

ENTRE :

BURLINGTON RESOURCES FINANCE COMPANY,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

---

Requête entendue les 27, 28, 29 et 30 juin 2016, à Toronto (Ontario).

Devant : L'honorable juge Johanne D'Auray

Comparutions :

Avocats de l'appelante :	M <sup>e</sup> Alexander Cobb
	M <sup>e</sup> Andrew Boyd
Avocates de l'intimée :	M <sup>e</sup> Erin Strashin
	M <sup>e</sup> Naomi Goldstein
	M <sup>e</sup> Donna Dorosh

---

## **ORDONNANCE**

VU la requête de l'intimée en :

1. ordonnance enjoignant au représentant de l'appelante de se présenter à nouveau, aux frais de l'appelante, et de répondre aux questions énumérées à l'annexe « A » modifiée et à toutes les questions légitimes découlant des réponses, posées lors des interrogatoires préalables tenues du 16 au 18 juillet, les 23 et 29 juillet, ainsi que du 15 au 17 décembre 2014, auxquelles l'appelante a refusé de répondre ou auxquelles elle n'a pas répondu complètement;

2. à titre subsidiaire, en ordonnance enjoignant à l'appelante de répondre complètement par écrit à toutes les questions énumérées à l'annexe « A » modifiée et de produire tous les documents demandés à cette annexe dans les 90 jours suivant l'ordonnance de la Cour relative à la présente requête;
3. à titre subsidiaire, en cas d'inobservation de l'ordonnance de la Cour, en ordonnance rejetant l'appel;
4. en adjudication des dépens de la présente requête;
5. en toute autre mesure que la Cour estime juste.

APRÈS avoir entendu les observations formulées par les parties;

LA COUR :

Accueille la requête en partie. L'appelante devra répondre aux questions conformément aux motifs de l'ordonnance ci-joints.

Une conférence téléphonique sera tenue en vue de déterminer la procédure à suivre, de fixer les délais et de discuter des dépens de la requête.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour d'août 2017.

« Johanne D'Auray »

---

Juge D'Auray

Traduction certifiée conforme  
ce 7<sup>e</sup> jour de novembre 2018.

François Brunet, réviseur

Référence : 2017 CCI 144

Date : 20170803

Dossier : 2012-2683(IT)G

ENTRE :

BURLINGTON RESOURCES FINANCE COMPANY,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

## MOTIFS DE L'ORDONNANCE

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

La juge D'Auray

### I. Introduction

[1] L'intimée a présenté une requête au titre des articles 4, 7, 95 et 110 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*<sup>1</sup> (les « Règles ») en ordonnance prévoyant les mesures suivantes :

1. enjoindre au représentant de l'appelante, Burlington Resources Finance Company (« Burlington ») de se présenter à nouveau, aux frais de Burlington, et de répondre à certaines questions (les « questions en cause ») et à toutes les questions légitimes découlant des réponses;
2. à titre subsidiaire, enjoindre à Burlington de répondre complètement par écrit aux questions en cause et de produire tous les documents demandés relativement à ces questions;
3. rejeter l'appel si Burlington n'observe pas l'ordonnance de la Cour relative à la présente requête.

---

<sup>1</sup> DORS/90-688a.

[2] L'intimée soutient que les questions en cause sont pertinentes quant aux questions en litige et que Burlington a indûment refusé de répondre aux questions ou n'y a pas répondu complètement.

[3] Burlington s'oppose à la requête au motif que toutes les questions légitimes ont fait l'objet d'une réponse complète et qu'elle avait à juste titre refusé de répondre aux questions non légitimes de l'intimée.

[4] Les deux parties demandent que les dépens leur soient adjugés, quelle que soit l'issue de la cause, et qu'elles aient la possibilité de présenter des observations quant au montant.

## II. Les faits

[5] Voici le contexte de l'appel sous-jacent en matière d'impôt<sup>2</sup> :

1. Burlington a été constituée en société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (la « SARINE ») en février 2000 et est une filiale à part entière de Burlington Resources Inc. (« BRI »), une société résidant aux États-Unis.
2. Les activités de Burlington consistaient à obtenir des fonds pour financer les activités d'exploitation de sociétés canadiennes affiliées. Plus précisément, Burlington empruntait des fonds sur les marchés publics et [TRADUCTION] « prêtait » ces fonds à ses entités canadiennes affiliées, qui exploitaient des entreprises relatives à des actifs de pétrole brut et de gaz naturel.
3. BRI a fourni une garantie sans condition à l'égard du paiement des billets, et Burlington [TRADUCTION] « a prêté » le produit à ses sociétés sœurs canadiennes.
4. Avant l'émission des billets, BRI s'est assurée que Burlington serait en mesure de faire tous les paiements exigibles en vertu des obligations en effectuant une série de transactions, notamment l'émission mutuelle de

---

<sup>2</sup> Une description de l'appel sous-jacent en matière d'impôt figure au paragraphe 5 de l'ordonnance de la juge Campbell rendue dans la décision *Burlington Resources Finance Co. c Canada* (2015 CCI 71). Dans mes motifs, je parlerai de [Burlington 1]. Je me suis inspirée de cette description pour établir le présent contexte factuel.

billets à ordre, la signature de lettres d'instructions, la conclusion de contrats d'achat à terme, d'ententes de contribution pour dépenses en capital, d'accords de contribution et d'accords de swap (collectivement appelés les « instruments hybrides »).

5. Les sociétés visées par ces instruments hybrides étaient :

Burlington Resources Canada LTD. (« BRCL »);

Burlington Resources Canada Inc. (« BRCI »), prédécesseur de BRCL

Burlington Resources Canada (Hunter) Ltd. (« BRCH »);

Canadian Hunter Exploration Ltd. (« CHEL »), prédécesseur de BRCH;

Burlington Resources Canada Corporation (« BRCC »), prédécesseur de BRCH.

6. En 2001 et en 2002, Burlington a emprunté environ trois milliards de dollars américains par l'émission des sept obligations suivantes mentionnées ci-dessous (les « billets ») à des parties sans lien de dépendance :

Date d'émission	Principal	Intérêts	Échéance
12 février 2001	400 millions \$ US	6,68 %	15 février 2011
24 août 2001	178 millions \$ US	6,4 %	15 août 2011
24 août 2001	575 millions \$ US	7,2 %	15 août 2031
16 novembre 2001	500 millions \$ US	5,6 %	1 <sup>er</sup> décembre 2006
16 novembre 2001	500 millions \$ US	6,5 %	1 <sup>er</sup> décembre 2011
16 novembre 2001	500 millions \$ US	7,4 %	1 <sup>er</sup> décembre 2031
25 février 2002	350 millions \$ US	5,7 %	1 <sup>er</sup> mars 2007

7. Burlington et BRI ont convenu que Burlington verserait des commissions de garantie à BRI en fonction d'une commission de garantie annuelle de 50 points de base (ou 0,5 pour cent) du principal des billets. Selon Burlington, les commissions ont été engagées en échange des garanties de

BRI et se fondaient sur les conseils prodigués par des banques d'investissement.

8. Durant ses années d'imposition allant de 2002 à 2005, Burlington a versé environ 83 millions de dollars en commissions de garantie à BRI.
9. Le total de l'impôt en litige pour les années visées par l'appel s'élève à 21 179 800 \$, mais il s'agit d'un montant minimum puisque les questions liées à la dette persisteront jusqu'à l'échéance de la dernière obligation fixée à 2031.
10. ConocoPhillips a acheté BRI et ses filiales, dont Burlington, en 2006.
11. Burlington a déduit les commissions de garantie dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition allant de 2002 à 2005 en application de l'article 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>3</sup> (la « Loi »).
12. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Burlington relativement à ces années d'imposition, et a refusé les déductions des commissions de garantie.
13. Dans la nouvelle cotisation, le ministre s'est fondé sur les alinéas 247(2)a) et c) de la Loi pour réduire le montant des commissions de garantie à zéro pour chacune des années d'imposition et pour soutenir que les modalités de l'arrangement entre Burlington et sa société mère concernant les commissions de garantie n'étaient pas des modalités sur lesquelles se seraient entendues des parties sans lien de dépendance.
14. Le ministre s'est également fondé sur le paragraphe 247(3) de la Loi pour imposer des pénalités relatives aux prix de transfert, parce que Burlington n'a pas fait les efforts raisonnables pour déterminer le prix de transfert de pleine concurrence à l'égard des garanties.
15. Le ministre s'est fondé sur les thèses suivantes pour établir la nouvelle cotisation :
  - (i) Approche axée sur le taux de rendement : si l'approche axée sur le taux de rendement joue, Burlington n'avait, sur le plan économique,

---

<sup>3</sup> L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).

aucun intérêt à effectuer les transactions relatives aux commissions de garantie, car le soutien implicite de BRI aurait permis d'égaliser la cote de solvabilité de Burlington et celle de BRI.

