mesures doivent être prises pour protéger sa créance, dans l'hypothèse d'un jugement éventuel favorable. Toutefois, elle est d'avis qu'elle doit évaluer la situation telle qu'elle se présente devant elle, alors que tous les biens des défendeurs sont déjà saisis, et en se rappelant que l'injonction *Mareva* demeure un remède exceptionnel qui ne doit être administré que si l'on cherche à déjouer un jugement éventuel en camouflant des biens de son patrimoine.

La Cour est d'avis qu'en l'espèce cette démonstration n'a pas été faite à l'égard des défendeurs. Bien que le comportement malhonnête des défendeurs puisse soulever des doutes, le fait que les biens visés aient été saisis constitue une protection suffisante¹¹³. Elle ajoute que, bien que certains défendeurs possèdent des biens à l'extérieur du pays non visés par les saisies, ceux ayant fait l'objet de saisies au Québec représentent une valeur substantielle et protègent suffisamment la créance de la demanderesse.

En conséquence, il est possible de conclure des décisions précédentes que la saisie avant jugement et l'ordonnance *Mareva* peuvent constituer des recours complémentaires en cas de fraude, lorsque certains biens ou actifs du défendeur ne sont pas connus du demandeur, ou sont situés dans une juridiction étrangère, et ne peuvent conséquemment être visés par une saisie avant jugement. Toutefois, si les biens et actifs saisis avant jugement sont d'une

111. *Id.*, par. 55 (aucun appel logé).

112. À savoir, comme discuté précédemment, les critères habituels de l'injonction, soit l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients.

113. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 73 (aucun appel déposé).

valeur suffisamment élevée pour permettre de protéger la créance du demandeur, la Cour supérieure nous rappelle que l'ordonnance *Mareva* n'est alors plus nécessaire. Cette conclusion s'applique d'autant plus lorsque, depuis la saisie pratiquée, aucun fait précis ne laisse croire que les défendeurs tentent d'éluder ou de camoufler les biens de leur patrimoine¹¹⁴.

Par ailleurs, cette décision de la Cour supérieure nous permet de présager qu'une preuve d'expert pourra devenir essentielle dans un tel contexte afin d'évaluer la valeur des actifs autres que des sommes d'argent. Une attention particulière devrait par exemple être portée au Régime d'épargne retraite (REER) ou aux valeurs mobilières régis par des règles de liquidation bien précises. De plus, les tribunaux devront-ils estimer la valeur des actifs saisis selon une valeur marchande ou une valeur de liquidation? Comme on peut le comprendre, dans ces situations, les critères de détermination de la valeur des actifs par un expert deviennent primordiaux.

3. L'ordonnance d'injonction *Norwich*

L'ordonnance d'injonction *Norwich*¹¹⁵ est un outil procédural qui permet à celui qui s'en prévaut d'obtenir de l'information essentielle détenue par un tiers¹¹⁶. Dans un contexte de fraude, cette ordonnance s'avère utile, puisqu'elle permet la divulgation préalable d'information permettant de trouver l'identité des fraudeurs ou d'obtenir la preuve nécessaire pour poursuivre, avant même que ne soit intentée une action en justice¹¹⁷. Le tiers visé par l'ordonnance *Norwich* et dont on cherche à obtenir de l'information essentielle peut être une institution financière¹¹⁸ ou un fournisseur

114. *Id.*, par. 75 (aucun appel logé).

115. Par souci de concision, les auteurs référeront à l'« ordonnance *Norwich* ».

116. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 236.

117. *Alberta Treasury Branches v. Leahy*, 2000 ABQB 575, par.72, 73 et 106; confirmé par 2002 ABCA 101.

118. Voir : *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, 2011 QCCS 6867; *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, 2011 QCCS 7232; *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, 2010 QCCS 7128 (aucun appel logé).

de services internet¹¹⁹. Ce tiers doit toutefois être, à toutes fins pratiques, l'unique source d'information disponible¹²⁰.

Cette ordonnance tire son nom de la cause anglaise de 1974 *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*¹²¹. La Cour fédérale a reconnu l'application de l'ordonnance *Norwich* en droit canadien et sa compétence pour accorder ce remède en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les Cours fédérales* dans la décision *Glaxo Wellcome PLC c. Ministre du Revenu National*¹²².