- (ii) Prix des commissions de garantie : les modalités convenues ou imposées à l'égard des garanties étaient différentes de celles sur lesquelles se seraient entendues des personnes sans lien de dépendance, de telle sorte que le montant des commissions de garantie payable aurait été réduit à zéro si Burlington et BRI avaient eu un lien de dépendance.
  - (iii) Facteur du double emploi : le statut de Burlington à titre de société à responsabilité illimitée constituée en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse faisait double emploi avec les garanties du point de vue de Burlington.
16. Dans sa réponse modifiée à l'avis d'appel, l'intimée s'est également fondée sur les alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi. Le moyen tiré de l'alinéa 18(1)a) relève de la théorie du double emploi, à savoir que les commissions de garantie n'ont pas été versées pour que les investisseurs extérieurs puissent être remboursés, compte tenu du fait que Burlington était une SARINE et en raison des instruments de montages financiers hybrides qui avaient effectués. Par conséquent, les commissions de garantie n'ont pas été versées en vue pas de tirer un revenu d'une entreprise, mais plutôt pour obtenir un avantage fiscal.
17. En ce qui concerne l'alinéa 20(1)e.1) de la Loi, l'intimée avance la thèse selon laquelle les commissions de garantie n'ont pas été versées dans le but d'emprunter des fonds, car BRI avait fourni la garantie à Burlington avant qu'elle soit tenue de payer une commission de garantie et qu'elle l'ait effectivement payée. Par conséquent, les commissions de garantie n'ont pas été versées dans le but d'emprunter des fonds que Burlington devait utiliser en vue de gagner un revenu d'une entreprise, mais plutôt afin d'obtenir un avantage fiscal.
18. Dans sa réponse modifiée, l'intimée s'est également fondée sur les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi pour refuser la déduction des commissions de garantie. Cependant, l'intimée a avisé la Cour qu'elle renonçait à invoquer l'argument selon lequel les garanties n'ont pas été

conclues pour des objectifs véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal pour Burlington, aux termes des alinéas 247(2)b) et d) de la Loi.

### III. Analyse – Principes de l'interrogatoire préalable

[6] L'objet de l'interrogatoire préalable, et les principes qui régissent celle-ci, sont clairement établis par la jurisprudence. Il n'est donc pas surprenant que les parties se soient généralement fondées sur les mêmes principes pour défendre leurs thèses respectives. Les points controversés entre les parties sont l'importance que je dois accorder à certains principes et le rôle que joue le principe de la proportionnalité.

[7] Il n'y a eu nulle controverse quant à l'objet de l'interrogatoire préalable. Il vise à permettre aux parties de connaître les moyens qui leur sont opposés au procès, de connaître les moyens de fait que la partie adverse invoquera, de circonscrire les questions ou d'en éliminer, d'obtenir des aveux et enfin d'éviter toute surprise au procès. La portée de l'interrogatoire préalable dépend principalement des actes de procédure qui exposent les questions en litige entre les parties.

[8] Selon le paragraphe 95(1) des Règles, une partie, ou son représentant dans le cas d'une société, doit répondre à toute question légitime qui est pertinente à toute question en litige.

[9] À l'appui de sa position, l'intimée m'a demandé d'accorder une importance particulière aux principes de l'interrogatoire préalable suivants<sup>4</sup> :

1. La pertinence est extrêmement large et doit être interprétée de façon libérale. Le seuil de la pertinence à l'étape de l'interrogatoire préalable, quoique peu élevé, ne permet pas une pure « pêche à l'aveuglette », les questions abusives, les stratégies de temporisation, ni les questions dénuées de toute pertinence<sup>5</sup>.
2. Tout ce qui peut aider directement ou indirectement la partie interrogatrice à prouver ses moyens ou à réfuter ceux de son adversaire

---

<sup>4</sup> Observations écrites de l'intimée, à la page 12.

<sup>5</sup> *Banque canadienne impériale de commerce c La Reine*, 2015 CCI 280 [CIBC], au paragraphe 18.



est pertinent. Si les questions se rattachent de façon générale aux points soulevés, elles appellent une réponse<sup>6</sup>.

3. La partie qui interroge a droit à tout renseignement et a le droit de consulter tout document qui pourrait raisonnablement l'amener à une recherche qui pourra, directement ou indirectement, bénéficier à sa cause ou nuire à celle de la partie adverse<sup>7</sup>.
4. La proportionnalité ne saurait servir de bouclier. Compte tenu de l'importance des questions en litige et du montant d'impôt en jeu, la proportionnalité ne doit pas constituer le facteur fondamental pour déterminer s'il faut répondre aux questions en cause. La pertinence doit plutôt être le facteur clé<sup>8</sup>.
5. Le juge des requêtes ne doit pas remettre en question le pouvoir discrétionnaire de l'avocat en examinant minutieusement chaque question ou en lui demandant de justifier chaque question ou d'expliquer sa pertinence<sup>9</sup>.
6. Le juge des requêtes ne doit pas chercher à imposer son opinion en matière de pertinence au juge qui entend l'affaire en excluant les questions qu'il estime non pertinentes, mais que ce dernier, au regard de la preuve dans son ensemble, pourrait considérer comme pertinentes<sup>10</sup>.
7. Le processus de l'interrogatoire préalable est l'étape la plus importante du contentieux, car il donne aux parties la possibilité de se préparer pour le procès. Les parties peuvent préparer leurs dossiers respectifs et préparer des réponses complètes aux moyens de leur adversaire. Si les parties tiennent des discussions franches et approfondies lors de l'interrogatoire préalable, elles obtiendront le tableau complet<sup>11</sup>.
8. L'interrogatoire préalable n'est pas fructueux lorsque les parties multiplient les réponses évasives. Le but n'est plus l'interrogatoire préalable, mais la façon de l'éviter. Quand cela se produit, ni les objectifs de l'interrogatoire

---

<sup>6</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 18.

<sup>7</sup> *Teelucksingh c La Reine*, 2010 CCI 94 [*Teelucksingh*].

<sup>8</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 18.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 270.

préalable ni l'administration de la justice ne sont servis. Tous les efforts possibles doivent donc être faits pour favoriser un interrogatoire préalable complet et efficace, et les juridictions doivent être guidées par les principes de l'interrogatoire préalable bien établis et le seuil peu élevé de la pertinence défini par la jurisprudence *Baxter c La Reine*, 2004 CCI 636<sup>12</sup>.

[10] En réponse, Burlington m'a demandé d'accorder une importance particulière aux principes suivants<sup>13</sup> :

1. Les obligations de la partie interrogée au préalable ne sont pas illimitées<sup>14</sup>.
2. Nulle partie n'a le droit d'aller au-delà des actes de procédure et de poser des questions au sujet d'une question qu'elle n'a pas tenté de soulever dans ses actes de procédure. La partie qui pose les questions doit démontrer qu'elles sont pertinentes quant aux questions soulevées dans les actes de procédure<sup>15</sup>.
3. L'interrogatoire préalable ne doit jamais se transformer en une recherche à l'aveuglette générale ou, autrement dit, en une demande inconsiderée de production de document dans le but de découvrir des renseignements utiles<sup>16</sup>.
4. Même si la proportionnalité n'est pas expressément codifiée, l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire repose sur le principe de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le contentieux et de sa célérité, selon la nature et la complexité du contentieux<sup>17</sup>.
5. Le rôle de l'interrogatoire préalable est, dans une certaine mesure, de circonscrire le débat et non pas d'en élargir la portée. Le juge peut mettre

---

<sup>12</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 271.

<sup>13</sup> Observations écrites de l'appelante, aux pages 9 à 14 – Principes clés de l'interrogatoire préalable en cause.

<sup>14</sup> Comme cela ressort du paragraphe 95(1) des Règles.

<sup>15</sup> *Aventis Pharma c La Reine*, 2007 CCI 629 [*Aventis Pharma CCI*], confirmée par 2008 CAF 316; *SmithKline Beecham Animal Health Inc. c Canada*, 2002 CAF 229.

<sup>16</sup> *John Fluevog Boots & Shoes Ltd. v Canada*, 2009 TCC 345, au paragraphe 18.

<sup>17</sup> *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7, au paragraphe 31 [*Hryniak*].

fin à un interrogatoire préalable s'il est évident que les questions deviennent excessives et injustifiées<sup>18</sup>.

6. Dans le cas de questions non pertinentes qui équivalent à une recherche à l'aveuglette ou qui nuisent au principe de proportionnalité, ou dans le cas d'un interrogatoire préalable abusif, le juge n'obligera pas la partie à répondre aux questions. Au moment de déterminer si elle doit ordonner à une partie de répondre aux questions, notre Cour enseigne que le but ultime consiste à faire avancer les choses de façon équitable, raisonnable et rapide pour en arriver au procès<sup>19</sup>.

#### IV. Proportionnalité

[11] Comme je l'ai déjà signalé, il y a controverse entre les parties sur la question du rôle que joue le principe de la proportionnalité en matière d'interrogatoire préalable.

[12] Burlington a soutenu que, bien que la jurisprudence ait jadis suivi une démarche « large et libérale » à l'égard de la notion de la pertinence en matière d'interrogatoire préalable, la pertinence doit maintenant être atténuée par le principe de la proportionnalité<sup>20</sup>.

[13] Burlington a soutenu que, par ailleurs, la jurisprudence a décidé que le principe d'interprétation « large et libérale » est désuet et qu'il [TRADUCTION] « doit être abandonné au profit des règles relatives à la proportionnalité<sup>21</sup> ». Burlington a soutenu que notre Cour devrait retenir la même position.

[14] À l'appui de cette thèse, Burlington a cité *Hryniak c Mauldin et Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)* des arrêts récents de la Cour suprême du Canada. Selon Burlington, cette jurisprudence

---

<sup>18</sup> *Aventis Pharma CCI*, précitée, au paragraphe 30.

<sup>19</sup> Requête de la juge Campbell, précitée, au paragraphe 11.

<sup>20</sup> Observations écrites de l'appelante, à la page 11, au paragraphe 40.

<sup>21</sup> Observations écrites de l'appelante, au paragraphe 41 renvoyant aux décisions *Abrams v Abrams*, 2010 ONSC 2703, au paragraphe 70; *Warman v National Post Co*, 2010 ONSC 3670, aux paragraphes 84 et 85; et *Siemens Canada Ltd v Sapient Canada Inc*, 2014 ONSC 2314, au paragraphe 57.

enseigne que le principe de la proportionnalité doit régir l'application de nos règles de procédure, y compris le processus d'interrogatoire préalable<sup>22</sup>.

[15] De son côté, l'intimée a soutenu que, compte tenu de la complexité des questions en litige et du montant d'impôt en jeu en l'espèce, la proportionnalité ne doit pas l'emporter sur la pertinence.

[16] Bien que je sois d'avis que la proportionnalité doit être prise en considération, je rejette la thèse de Burlington portant que la proportionnalité l'emporte maintenant sur la pertinence dans tous les cas et qu'il ne faut plus tenir compte de l'« approche large et libérale » pour interpréter la pertinence. Selon moi, les deux principes jouent toujours, et il faut intervenir au cas par cas. Parfois, la proportionnalité l'emporte sur la pertinence, et dans d'autres, la pertinence demeure le principal facteur à prendre en compte pour déterminer si une question appelle une réponse.

[17] Le point de départ de l'examen du rôle de la proportionnalité est le paragraphe 4(1) des Règles. Il y est question du rôle de la proportionnalité dans l'application des Règles : « [l]es présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse. »

[18] L'importance de la proportionnalité est également reconnue par la jurisprudence de notre Cour. À l'occasion de l'affaire *Cameco Corp. c Canada*<sup>23</sup>, le juge en chef Rip (tel était alors son titre) s'est penché sur le principe de proportionnalité au sujet de l'interrogatoire préalable dans une affaire de prix de transfert. Cependant, il a finalement ordonné à Cameco de produire plus de documents pertinents, même si la société avait déjà produit 59 000 documents en format papier et 96 000 documents numériques. Au paragraphe 44, le juge en chef Rip a observé :

[44] Les faits en litige en l'espèce sont complexes. La déclaration sous serment de M<sup>e</sup> Peter Macdonald décrit le processus de collecte des documents, et il est visible que l'appelante a consacré d'importantes ressources à la défense de sa cause, notamment en faisant appel à des spécialistes et en investissant temps et argent. Cependant, compte tenu de

---

<sup>22</sup> Observations écrites de l'appelante, au paragraphe 39, citant *Hryniak*, précité et *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21 [*Rose-des-vents*]. *Hryniak*, précité, au paragraphe 31 et *Rose-des-vents*, précité, au paragraphe 78.

<sup>23</sup> 2014 CCI 42.

la complexité du présent litige et des sommes en jeu, il n'est pas déraisonnable pour l'appelante de mener des examens et des recherches additionnelles et d'effectuer des vérifications supplémentaires à l'égard de certains documents.

[19] De même, dans sa récente décision *CIBC*<sup>24</sup>, qui portait également sur une requête présentée en vue d'obtenir des réponses, le juge en chef Rossiter a reconnu l'importance de la proportionnalité dans cette affaire. Toutefois, il a conclu que la proportionnalité n'a pas toujours préséance sur la pertinence. Au paragraphe 276, le juge en chef a formulé les observations suivantes :

[276] Comme c'est le cas pour tout enjeu en matière de proportionnalité, le principe est sans nul doute valable et important, et il faudrait faire tous les efforts possibles pour garder les coûts à un niveau raisonnable. La proportionnalité n'est cependant pas une chose à utiliser comme bouclier. Vu présents appels, surtout les questions en cause et la somme en jeu, la proportionnalité ne constitue pas le fil conducteur de la jurisprudence portant sur l'interrogatoire préalable pour ces appels. C'est plutôt la pertinence qui est le facteur clé.

[20] L'enseignement des deux décisions susmentionnées concorde à mon avis avec la jurisprudence *Hryniak*. Dans les deux cas, le juge a pris en compte la proportionnalité et l'a appréciée en fonction de la complexité des questions en litige et du montant d'impôt en cause.

[21] Contrairement aux observations formulées par Burlington, les arrêts *Hryniak* et *Rose-des-vents* n'enseignent pas que la proportionnalité devrait être le facteur clé dans tous les cas. En effet, bien que, par l'arrêt *Hryniak*, la juge Karakatsanis ait appelé les tribunaux à gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de proportionnalité, elle a également souligné l'importance de prendre en compte la nature et la complexité du litige :

[31] Même si la proportionnalité n'est pas expressément codifiée, l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « englobe [...] un principe sous-jacent de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » : *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, par. 53).

[22] Dans l'examen des questions en cause, je dois donc prendre en compte cette « pertinence » en fonction des questions comme le degré de pertinence, la mesure

---

<sup>24</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 276.

dans laquelle la production d'une réponse est onéreuse et la question de savoir si la réponse exige un fait ou une opinion ou un point de droit<sup>25</sup>.

[23] Il est aussi évident que, dans l'examen du principe de proportionnalité, il me faudra tenir compte du fait que nous sommes en présence d'un contentieux complexe en matière de prix de transfert qui porte sur un montant d'impôt important. Le montant total d'impôt en cause est d'au moins 21 179 800 \$. Puisque certains billets n'arriveront à échéance qu'en 2031, le montant d'impôt recouvrable par le ministre relativement à cet appel en matière fiscale est beaucoup plus élevé. En outre, je me pencherai sur le cas de Conoco Funding Company – dont le litige porte sur une question semblable à celle de Burlington – dans une ordonnance distincte. ConocoPhillips a acquis Burlington en 2006. L'appel interjeté par Conoco Funding Company soulève également la question de la déductibilité des commissions de garantie versées à sa société mère, ConocoPhillips.

[24] Avant de clore la question de proportionnalité, je tiens à signaler que j'ai examiné attentivement les éléments de preuve de Burlington à l'égard de cette question. Je n'ai pas été convaincue par ces éléments de preuve que la proportionnalité doit l'emporter sur la pertinence en toutes circonstances.

[25] Les éléments de preuve de Burlington relatifs à cette question ont été produits par M<sup>me</sup> Lily Hoang (« M<sup>me</sup> Hoang »), qui est au service de ConocoPhillips Company<sup>26</sup> à titre de conseillère fiscale principale. M<sup>me</sup> Hoang a produit un affidavit en date du 28 décembre 2015 dans lequel il est expliqué à quel point il serait long, difficile et contraignant pour Burlington de mener les recherches nécessaires pour trouver les renseignements dont elle aurait besoin pour répondre aux questions en cause.

[26] M<sup>me</sup> Hoang explique que la plupart des documents pertinents quant aux questions en cause, et plus particulièrement les documents qui ont trait aux garanties et aux commissions de garantie, auraient été entreposés dans des services distincts situés dans trois villes : Houston, trésorerie, services juridiques et planification fiscale; Bartlesville, services comptables et Calgary, services comptables, planification fiscale et services juridiques<sup>27</sup>. M<sup>me</sup> Hoang affirme que ces services

---

<sup>25</sup> *GSC Technologies Corp. c Pelican International Inc.*, 2009 CF 223, au paragraphe 11.

<sup>26</sup> ConocoPhillips Company est une filiale de ConocoPhillips et la société mère de BRI. ConocoPhillips exerce ses activités par l'intermédiaire d'un grand groupe de sociétés dont la composition change fréquemment et d'autres formes d'organisations commerciales (tous ensemble, le « groupe ConocoPhillips »).

<sup>27</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 12, au paragraphe 43.

tiennent leurs propres registres et créent leurs propres index pour retrouver les documents versés dans les dossiers entreposés chez eux.

[27] Je crois comprendre que ces index constituent, essentiellement, une liste de dossiers situés dans les installations d'entreposage du service<sup>28</sup>. Chaque élément du dossier figurant à l'index correspond à certaines boîtes de documents. Si un dossier figurant à l'index semble pertinent quant à une question en cause, il faut alors retirer des tablettes les boîtes de documents correspondantes et vérifier leur contenu afin de déterminer si les renseignements recherchés s'y trouvent et s'ils sont effectivement pertinents quant à la question en cause<sup>29</sup>.

[28] Pour ce qui est du nombre de boîtes à vérifier, M<sup>me</sup> Hoang souligne que le service de trésorerie compte environ 3 000 boîtes, et les autres services autant<sup>30</sup>. M<sup>me</sup> Hoang souligne que, même si les index des services sont étendus, rien ne garantit leur exactitude ni leur exhaustivité<sup>31</sup>.

[29] M<sup>me</sup> Hoang affirme qu'elle n'a pas réussi à repérer un seul index exhaustif qui permettrait de chercher efficacement par sujet les documents pertinents dans l'ensemble des registres<sup>32</sup>. Dans ses observations verbales, la SARINE Burlington a résumé la situation ainsi : [TRADUCTION] « le fait est que, même s'il existe des index, ceux-ci ne permettent ni à M<sup>me</sup> Hoang ni à qui que ce soit d'autre de repérer rapidement les boîtes qui pourraient contenir les documents pertinents<sup>33</sup> ».

[30] Dans son affidavit, M<sup>me</sup> Hoang ne précise ni le temps qu'il faudrait pour effectuer cette recherche ni les ressources financières que l'appelante devrait engager pour répondre aux questions en cause. Cependant, un avocat de Burlington a affirmé à l'audience que, si l'intimée obtenait tout ce qu'elle demandait, il faudrait des mois, voire des années pour produire cette gigantesque quantité d'information<sup>34</sup>.

[31] Outre l'existence d'index et l'incertitude relative au temps et aux ressources financières nécessaires pour effectuer ces recherches, M<sup>me</sup> Hoang énumère trois

---

<sup>28</sup> Contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 117, ligne 25, et à la page 118, lignes 1 à 20.

<sup>29</sup> Transcription du contre-interrogatoire, à la page 129, question 508.

<sup>30</sup> Contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 194, lignes 1 à 25.

<sup>31</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 13, au paragraphe 48.

<sup>32</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 13, au paragraphe 47.

<sup>33</sup> Transcription de l'audience, jour 3, à la page 60, lignes 14 à 18.