L'application de cette ordonnance en droit civil québécois a fait l'objet de discussions dans les dernières années. Après un

119. *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*, n° 500-17-081938-147, 11 avril 2014, j. Lacoursière.

120. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCA 2255, par. 6.

121. *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133, [1973] 3 W.L.R. 164, [1973] 2 All E.R. 943 (H.L.). Dans cette affaire, la compagnie *Norwich Pharmacal* (la « compagnie ») avait découvert, en consultant de l'information publiée par l'agence de douanes, qu'un composé chimique sur lequel elle détenait un brevet avait été importé en Grande-Bretagne à plusieurs reprises à son insu. Les importateurs n'étaient pas identifiés dans la documentation publiée par l'agence des douanes. La compagnie s'est donc adressée à celle-ci pour obtenir l'identité des importateurs, ce qui lui a été refusé, l'agence considérant que cette information était confidentielle. La Chambre des Lords anglaise a reconnu le droit de la compagnie d'obtenir l'identité des importateurs pour lui permettre d'entreprendre des procédures à l'égard de ceux-ci.

122. *Glaxo Wellcome PLC c. Ministre du Revenu National*, [1998] 4 C.F. 439. Dans cette affaire, *Glaxo Wellcome PLC* (la « compagnie ») avait deux brevets visant un certain produit chimique. Elle avait appris, par l'intermédiaire de rapports de Statistiques Canada, que d'importantes quantités du produit en question étaient importées au Canada par des compagnies qui n'avaient pas son autorisation. Ces rapports n'indiquaient toutefois pas le nom des importateurs. La compagnie a d'abord fait une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* qui lui a été refusée. Puis, elle a fait une demande au ministère du Revenu sous l'article 108(1) de la *Loi sur les douanes* pour obtenir le nom des importateurs, laquelle demande lui a aussi été refusée au motif que l'information était confidentielle. La compagnie a porté cette décision du ministre en révision judiciaire à la Cour fédérale et présenté une demande d'ordonnance lui permettant d'obtenir l'identité des importateurs. La Cour fédérale a rejeté ces demandes. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a accueilli les demandes, jugeant qu'elle avait le pouvoir d'émettre de telles ordonnances.

certain questionnement à ce sujet dans la doctrine et la jurisprudence, la Cour d'Appel et la Cour supérieure ont récemment établi de façon claire qu'elles avaient compétence pour accorder une ordonnance *Norwich*, comme nous le verrons dans les sections suivantes.

A) La nature de l'ordonnance *Norwich*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

Dans des décisions récentes¹²³, la Cour d'appel et la Cour supérieure ont confirmé la nature de l'ordonnance *Norwich* ainsi que ses conditions d'ouverture en droit civil québécois. La Cour supérieure a aussi énoncé spécifiquement l'utilité d'une telle ordonnance dans un contexte de fraude¹²⁴.

Ainsi, en 2011, dans la décision *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*¹²⁵, la Cour supérieure confirme sa compétence pour rendre une ordonnance *Norwich* en vertu de ses pouvoirs généraux découlant des articles 20 et 46 C.p.c.¹²⁶. Dans cette affaire, le demandeur souhaitait obtenir une ordonnance *Norwich* afin de forcer la défenderesse, une institution financière, à lui communiquer les renseignements qu'elle détenait sur les placements et les comptes de son défunt père. Le demandeur souhaitait que ces renseignements lui soient communiqués pour la période au cours de laquelle sa sœur avait agi pour leur père en vertu d'une procuration générale et d'un mandat en cas d'incapacité. Le demandeur souhaitait faire la lumière sur l'état réel de la succession de son père et sur la qualité de la gestion que sa sœur avait assurée, afin d'évaluer l'opportunité d'intenter une

123. *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118; *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118; *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118; *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120.

124. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118.

125. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118 (ci-après la « décision Corbeil »).

126. *Id.*, par. 34.

action en reddition de compte contre cette dernière. Il prétendait que ses parents lui avaient fait certaines confidences sur l'état de leurs avoirs et que la valeur de la succession de son père était plus élevée que la valeur déclarée par sa sœur.