<sup>34</sup> Transcription de l'audience, jour 3, à la page 43, lignes 12 à 17.

grands problèmes incontournables que pose le processus de réponse aux questions en cause.

[32] Le premier problème réside dans le fait qu'aucun employé actuel du groupe ConocoPhillips n'a de connaissance directe des transactions en cause ni ne sait où se trouvent les documents qui pourraient être pertinents quant aux questions en cause ou comment ils sont organisés.

[33] Le deuxième problème tient au fait que, selon ce que M<sup>me</sup> Hoang a appris, il n'existe aucune manière efficace ou même fiable d'effectuer une recherche dans tous les registres du groupe ConocoPhillips afin de repérer les documents qui pourraient permettre à l'appelante de répondre aux questions et aux demandes de l'intimée, car les documents sont conservés dans des formats différents, en de multiples lieux et sont indexés de diverses façons.

[34] Quant au troisième problème, même si une recherche colossale et non guidée était entreprise, elle ne permettrait probablement pas la production d'un nombre important de documents pertinents quant aux questions en cause, car il est fort possible que de nombreux documents aient été détruits conformément à la politique de l'appelante sur la conservation des documents. Autrement dit, ce n'est pas simplement que ces recherches prennent un temps excessivement élevé, c'est qu'elles prennent du temps et qu'elles sont vraisemblablement futiles.

[35] Les éléments de preuve de M<sup>me</sup> Hoang comportent un certain nombre de lacunes. Premièrement, M<sup>me</sup> Hoang ne précise pas le nombre de documents qu'il faudrait rechercher, le temps que prendraient les recherches (même si l'avocat l'indique dans son exposé), le nombre d'employés qui seraient affectés à cette tâche et les ressources financières que cette entreprise exigerait.

[36] Deuxièmement, M<sup>me</sup> Hoang n'a communiqué avec aucun des anciens employés de BRI qui avaient pris part aux transactions en cause, bien qu'elle ait énuméré ces employés dans son affidavit. Je retiens la thèse de l'intimée : M<sup>me</sup> Hoang aurait au moins dû tenter de communiquer avec ces anciens employés clés en vue d'avoir une meilleure idée de la tâche à accomplir pour répondre aux questions en cause.

[37] Troisièmement, je conviens avec l'intimée que M<sup>me</sup> Hoang a exagéré la difficulté qu'il y a à répondre aux questions en cause compte tenu de l'existence



d'index. Comme l'a signalé l'intimée, les index seraient très utiles, car ils permettraient de réduire le fardeau lié à l'obligation de répondre aux questions et d'éviter qu'elle soit une « recherche colossale et non guidée<sup>35</sup> » comme l'affirme M<sup>me</sup> Hoang.

[38] M<sup>me</sup> Hoang a précisé qu'environ 12 000 boîtes de documents sont entreposées dans plusieurs services concernés qui sont situés dans des lieux différents. Les index permettent à M<sup>me</sup> Hoang, comme elle l'a elle-même expliqué, d'[TRADUCTION] « avoir une idée générale quant à la question de savoir s'il y aurait des documents pertinents » dans les boîtes entreposées<sup>36</sup>.

[39] Bien qu'un repérage rapide des documents n'est peut-être pas possible, j'abonde dans le sens de l'intimée et constate que, grâce aux index, il est certainement possible de procéder à une identification minutieuse et systématique de boîtes contenant les documents pertinents.

[40] Quatrièmement, les avocats de Burlington ont affirmé que, pour répondre aux questions en cause, il faudrait consulter les index et récupérer les boîtes comme l'a décrit M<sup>me</sup> Hoang à maintes reprises<sup>37</sup>. Je suis bien consciente du fait que l'ampleur de la recherche dépend de la portée des questions posées, mais j'ai du mal à comprendre pourquoi des boîtes qui ont été vérifiées antérieurement ne pourraient pas être en quelque sorte prises en compte de manière à ce que l'opération n'ait pas à être effectuée entièrement de nouveau pour chacune des questions en cause subséquentes.

[41] Il est important de souligner que l'intimée ne peut pas se voir refuser l'accès à des renseignements et des documents auxquels elle a légalement droit simplement parce que Burlington n'a pas réussi à maintenir de façon systématique et adéquate un système d'archivage de dossiers, de sorte que la recherche de renseignements pourrait s'avérer onéreuse. Si je devais conclure qu'un contribuable n'est pas tenu de produire des documents parce que ses dossiers sont désorganisés et impossibles à repérer systématiquement, il y avait une incitation malsaine pour les contribuables à ne pas conserver adéquatement leurs documents fiscaux.

---

<sup>35</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 7, à l'alinéa 19c).

<sup>36</sup> Contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 130, lignes 8 à 25 et à la page 131, lignes 1 et 2.

<sup>37</sup> Transcription de l'audience, jour 3, à la page 62, lignes 4 à 8.

[42] Le même raisonnement vaut pour la politique de conservation des documents de Burlington. L'intimée ne doit pas être pénalisée parce que Burlington a peut-être détruit certains documents, conformément à sa politique de conservation des documents. Cette situation échappe complètement au contrôle de l'intimée.

[43] Une autre lacune du témoignage de M<sup>me</sup> Hoang réside dans le fait qu'elle ne se rappelait pas la date de début de la vérification de l'IRS ou celle de la vérification de l'ARC. Ces dates sont pertinentes quant à l'application de la politique de conservation des documents. M<sup>me</sup> Hoang a admis que, selon la politique de conservation des documents de Burlington ou de ConocoPhillips, tous les documents relatifs à une vérification ou à un appel, comme celui en l'espèce, doivent être conservés. Par conséquent, Burlington devra trouver les documents à moins qu'elle puisse démontrer que ceux-ci n'existent plus.

[44] Cela dit, je reconnais qu'est justifié le problème soulevé par M<sup>me</sup> Hoang quant à l'exhaustivité et à l'exactitude de la recherche<sup>38</sup>. Puisque les index censés cataloguer le contenu des documents entreposés ont été créés à différents moments par des groupes divers, il ne peut y avoir de garantie que la recherche sera exhaustive.

[45] Ce problème est réel et, en conséquence, il y a lieu d'assortir d'une réserve l'exhaustivité des recherches qui doivent être effectuées. Lorsque Burlington se voit obliger de répondre aux questions, elle pourra limiter sa recherche aux index. Autrement dit, elle ne sera pas tenue d'effectuer une véritable fouille, au hasard, du contenu de 12 000 boîtes.

[46] En conclusion, je ne suis pas convaincue que les coûts, le temps et les efforts que Burlington devra consacrer à la réponse à toute question pertinente seraient disproportionnés compte tenu du montant en jeu, qui s'élève à près de 100 millions de dollars selon l'intimée, de l'importance de l'affaire et de la complexité des questions en litige. La proportionnalité ne doit pas nuire aux objectifs de l'interrogatoire préalable, particulièrement dans le cas d'un appel comme celui-ci. Lorsque les questions en litige sont complexes et fondées sur les faits et lorsque le montant en jeu est important, les deux parties devraient être tout à fait prêtes à subir le procès et connaître la preuve qu'elles doivent réfuter.

---

<sup>38</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 13, au paragraphe 46.

[47] Par conséquent, je discuterai le principe de proportionnalité de la manière suivante. Si je conclus qu'une question est pertinente, les préoccupations générales relatives à la proportionnalité ne peuvent l'emporter sur l'obligation de répondre à la question et de chercher les documents à l'aide des index. Toutefois, si je suis convaincue qu'une question est très peu pertinente, et qu'il existe des préoccupations liées au principe de la proportionnalité, je pourrai ordonner à Burlington de ne pas y répondre. Pour ce faire, mon analyse sera faite au cas par cas.

## V. Circonscription des questions à trancher

[48] La portée précise du fond du différend est également matière à controverse en l'espèce.

[49] Burlington allègue que la portée du fond du différend a été considérablement réduite par les aveux formulés dans la réponse relativement à certaines hypothèses de fait formulées par le ministre et par certains commentaires faits par le représentant de l'intimée à l'interrogatoire préalable. Par conséquent, Burlington soutient que de nombreuses questions soulevées par l'intimée par voie de requête ne sont pas pertinentes au contentieux concret entre les parties et qu'il est inapproprié de consacrer de l'énergie à un interrogatoire préalable sur un fait admis ou reconnu.

[50] Burlington soutient en particulier que la question du prix de transfert est maintenant [TRADUCTION] « retirée<sup>39</sup> » de l'appel. Burlington explique que, puisque l'intimée ne se fonde plus sur les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi, le seul point touchant le prix de transfert qui demeure en litige est le caractère approprié des commissions de garantie visées par les alinéas 247(2)a) et c) de la Loi.

[51] Burlington a fait valoir qu'au moment d'établir une cotisation à son égard, le ministre a retenu l'hypothèse de fait selon laquelle les commissions qu'une partie sans lien de dépendance exigerait pour garantir les dettes de Burlington auraient été [TRADUCTION] « exorbitantes et supérieures à 50 points de base ». Les avocats de Burlington ont affirmé que, puisque celle-ci a admis les faits dans sa réplique à la réponse modifiée à l'avis d'appel, l'intimée ne peut pas lui poser de questions à cet égard. Il n'existe plus de controverse au sujet de ce qu'aurait été le prix de transfert de pleine concurrence.

[52] L'intimée a soutenu que l'hypothèse de fait sur laquelle s'est fondé le ministre, soit le montant exorbitant et supérieur à 50 points de base, fait bel et bien référence à Burlington en qualité de société de financement autonome et, en conséquence, l'aveu de Burlington à l'égard de ce fait ne fait pas échec à ses arguments relatifs aux alinéas 247(2)a) et c) de la Loi.

[53] J'abonde dans le sens de l'intimée. Dans sa réponse modifiée à l'avis d'appel, il est évident que l'intimée parlait de Burlington en tant que société autonome. Par

---

<sup>39</sup> Transcription de l'audience, jour 3, le 29 juin 2016, à la page 109, lignes 4 à 6.

conséquent, il n'y a aucun accord quant au prix de transfert qu'une partie sans lien de dépendance exigerait. En l'espèce, la controverse demeure. Burlington tente d'imposer une interprétation inexacte de la position de l'intimée. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle le différend a été considérablement réduit ne peut être confirmée, et les droits de l'intimée en matière d'interrogatoire préalable doivent être maintenus afin qu'elle puisse examiner au préalable une question au cœur du différend.

[54] Selon Burlington, l'intimée a soutenu que, vu l'incapacité fonctionnelle de Burlington et son incapacité à assumer les risques en qualité de société autonome, tout prêteur sans lien de dépendance devait exiger une garantie auprès de BRI<sup>40</sup>. Burlington s'appuie sur les faits allégués par l'intimée<sup>41</sup> et soutient que je dois conclure que, vu l'aveu selon lequel la garantie était nécessaire pour les prêteurs sans lien de dépendance, la garantie était nécessaire pour Burlington.

[55] Je rejette la thèse de Burlington. L'intimée soutient que, selon les alinéas 247(2)a) et c) de la Loi, dans des circonstances similaires, Burlington n'aurait rien versé comme garantie à une partie sans lien de dépendance puisqu'il n'y aurait aucun avantage à le faire. En conséquence, la question du prix de transfert demeure controversée.

[56] Je me penche maintenant sur les observations que Burlington a formulées relativement au moyen tiré par l'intimée de l'alinéa 18(1)a) de la Loi. L'intimée soutient que, selon l'alinéa 18(1)a) de la Loi, les commissions de garantie ne sont pas déductibles puisqu'elles n'ont pas été versées dans le but de gagner un revenu.

[57] Burlington m'a demandé de conclure que le moyen de l'intimée tiré de l'alinéa 18(1)a) de la Loi est tellement frivole qu'il ne justifie pas la recherche laborieuse de renseignements et de documents que l'intimée demande<sup>42</sup>.

[58] Principalement, Burlington allègue que la thèse de l'intimée selon laquelle les commissions de garantie n'ont pas été versées dans le but de gagner un revenu est juridiquement indéfendable au titre de l'alinéa 18(1)a) de la Loi. Burlington cite une jurisprudence enseignant que le contribuable a le droit de déduire une dépense pour

---

<sup>40</sup> Nouvelle réponse modifiée, à l'alinéa 9t).

<sup>41</sup> Nouvelle réponse modifiée, aux alinéas 9s) et x).

<sup>42</sup> Observations écrites de l'appelante, aux pages 20 à 23.

services admissibles, même si une partie avec laquelle il existe un lien de dépendance avait été prête à les fournir gratuitement<sup>43</sup>. Par conséquent Burlington soutient que l'on ne saurait solliciter le texte de l'alinéa 18(1)a) de la Loi afin de refuser une déduction au motif que BRI aurait peut-être été prête à fournir la garantie sans en réclamer les frais.

[59] Il ressort uniquement de la jurisprudence citée par Burlington qu'elle ne peut pas se voir empêcher de déduire les commissions de garantie en raison du fait que BRI avait, à un moment donné, fourni une garantie sans en réclamer les frais. La jurisprudence ne conclut pas sans équivoque que les commissions de garantie ont été versées dans le but de gagner un revenu.

[60] En tout état de cause, puisque la thèse de l'intimée concernant les alinéas 18(1)a) de la Loi n'est pas fondée sur la prémisse selon laquelle Burlington n'a pas versé de commissions de garantie à une occasion, l'argument de Burlington ne saurait tenir.

## VI. Refus au dossier

[61] Lors de l'interrogatoire préalable, les avocats de Burlington ont refusé de répondre à un certain nombre de questions qu'ils considéraient comme non pertinentes. Maintenant, devant moi, Burlington soutient que la réponse à certaines de ces questions exigerait des démarches excessives et laborieuses. L'intimée déclare qu'une partie ne peut soutenir qu'une question est non pertinente et invoquer ensuite le principe de la proportionnalité pour justifier son refus d'y répondre. Le principe de la proportionnalité présuppose qu'une question est pertinente.

[62] L'intimée fonde sa position sur la jurisprudence *CIBC*; le juge Rossiter a rejeté la demande de la CIBC de revoir ses motifs de refus. La CIBC avait soutenu que, si le moyen tiré du privilège relatif au litige s'avère non fondée, elle devait avoir le droit de réévaluer ses documents afin qu'elle puisse vérifier si le secret professionnel pouvait être invoqué en vue d'exclure leur production. La CIBC a promis de produire ensuite tout document pertinent non visé par le secret professionnel. Le juge en chef Rossiter a rejeté la demande en disant essentiellement que c'en était trop.

---

<sup>43</sup> Observations écrites de l'appelante, aux paragraphes 70 et 71.

[63] Il est toutefois possible d'opérer une distinction entre les faits de la présente espèce et ceux de l'affaire *CIBC*. La CIBC demandait la possibilité de faire réévaluer ses refus après l'audience relative à la requête au cas où serait rejeté son moyen tiré du privilège relatif au litige en raison du codage inapproprié de documents effectué par un tiers. Si le moyen tiré du secret professionnel par la CIBC avait été rejeté par l'intimée, les deux parties auraient été tenues de présenter des observations supplémentaires au juge en chef. En rejetant cette demande, le juge en chef a fait observer, au paragraphe 185, qu'« [i]l y a une fin à tout ».

[64] En l'espèce, les deux parties savaient que le principe de la proportionnalité serait invoqué dans le contexte de la requête. Ce principe faisait l'objet du témoignage rendu sous forme d'affidavit par M<sup>me</sup> Hoang, lequel a été examiné en contre-interrogatoire par l'intimée et que les deux parties ont discuté lors de l'audition de la requête.

[65] C'est à bon droit que l'intimée affirme que, dans le contexte d'une requête portant sur un refus, le principe de la proportionnalité n'est habituellement appliqué que si une question s'avère pertinente, une partie ne peut prétendre qu'une question est non pertinente et, subsidiairement, que si la Cour la considérait comme pertinente, il serait déraisonnable d'ordonner à la partie d'y répondre.

[66] Les questions de proportionnalité sont intégrées à l'interrogatoire préalable autorisé. Avant de déterminer si elle doit sommer une partie de répondre à une question qu'elle juge non pertinente, la Cour doit d'abord consulter les actes de procédure afin d'apprécier la pertinence de la question. Même si la question s'avère pertinente, la Cour doit tenir compte des questions de proportionnalité implicitement consacrées par les Règles<sup>44</sup>.

[67] Par conséquent, Burlington demeure libre d'invoquer le principe de proportionnalité lorsqu'elle a initialement refusé de répondre à une question qu'elle jugeait non pertinente.

## VII. Allégations de tentatives visant à trouver un nouveau fondement pour la cotisation

---

<sup>44</sup> *Blais v Toronto Area Transit Operating Authority*, 2011 ONSC 1880, au paragraphe 15.

[68] Une autre question soulevée par Burlington consiste à déterminer si l'intimée cherchait à trouver un nouveau fondement pour la cotisation.

[69] Burlington soutient que les questions posées par l'intimée dans le cadre de l'interrogatoire préalable visaient à vérifier de nouveau la situation du contribuable dans le but de trouver un argument à l'appui de la cotisation qui n'a pas encore été défini ni plaidé<sup>45</sup>. Burlington accuse l'intimée de changer constamment de position et affirme que l'intimée tentera encore une fois de modifier ses actes de procédure après la présente requête<sup>46</sup>. Burlington se fonde sur ces allégations pour me demander de limiter ou de mettre un terme aux droits de l'intimée en matière d'interrogatoire préalable, car cette dernière n'a pas le droit de mener un interrogatoire aussi large dans le but d'essayer de trouver des arguments à faire valoir.

[70] En ce qui a trait à l'extinction des droits de l'intimée relativement à l'interrogatoire préalable, Burlington cite l'arrêt *Canada c Aventis Pharma Inc*<sup>47</sup>. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la juge en chef adjoint Lamarre, de la Cour, qui avait mis un terme à l'interrogatoire préalable de l'intimée, car il était évident que son but était de trouver un nouvel argument à l'appui d'une cotisation, qu'elle n'avait pas établi dans les actes de procédure.

[71] Les avocates de l'intimée rejettent fermement l'observation de Burlington selon laquelle l'intimée tentait de se servir de l'interrogatoire préalable pour trouver un nouvel argument à l'appui de la cotisation<sup>48</sup>. L'intimée admet qu'elle cherchera à modifier ses actes de procédure après l'audience, mais que sa modification ne visera qu'à circonscrire les questions en litige. Les modifications visées aboutiront au retrait de l'argument quant à une nouvelle qualification du prix de transfert selon les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi.

[72] J'ai lu la transcription de l'interrogatoire préalable et, au vu des refus sur lesquels porte la requête de l'intimée, il est loin d'être évident que l'intimée a tenté de mener un interrogatoire sur un argument qui n'a pas été intégré à ses actes de procédure. Par conséquent, je ne mettrai pas fin à l'interrogatoire préalable mené par l'intimée comme l'a fait le juge dans l'affaire *Aventis Pharma*.

---

<sup>45</sup> Observations écrites de l'appelante, au paragraphe 4.

<sup>46</sup> Observations écrites de l'appelante, aux pages 5 à 9.

<sup>47</sup> *Canada c Aventis Pharma Inc.*, 2008 CAF 316 [*Aventis Pharma*].