Dans son analyse, la Cour supérieure confirme que les conditions d'ouverture établies par la *common law* pour obtenir une ordonnance *Norwich* sont toujours d'actualité. Référant à l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe*¹²⁷, la Cour résume ainsi ces conditions¹²⁸ :

- i) le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice;
- ii) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige, elle ne peut être un simple spectateur;
- iii) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs;
- iv) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice;
- v) l'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

Concernant la deuxième condition, la Cour juge qu'il n'est pas nécessaire que l'institution financière ait participé activement ou par omission à la commission du geste fautif ou illégal reproché. Elle est d'avis que le seul fait que l'institution financière en cause détienne les informations recherchées de première main suffit pour les fins de ce critère¹²⁹. Ainsi, dans le contexte d'une ordonnance *Norwich*, le tiers, bien qu'il possède une information pertinente au litige du demandeur, n'est pas partie à ce litige et devient donc impliqué involontairement dans l'affaire en cause. En l'espèce, la

127. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, par. 15.

128. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118, par. 23.

129. *Id.*, par. 26.

Cour conclut que les conditions requises pour l'obtention de l'ordonnance *Norwich* sont remplies et accueille donc la requête du demandeur.

Plus récemment, dans l'arrêt *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*¹³⁰, la Cour d'appel, sans changer l'état du droit tel qu'énoncé dans la décision *Corbeil*¹³¹, confirme elle aussi que les conditions d'ouverture établies par la *common law* pour obtenir une ordonnance *Norwich* sont toujours d'actualité¹³². Elle rappelle de plus, avec justesse, qu'il existe diverses circonstances dans lesquelles une ordonnance *Norwich* peut être consentie, comme reconnu par la jurisprudence des provinces de *common law*.

Ainsi, accueillant l'appel d'une décision de la Cour supérieure qui avait refusé d'émettre une ordonnance *Norwich*, la Cour d'appel retient l'argument des appelants à l'effet que le juge de première instance a commis une erreur de droit en interprétant de façon trop restrictive les circonstances où ce type d'ordonnance peut être prononcé. Se référant aux propos de la Cour d'appel d'Ontario dans *GEA Group AG v. Flex-N-Gate Corporation*, 2009 ONCA 619, la Cour rappelle les circonstances où ce type d'ordonnance peut être prononcé :

- (i) where the information sought is necessary to identify wrongdoers;
- (ii) to find and preserve evidence that may substantiate or support an action against either known or unknown wrongdoers, or even determine whether an action exists; and
- (iii) to trace and preserve assets.

Après avoir rappelé que la juge en première instance n'avait pas devant elle toute la documentation nécessaire afin d'être en

130. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120.

131. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

132. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120, par.6.

mesure de saisir l'ampleur de la fraude qu'avaient subie les parties appelantes, la Cour d'appel, sur la base des conditions établies par la *common law* et forte des principes énoncés ci-haut, infirme le jugement de première instance. Ce faisant, elle accueille la requête pour l'émission d'une ordonnance de type *Norwich* et ordonne aux institutions financières mises en cause de communiquer aux appelantes les informations demandées relativement aux parties intimées.

i. Application dans un contexte de fraude commerciale

Dans une autre décision récente, soit l'affaire *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée*¹³³, la Cour supérieure confirme aussi sa compétence pour rendre une ordonnance *Norwich* en vertu de ses pouvoirs généraux découlant des articles 20 et 46 C.p.c.¹³⁴. Elle analyse ensuite l'application de cette ordonnance dans le contexte particulier d'une fraude perpétrée dans les comptes bancaires d'une entreprise.

Dans cette affaire, un syndic de faillite (le « Syndic ») cherchait à obtenir une ordonnance *Norwich* pour obliger la banque Toronto-Dominion à lui fournir toute information ou tout document nécessaire afin de lui permettre de déterminer les circonstances entourant la fraude dont la débitrice avait été victime. La Cour supérieure souligne d'abord que le Syndic, en l'espèce, a démontré que le transfert de sommes d'argent en cause n'avait pas été autorisé par la débitrice ni par ses directeurs. Vu l'absence de justification apparente, il était probable qu'il y ait eu fraude. La Cour supérieure souligne alors l'utilité d'une ordonnance *Norwich* dans ce contexte :

133. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118.

134. Voir au même effet : *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118, dans laquelle la Cour supérieure émet une ordonnance *Norwich* sur la base des articles 2, 20 et 46 C.p.c.