<sup>48</sup> Transcription de l'audience, jour 1, à la page 49.



[73] Toutefois, cela ne veut pas dire que je n'empêcherai pas l'intimée de poser une question particulière ou une série de questions si je conclus qu'elles ne sont pas pertinentes ou qu'elles ne ressortent par des actes de procédure.

#### VIII. Nombre excessif de questions mises en délibéré

[74] Un autre point qui doit être examiné concerne les questions « mises en délibéré » durant l'interrogatoire préalable.

[75] L'intimée soutient que le fait de refuser de répondre aux questions parce qu'elles sont « mises en délibéré » constitue un mauvais usage de l'interrogatoire préalable. La représentante de Burlington a refusé de répondre à un nombre important de questions en s'y prenant ainsi.

[76] L'interrogatoire préalable de la représentante de Burlington a duré neuf jours. Sur les 4 122 questions posées par l'intimée, 1 700 ont été mises en délibéré, et 1 200 d'entre elles ont ensuite fait l'objet d'un refus de répondre.

[77] L'intimée insiste sur le fait que, en mettant autant de questions en délibéré, les avocats de Burlington font fi du paragraphe 107(1) des Règles, qui exige que la personne qui s'oppose à une question expose le motif de son objection. Par conséquent, les avocates de l'intimée n'ont pas pu reformuler, restructurer ou circonscrire leurs questions comme une objection conforme au paragraphe 107(1) leur aurait permis de le faire. L'intimée a donné comme exemple l'échange ci-dessous pour montrer comment les questions de l'interrogatoire préalable étaient évitées par moments :

[TRADUCTION]

Q. Ce que je veux savoir, c'est si l'appelante a demandé cette garantie à quelque moment que ce soit. Y a-t-il un document, une communication ou tout autre élément qui montre, confirme ou contient toute demande que l'appelante a adressée à BRI pour que cette garantie soit signée ou pour que toute garantie soit signée?

M<sup>me</sup> MacDonald : Pouvez-vous m'expliquer la pertinence de savoir si l'appelante a fait une telle demande ou non?

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Cela a à voir avec les agissements de parties sans lien de dépendance. Une partie sans lien de dépendance demanderait une garantie. Nous essayons d'établir les

commissions de garantie. Nous allons déterminer ce que d'autres parties auraient fait. Peut-être que dans une autre situation, une autre partie aurait exigé la garantie. Je crois que je connais la réponse. Ce sont les questions épineuses dont nous avons parlé.

M<sup>me</sup> MacDonald : En délibéré.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Pourquoi mettez-vous cette question en délibéré? Vous pouvez vous engager à trouver la réponse.

M<sup>me</sup> MacDonald : Je tiens à mettre la question en délibéré.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Y a-t-il une raison?

M<sup>me</sup> MacDonald : Je ne suis pas convaincue que le fait de déterminer si l'appelante a demandé cette garantie à la société mère permet d'établir le prix de transfert de pleine concurrence dans le cas de la garantie en cause en l'espèce.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : C'est pertinent. Le but n'est pas de déterminer quoi que ce soit. Le but de l'interrogatoire préalable est d'essayer de recueillir des faits sur tous les aspects de l'affaire.

M<sup>me</sup> MacDonald : Vous connaissez ma position.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Je tente de fournir une explication dans l'espoir que vous changiez de position et que vous vous engagiez à répondre.

M<sup>me</sup> MacDonald : Je n'ai pas l'intention de changer ma position.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Même si je vous explique pourquoi c'est pertinent?

M<sup>me</sup> MacDonald : Je préférerais poursuivre avec l'interrogatoire de M. Delk pendant qu'il est avec nous.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : J'aimerais bien moi aussi. Mais je dois établir cela d'abord. Êtes-vous en train de dire que, même si je vous explique la pertinence de la question, vous ne changerez pas de position et vous n'allez même pas y réfléchir?

M<sup>me</sup> MacDonald : Je vous prie de passer à la question suivante. Je vous ai fait part de ma position.

M<sup>me</sup> Mboutsiadis : Si je comprends bien, même si je vous explique la pertinence de ma question, vous ne changerez pas votre position.

M<sup>me</sup> MacDonald : La question suivante, s'il vous plaît<sup>49</sup>.

[78] En réponse à cette observation, voici une orientation générale, en commençant par la décision *MediaTube Corp. c Bell Canada*<sup>50</sup> que la Cour fédérale a rendue récemment. Dans cette affaire, la Cour fédérale a critiqué la pratique des interruptions dans le cadre d'un interrogatoire préalable par le recours à une quasi-objection. Au paragraphe 20, la Cour tire les conclusions suivantes :

[20] La Cour n'est pas en faveur d'une surabondance d'interruptions dans le cadre d'un interrogatoire préalable par le recours à une quasi-objection telle qu'une « mise en délibéré ». Il faudrait permettre à un témoin de répondre aux questions appropriées. Si le témoin ne connaît pas la réponse, c'est donc cela sa réponse, et c'est là qu'un engagement est utile pour permettre que d'autres recherches soient effectuées et des réponses fournies dans le cadre d'un interrogatoire complémentaire ou par voie écrite si dans les circonstances la partie qui procède à l'interrogatoire juge qu'une réponse écrite est acceptable. Les parties à un litige sont censées se conformer de manière générale aux Règles en gardant à l'esprit qu'il convient de faire preuve en tout temps de souplesse et de courtoisie, et de veiller à respecter le principe de la proportionnalité.

[79] Je tiens également à souligner que, dans le cas où la mise en délibéré de questions sans explication nuit à l'interrogatoire préalable, il peut y avoir des conséquences financières, comme dans l'affaire *Glaxo Group Ltd. v Novopharm Ltd.*<sup>51</sup>

[80] Selon moi, le recours à une quasi-objection telle que la « mise en délibéré » doit cesser. Cela n'est pas une réponse au sens de l'article 107 des Règles. Selon les Règles, un représentant doit répondre à la question, refuser d'y répondre et expliquer le motif de son objection ou s'engager à trouver la réponse, s'il ne la connaît pas. La « mise en délibéré » est une tactique souvent utilisée pour gagner du temps dans le but de réfléchir au motif du refus de répondre sans que la partie ait à justifier son objection au moment de l'interrogatoire préalable. Cela prive l'autre partie d'une réponse à sa question et de l'occasion de reformuler la question. J'estime qu'une mise en délibéré équivaut à un « refus ».

## IX. Documents de tiers

---

<sup>49</sup> Interrogatoire préalable, à la page 206 à 208.

<sup>50</sup> 2015 CF 391.

<sup>51</sup> (1999), 3 C.P.R. (4<sup>e</sup>) 333 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[81] Pour ce qui est des documents de BRI ou de BRCC et d'autres entités sous le contrôle de BRI demandés par l'intimée, je retiens les observations que le juge Campbell Miller a formulées dans la décision *HSBC Bank Canada*<sup>52</sup>, où il a ordonné à l'appelante d'obtenir les documents auprès de la société mère. Au paragraphe 13 des motifs de l'ordonnance qu'il a rendus, il observe :

[TRADUCTION]

L'appelante soulève un autre facteur fondé sur une observation du juge Hugessen dans la décision *Eli Lilly c. Apotex Inc.* citée dans la décision *Michelin*, selon laquelle il est approprié d'exiger de l'information d'un tiers seulement s'il est raisonnable de s'attendre à ce que cette demande soit honorée vu la relation entre la partie et le tiers. L'appelante soutient qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que les sociétés mères honorent une telle demande dans le cas de renseignements de nature très délicate, comme les exigences des régimes de réglementation financière régissant les sociétés mères ou des documents n'ayant aucun lien avec l'appelante (p. ex., autres garanties et lettres de confort). La protection des documents des sociétés mères assurée par l'ordonnance de confidentialité rendue en l'espèce devrait atténuer la première préoccupation de l'appelante et celle des sociétés mères. En ce qui a trait à la demande de documents qui ne concerne pas l'appelante en tant que partie, la question d'attente raisonnable ne touche pas tant l'absence de lien que le fait de déterminer si ces documents sont bel et bien pertinents. Vu cette réflexion, je conclus hors de tout doute qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que les sociétés mères répondent aux questions pertinentes. Rien ne m'empêche d'exercer le pouvoir discrétionnaire que m'accorde l'article 83 des Règles afin d'ordonner la protection de documents pertinents. Cette conclusion concerne toutes les contestations de l'appelante quant aux demandes relatives aux documents qui ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle, dans le cas où ces documents sont en la possession ou sous le contrôle des sociétés mères.

## X. Examen des questions en cause

[82] Je tiens à souligner que, dans l'examen des questions en litige, je ne répéterai pas mes conclusions quant aux questions que je viens tout juste d'aborder. À titre d'exemple, dans le cas où la réponse de Burlington à une catégorie de questions est que le prix de transfert n'est pas en cause, vu les hypothèses de fait du ministre et ses admissions, je ne rappellerai pas mon rejet de la position de Burlington. Dans le même ordre d'idées, je ne répéterai pas ma position quant à la proportionnalité chaque fois que Burlington l'invoque relativement à une catégorie de questions.

[83] Cela dit, je passe maintenant à l'examen des questions en cause. L'intimée a regroupé les questions en 70 catégories dont chacune est liée à un thème particulier.

---

<sup>52</sup> *HSBC Bank Canada*, précitée.

[84] Les catégories 1 à 46 sont composées de questions qui, selon l'intimée, font l'objet d'un refus de répondre inapproprié, tandis que les catégories 47 à 70 comprennent des questions pour lesquelles l'intimée estime que Burlington a produit des réponses irrecevables.

[85] À l'audience, les avocats de Burlington m'ont demandé de rendre ma décision catégorie par catégorie afin que, si certaines questions d'une catégorie donnée sont jugées inappropriées, une réponse ne soit exigée pour aucune d'entre elles<sup>53</sup>. Je n'ai pas retenu cette démarche pour l'ensemble des catégories. Pour certaines catégories, ma décision quant au bien-fondé des questions varie en fonction de la question précise.

[86] Certaines catégories de questions ne sont plus controversées et ne sont pas discutées dans les présents motifs. Les questions d'une catégorie donnée sont classées par numérotation séquentielle, mais certains numéros ne sont pas discutés.

[87] De plus, durant l'audience, un avocat a précisé que les questions suivantes ont été retirées de la requête : 168, 175, 177, 206, 226, 227, 748, 828, 892, 1537, 1560, 1601, 1606, 1607, 1618, 1619, 1681, 1685, 2524, 2525, 2526, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2601, 2602, 2603, 2604, 3183, 3185, 3187, 3189, 3233, 3236, 3239, 3240, 3241, 3243, 3244, 3245, 3247, 3248, 3250, 3251, 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3258, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269, 3270, 3271, 3273, 3274, 3276, 3280 et 3281.

## A. Refus injustifiés

### Catégorie 1 : Questions relatives à la préparation du représentant de Burlington à l'interrogatoire préalable

Questions 1929 à 1933, 1967 à 1970, 1975 à 1979, 1983 à 1987, 1991 à 1995, 2053 à 2057, 2061 à 2065, 2069 à 2073, 2077 à 2081, 2096 à 2100, 2104 à 2108 et 2112 à 2116.

[88] Cette catégorie de questions concerne les demandes de renseignements faites par M. Delk en vue de se préparer à la deuxième partie de l'interrogatoire préalable qui a eu lieu en décembre 2014. Plus particulièrement, l'intimée a demandé à

---

<sup>53</sup> Transcription de l'audience, jour 3, à la page 67, lignes 1 à 12.

M. Delk quels renseignements et quels documents lui ont été produits par certains employés nommés de ConocoPhillips ou de BRI en vue de l'interrogatoire préalable.

#### Position de l'intimée

[89] L'intimée soutient que ses questions sont pertinentes et ciblées. Elle précise que ses questions concernaient les renseignements et les documents précis recueillis, et non pas les étapes entreprises par M. Delk pour s'informer davantage. L'intimée indique que sa demande est conforme au paragraphe 95(2) des Règles, selon lequel un représentant est tenu de se renseigner et de faire les recherches qui s'imposent du début à la fin de l'interrogatoire préalable. Burlington ne peut se fonder sur le fait qu'un privilège « pourrait » jouer pour se défaire de son obligation de répondre aux questions; cela est insuffisant et ne constitue pas une invocation de privilège justifiée. Il est important de souligner que l'affirmation selon laquelle un privilège « pourrait » jouer parce que le représentant est un avocat est contraire à l'interrogatoire préalable et constitue une forme d'entrave.

#### Position de Burlington

[90] Burlington soutient que ces questions sont non pertinentes, trop générales et vagues. Plus particulièrement, l'appelante affirme que M. Delk a produit des éléments de preuve relativement aux renseignements sur divers sujets qu'il a recueillis dans le cadre de ses recherches. Burlington assimile les questions de l'intimée à la déclaration d'un témoin et cite la jurisprudence qui enseigne qu'[TRADUCTION] « une partie n'est pas tenue de produire un résumé des éléments de preuve de ses témoins ou de témoins potentiels ».

[91] Selon Burlington, les questions sont injustifiées dans la mesure où elles visent à recueillir des renseignements sur les mesures prises par M. Delk pour effectuer ses recherches. Elle est d'avis que l'intimée est capable de poser des questions pertinentes qui lui permettront d'en savoir davantage sur les fruits des recherches de M. Delk. En outre, Burlington invoque un privilège qui pourrait jouer pour justifier son refus de répondre à ces questions, car son représentant, M. Delk, est avocat.

#### Décision de la Cour

[92] La décision *HSBC Bank Canada*<sup>54</sup> enseigne que les dossiers consultés par le représentant en vue d'un interrogatoire préalable sont à première vue pertinents.

[93] L'objection des avocats de Burlington selon laquelle le secret professionnel « pourrait » jouer n'est pas fondée. Les communications entre les employés et le représentant de Burlington ne sont pas couvertes par le secret professionnel parce que le représentant est un avocat. En réalité, soutenir qu'un privilège « pourrait » jouer parce que le représentant est avocat est contraire à l'objet de l'interrogatoire préalable.

[94] L'intimée ne demande pas à M. Delk de décrire les mesures qu'il a prises pour se renseigner ou de produire un résumé des dépositions possibles de témoins potentiels, ce qui a été jugé comme constituant des questions injustifiées<sup>55</sup>. Il est évident que les documents faisant l'objet d'un privilège ne doivent pas être produits. Burlington doit répondre aux questions.

## Catégorie 2 : Questions concernant la demande relative à la nécessité des commissions de garantie

### Questions 1028 à 1032

[95] Essentiellement, cette catégorie contient deux questions distinctes, mais qui sont connexes :

Question 1028 – Burlington devait-elle payer les commissions de garantie afin que BRI puisse consentir la garantie?

Question 1032 – BRI devait-elle demander les commissions de garantie à Burlington afin de lui consentir la garantie?

### Position de l'intimée

[96] L'intimée soutient qu'il s'agit de questions de fait pertinentes à sa thèse quant à l'objectif des commissions de garantie au sens des alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi. Les réponses à ces questions lui permettraient de mieux saisir les raisons pour lesquelles les commissions de garantie ont été engagées par Burlington et de

---

<sup>54</sup> *HSBC Bank Canada*, précitée, au paragraphe 15.

<sup>55</sup> *Loewen v The Queen*, 2006 DTC 498.

déterminer si ces commissions avaient quelque valeur que ce soit. Selon l'intimée, les commissions de garantie ont été versées non en contrepartie de la garantie, mais dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal.

### Position de Burlington

[97] Burlington soutient que ces questions sont exagérément vagues, non pertinentes et conjecturales. Selon elle, il est difficile de savoir si la question de l'intimée vise à déterminer si les commissions de garantie ont été exigées en toute légalité, si elles étaient nécessaires d'un point de vue commercial ou si elles devaient être payées pour une autre raison. Pour ce qui est de la portée élargie des questions de cette catégorie, Burlington soutient que ces questions ne sont nullement pertinentes quant aux questions en cause. Elle est d'avis que la question de savoir si BRI aurait pu produire la garantie gratuitement n'a rien à voir avec la question de savoir si Burlington a versé les commissions de garantie aux fins consacrées par les alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi.

### Décision de la Cour

[98] L'appelante n'a pas à répondre à ces questions, qui s'avèrent conjecturales. L'intimée demande-t-elle si BRI était légalement tenue d'exiger les commissions de garantie? Cela dit, M. Delk a répondu à la question 1037 et aux questions suivantes. À titre d'exemple, voici sa réponse à la question 1037 :

[TRADUCTION]

R. D'un point de vue juridique, je ne sais pas si les commissions de garantie sont obligatoires ou non. Ce que je sais, c'est que BRI a fourni le service à l'appelante et qu'elle s'attendait à être indemnisée pour ce service rendu.



Catégorie 4 : Questions relatives à d'autres garanties au sein du groupe de sociétés de BRI

Questions 1175, 1178, 1180, 1182, 1185, 1193, 1197, 1201, 1203, 1205 à 1207, 1210, 1212, 1215, 1221, 2731 à 2757, 2759 à 2780, 2782 à 2831, 2833 à 2838, 2840 à 2933, 2935 à 2982, 2987 à 3032, 3035 à 3080, 3083 à 3143 et 3145 à 3176

[99] L'intimée a demandé à M. Delk de produire tout document relatif aux garanties déterminées et non déterminées accordées par BRI à des entités liées.

[100] À l'audience, l'intimée a limité la portée de ses questions aux documents touchant sept garanties déterminées accordées par BRI à des entités liées, soit Burlington Resources Canada Exploration Ltd. (« BRCEL »), Poco Petroleum, Burlington Resources Canada Partnership, BR (Global Holdings) BV, Burlington Resources Capital et Burlington Resources Capital II (collectivement, les « garanties déterminées »). Par conséquent, toutes les questions concernant les garanties non déterminées ont été retirées, et il n'est pas nécessaire d'y répondre.

Position de l'intimée

[101] L'intimée soutient que les garanties accordées par BRI à d'autres entités ayant un lien de dépendance et les faits relatifs à ces garanties, notamment la question de savoir si BRI a demandé les commissions de garantie, permettent de déterminer si les commissions de garantie en cause en l'espèce ont été engagées dans le but de gagner un revenu selon les alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi. L'intimée précise que son but n'est pas de chercher à consulter et à comparer les modalités des garanties accordées à d'autres entités ayant un lien de dépendance. L'intimée cherche plutôt à connaître les circonstances relatives aux garanties de la société sœur (c.-à-d., qu'elle cherche à déterminer si d'autres ententes de souscription hybrides similaires étaient en place, quel était le traitement de l'entité visée par les évaluations de crédit en vue de la garantie, si cette entité était une société à responsabilité illimitée et si les commissions de garantie ont été versées).

[102] L'intimée maintient que les réponses à ces questions lui permettraient de savoir si les commissions de garantie ont été engagées dans le but de tirer ou de produire un revenu de l'entreprise. Plus particulièrement, elle fait valoir que, vu l'absence de contrepartie à une garantie accordée par BRI à une entité ayant un lien de dépendance, l'on pourrait inférer que le paiement des commissions de garantie

visait l'obtention d'un avantage fiscal. À titre d'exemple, si une autre filiale de BRI ayant un lien de dépendance obtenait gratuitement une garantie de la part de BRI, il serait raisonnable de chercher à connaître les raisons pour lesquelles Burlington a engagé une dépense pour une garantie identique. La réponse pourrait être que Burlington a engagé les commissions de garantie dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal.