As such, for the moment, without the order sought, the Trustee does not and cannot know who perpetrated the alleged fraud and for whose likely benefit, nor where the amounts involved can be ultimately traced.¹³⁵

Concernant les conditions d'ouverture pour obtenir une ordonnance *Norwich*, la Cour supérieure confirme que les conditions établies par la *common law* sont toujours d'actualité et les applique à un contexte de fraude :

- a) the Trustee likely has a valid, bona fide and reasonable claim;
- b) there is apparently some involvement, albeit most probably purely innocent or indirect by the Trustee's own acknowledgement, of the Respondent in the transfers at stake;
- c) the Respondent is, in all probability, the only practical source of information to assist in the understanding of the fraud likely perpetrated;
- d) it is in the interest of justice and of the creditors of the Debtor that the Trustee be able to trace the whereabouts of the potentially illegal transfers at issue;
- e) the Trustee offers to reimburse the Respondent for any costs to be incurred with regard to the order sought.

Jugeant que les conditions sont remplies, la Cour accueille donc la requête en ordonnance *Norwich*.

Finalement, il est intéressant de noter qu'il est possible de demander, lors d'une requête pour ordonnance *Norwich*, que le défendeur faisant l'objet de l'ordonnance ne divulgue à personne l'existence de cette ordonnance ou le fait qu'il a transmis les documents demandés¹³⁶. Cette requête peut aussi être accompagnée d'une demande afin que les procédures et les pièces au dossier soient mises sous scellés pour éviter que le public n'y ait

135. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118, par. 9.

136. *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118, par. 9.

accès¹³⁷. À notre avis, de telles demandes peuvent être utiles dans un contexte de fraude, afin de ne pas éveiller la méfiance des défendeurs dont on cherche à découvrir l'identité ou la méfiance de complices de ces mêmes personnes.

D'ailleurs, dans la décision très récente *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*¹³⁸, dans laquelle la Cour supérieure a accueilli une demande d'ordonnance *Norwich*, la Cour a ordonné une mise sous scellés du dossier pour un délai de trente jours, en plus d'ordonner à la défenderesse, une compagnie fournissant les services internet, de ne pas divulguer l'existence de l'ordonnance *Norwich* émise. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir l'identité d'usagers se cachant derrière diverses adresses IP dans un contexte de fraude et de piratage de signaux satellite.

Ces demandes de confidentialité sont d'autant plus nécessaires qu'il est possible que, dans certains cas, le défendeur visé par l'ordonnance *Norwich* soit lui-même obligé, en vertu de ses obligations contractuelles envers son client dont on cherche à obtenir l'identité, de révéler à ce dernier l'ordonnance émise et qui affecte les droits de son client. Conséquemment, obtenir une ordonnance de non-divulgateion et la mise sous scellés du dossier devient d'une importance capitale pour l'efficacité du recours ou des recours subséquents contre les fraudeurs dûment identifiés à la suite de l'exécution de l'ordonnance *Norwich*.

B) L'ordonnance *Norwich* et le principe de proportionnalité en droit civil québécois

À une époque où l'ordonnance *Norwich* était moins connue au Québec, les auteurs avançaient déjà l'idée que ce type d'ordonnance avait sa place dans la procédure civile québécoise¹³⁹. Notamment, à la lumière de l'article 4.2 C.p.c., les auteurs considéraient que l'ordonnance *Norwich* reflétait exactement les

137. *Id.*, par. 11.

138. *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*, préc., note 119.

139. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 268 et ss.

préoccupations du législateur en matière d'économie du droit¹⁴⁰. Il est utile de rappeler la teneur de cet article :

4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

Or, dans la récente décision *Corbeil*¹⁴¹, la Cour supérieure se prononce sur la pertinence de l'ordonnance *Norwich* au regard du principe de proportionnalité en droit québécois. Accueillant la requête en ordonnance *Norwich*, la Cour conclut avec justesse que ce type d'ordonnance est non seulement applicable en droit civil québécois, mais peut même faciliter le respect du principe de la proportionnalité :

En terminant, le Tribunal souligne qu'aucune disposition du C.p.c. ne permet de procéder à un tel interrogatoire ou de forcer une telle communication, à l'extérieur du cadre procédural d'une action en justice. Or, le fait de forcer une telle communication, lorsque les conditions pour l'émission d'une ordonnance de type *Norwich* sont respectées, n'est pas incompatible avec les règles prévues au C.p.c. Le Tribunal estime même que dans certains cas, comme dans le cas présent, l'émission d'une telle ordonnance peut faciliter le respect du principe de la proportionnalité, prévu à l'article 4.2 C.p.c. En effet, une telle ordonnance peut parfois, comme ici, permettre une exploration préliminaire simple et peu coûteuse pour tous. Cette exploration pourrait éviter l'institution de procédures plus lourdes, coûteuses et potentiellement inutiles. Dans les circonstances, le Tribunal est d'avis que les articles 20 et 46 C.p.c. l'autorisent à rendre l'ordonnance recherchée, de type *Norwich*.¹⁴²

140. *Id.*, p. 268.

141. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

142. *Id.*, par. 34.

Cette décision, tout comme celle de la Cour d'appel dans l'affaire *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*¹⁴³ d'ailleurs, démontre sans aucun doute que les tribunaux québécois constatent la légalité, l'utilité et l'efficacité de cette ordonnance dans le système judiciaire québécois. Il est toutefois à prévoir qu'au fil du temps l'émission de ce type d'ordonnance soulèvera certainement des objections en matière de confidentialité et de renseignements personnels. Une fois de plus, les juges seront alors amenés à utiliser leur discrétion judiciaire en corrélation avec les critères jurisprudentiels établis pour délimiter, en cas d'abus, la portée de cette ordonnance en droit québécois. Bien que la jurisprudence n'en fasse pas état, nous considérons, tout comme pour l'ordonnance *Mareva*¹⁴⁴, qu'en plus des cinq critères précités, les critères habituels de l'injonction interlocutoire et provisoire, à savoir l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable, la balance des inconvénients et l'urgence devraient aussi s'appliquer en matière d'ordonnance *Norwich*. De plus, à ces conditions devraient aussi s'ajouter l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur en matière *ex parte*, comme pour l'ordonnance *Mareva*¹⁴⁵ et l'ordonnance *Anton Piller*.

CONCLUSION

À la lumière de la jurisprudence récente, nous sommes d'avis que les tribunaux québécois reconnaissent maintenant l'efficacité des recours que sont les ordonnances *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* pour protéger les droits de victimes de fraude. Les tribunaux émettent ce type d'ordonnances dans diverses situations de fraude, allant même parfois jusqu'à faciliter la demande de la victime en présumant de l'intention malhonnête du fraudeur en certaines circonstances.

Par ailleurs, des interrogations se soulèvent encore sur la portée et l'étendue en droit civil québécois de ces ordonnances

¹⁴³. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120, par. 6.

¹⁴⁴. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

¹⁴⁵. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 30. La Cour supérieure se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

originaires de la *common law*. D'autres interrogations se soulèvent aussi au niveau de la proportionnalité des ressources nécessaires pour effectuer ce type de recours. Comme nous l'avons vu, c'est en appliquant des principes tels que la présomption de bonne foi, la protection contre les abus, la protection à la vie privée ou le droit d'être entendu que les tribunaux québécois continuent de développer des critères assurant le respect des droits fondamentaux des parties impliquées. Par exemple, il arrivera ainsi que le critère de la proportionnalité joue en faveur de la victime de la fraude, comme ce fut le cas dans l'affaire *Corbeil*¹⁴⁶. Parfois, au contraire, le critère de la proportionnalité jouera à l'encontre de la demande faite par une victime de fraude, comme nous l'a démontré l'arrêt *IMS Health Canada inc.*¹⁴⁷. Dans tous les cas, le juge est amené à user de sa discrétion afin de mettre en balance les droits et intérêts des parties respectives. Il sera intéressant de suivre l'évolution de ces recours au Québec dans les prochaines années, alors que le nouveau *Code de procédure civile* entrera en vigueur¹⁴⁸ et consacrera l'importance du principe de proportionnalité dans notre droit. En matière de fraude, un recours tel que l'ordonnance *Norwich* connaîtra-t-il un développement important? Sans aucun doute, les juges seront encore amenés, dans le futur, à définir la portée et l'étendue des ordonnances d'injonction *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* dans notre droit civil.

^{146.} *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

^{147.} *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 47.

^{148.} Depuis le 20 février 2014, le projet de loi n° 28 ou « Loi instituant le nouveau Code de procédure civile » a été adopté à l'Assemblée nationale. Son entrée en vigueur est prévue pour l'automne 2015.