[103] À l'appui de sa position, l'intimée cite la décision *HSBC Bank Canada*, rendue par le juge Campbell Miller, qui découle elle aussi d'une requête relative au refus associée à un différend portant sur le prix de transfert.

[104] Dans l'affaire *HSBC Bank Canada*, l'intimée avait demandé au contribuable de lui expliquer les raisons pour lesquelles il avait eu droit à un traitement différent, de la part de la société mère, de celui accordé à ses filiales non canadiennes.

[105] En réponse à la question en litige, le juge Campbell Miller a fait observer que l'information sur les transactions visant une entité ayant un lien de dépendance peut être pertinente au « paradigme factuel » au regard duquel pourrait être considérées les affaires de prix de transfert :

[TRADUCTION]

Bien que je sois conscient du fait que les dispositions relatives au prix de transfert ne prévoient aucune comparaison avec les transactions visant d'autres entités ayant un lien de dépendance, je comprends certainement la pertinence de la vérification du traitement des sociétés sœurs dans le but de déterminer si les commissions ont été engagées en vue de gagner un revenu. Sans qu'il soit nécessaire de déterminer la pertinence des circonstances liées à l'appui implicite de la société mère relativement au prix de transfert, je conclus que ces renseignements sont généralement pertinents pour trancher la question de savoir si les commissions ont été engagées afin de gagner un revenu<sup>56</sup>.

[106] En outre, au paragraphe 23 de la décision *HSBC Bank Canada*, le juge Campbell Miller a clairement conclu que les questions touchant le traitement différent à l'égard d'autres sociétés sœurs ayant un lien de dépendance étaient potentiellement pertinentes aux fins de l'alinéa 18(1)a) de la Loi :

[TRADUCTION]

---

<sup>56</sup> *HSBC Bank Canada*, précitée, au paragraphe 15.

La question vise à comprendre ce qui, à première vue, semble être un traitement différent. Encore une fois, cela peut s'avérer pertinent non pas tant aux fins de comparaison des différentes ententes avec les entités ayant un lien de dépendance, mais dans le but de connaître les raisons pour lesquelles l'appelante a engagé les commissions. La question 9 exige une réponse.

[107] L'intimée se fonde sur les deux extraits susmentionnés pour affirmer que le traitement différent d'entités ayant un lien de dépendance est suffisamment pertinent quant aux questions visées par les alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi.

[108] L'intimée opère une distinction entre la présente espèce et les faits de l'affaire *GE Capital Canada*<sup>57</sup> : la juge Valerie Miller a alors conclu que les questions relatives aux garanties touchant une société sœur ayant un lien de dépendance n'étaient pas pertinentes. L'intimée soutient qu'il est possible d'opérer une distinction entre les faits de l'affaire *GE Capital Canada* et ceux de l'espèce, car dans l'affaire *GE Capital Canada*, l'intimée n'a pas invoqué l'alinéa 18(1)a), ni l'alinéa 20(1)e.1) de la Loi. Puisqu'il n'a pas été demandé à la juge Valerie Miller d'examiner la pertinence des transactions visant des entités ayant un lien de dépendance à la lumière des alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1), l'intimée demande que les conclusions de cette dernière ne soient pas assimilées à un rejet des conclusions du juge Campbell Miller susmentionnées.

[109] En ce qui a trait à la présente catégorie, les deux parties ont également présenté des arguments fondés sur la proportionnalité.

[110] Burlington soutient qu'elle n'a pas à répondre aux questions de cette catégorie parce qu'elle les juge démesurées. À l'appui de sa position, Burlington renvoie à la déposition de M<sup>me</sup> Hoang que j'ai déjà discutée en détail.

[111] M<sup>me</sup> Hoang déclare dans son affidavit qu'elle s'est renseignée auprès du service des finances de Houston et qu'elle a appris qu'il ne tient pas de liste principale de toutes les garanties fournies à l'une ou l'autre des entités de ConocoPhillips Group<sup>58</sup>. Cela dit, l'intimée souligne que M<sup>me</sup> Hoang ne s'est jamais renseignée au sujet des garanties de BRI auprès du service des finances :

[TRADUCTION]

---

<sup>57</sup> *General Electric Capital Canada Inc. c Canada*, 2008 CCI 668 [*General Electric*].

<sup>58</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 18, au paragraphe 67.

Avocate de l'intimée : Mais nous n'en parlons pas de façon générale. Nous en parlons par rapport à BRI. Vous ne vous êtes jamais renseignée au sujet des garanties de BRI auprès du service des finances, n'est-ce pas?

M<sup>me</sup> Hoang : J'ai demandé – non<sup>59</sup>.

[112] Même si l'échange ci-dessus visait strictement à déterminer si BRI avait signé un accord de garantie ou fourni une garantie à une entité ou à un partenaire autre que Burlington, l'intimée explique que le fait que M<sup>me</sup> Hoang n'ait jamais demandé au service des finances où se trouvent les documents sur les garanties de BRI mine la crédibilité de son argument lorsqu'elle invoque le principe de proportionnalité dans ses réponses aux questions de la catégorie 4.

[113] En outre, M<sup>me</sup> Hoang précise dans son affidavit qu'elle ne dispose d'aucun moyen efficace et fiable de répondre à ces questions<sup>60</sup>. L'intimée fait remarquer que M<sup>me</sup> Hoang n'affirme pas qu'elle n'a aucun moyen efficace et fiable de répondre aux questions puisqu'elle n'a jamais demandé au service des finances où se trouvaient les documents relatifs aux garanties de BRI. Selon l'intimée, il ne peut être exclu qu'une telle recherche puisse être effectuée adéquatement.

[114] L'intimée souligne également l'existence d'un index général indiquant ce que contiennent les boîtes de dossiers et de documents de ConocoPhillips. M<sup>me</sup> Hoang a exprimé une certaine incertitude quant à l'exactitude et à l'exhaustivité de cet index général. Toutefois, l'intimée affirme que cet index général constitue un outil important qui permet de réduire le fardeau que représente la tâche. Selon l'intimée, M<sup>me</sup> Hoang devrait pouvoir se fier à l'index général et aux index du service des finances et des autres services pour repérer les documents pertinents au sujet des garanties dont il est question ici. De plus, M<sup>me</sup> Hoang n'a jamais consulté les anciens employés qui étaient au courant de ces transactions et qui auraient peut-être pu répondre à certaines questions et lui confirmer si Burlington avait ou non accordé une garantie à certaines sociétés sœurs.

[115] Pour conclure, l'intimée déclare que M<sup>me</sup> Hoang n'a pas réussi à démontrer la lourde charge qu'imposeraient les réponses aux questions de la catégorie 4. Elle précise que les index, y compris l'index général, sont d'importants outils qui réduiraient le fardeau d'avoir à répondre à ces questions. L'intimée cite également les

---

<sup>59</sup> Transcription du contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 163, aux paragraphes 10 à 15, question 642.

<sup>60</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 22, au paragraphe 74.

observations formulées par le juge Campbell Miller à l'occasion de l'affaire *HSBC Bank Canada* à l'appui de sa position selon laquelle les questions de la catégorie 4 sont pertinentes pour justifier les coûts supportés et les efforts déployés pour répondre aux questions dans tous les cas.

### Position de Burlington

[116] Burlington estime que toutes ces questions sont non pertinentes, car les questions en litige relatives aux alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi visent particulièrement le contribuable et les transactions. S'il était établi que BRI avait fourni des garanties sans commission à une société sœur de Burlington, les circonstances pourraient être différentes de sorte qu'il n'y aurait aucune incidence sur le présent appel. De plus, Burlington soutient que l'intimée lui demande en substance d'effectuer une recherche exhaustive dans l'ensemble de ses dossiers dans le but de vérifier si BRI a fourni des garanties et pourquoi, ce qui inclut une recherche de documents relatifs aux garanties déterminées. Burlington soutient que toutes ces questions ne sont pas pertinentes quant aux questions portées en appel et que les recherches à faire pour y répondre seraient trop lourdes. Selon Burlington, les questions relatives aux garanties se rapportant à d'autres entités dans des circonstances différentes ne permettraient pas à la Cour de déterminer les raisons pour lesquelles les commissions de garantie ont été engagées.

[117] Burlington cite l'affaire *HSBC Bank Canada*, dans laquelle des questions sur l'évaluation de la garantie formelle par les sociétés mères ont été rejetées pour deux raisons : d'une part, il ne pouvait pas être présumé que les documents précis demandés existaient puisque toute garantie formelle fournie par les sociétés mères ne se distinguait pas d'une garantie informelle fournie par les sociétés mères (autrement dit, de tels documents auraient seulement été produits par un garant tiers évaluant l'octroi une garantie formelle au regard du soutien informel des sociétés mères); et, d'autre part, l'information demandée n'aurait pas permis de déterminer si le contribuable avait versé la commission dans le but de générer un revenu.<sup>61</sup> Burlington souligne que le dernier point démontre clairement la non-pertinence des questions de l'intimée. Elle soutient également que la tentative de l'intimée d'opérer une distinction entre les modalités de la garantie en cause dans l'affaire *HSBC Bank Canada* et ses questions sur les circonstances des garanties en l'espèce revient à

---

<sup>61</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 22, au paragraphe 74.

couper les cheveux en quatre, étant donné que dans les deux cas, les questions sont non pertinentes pour les mêmes raisons.

[118] Burlington se fonde également sur la décision *General Electric*<sup>62</sup>, rendue par la juge Valerie Miller et la décision *CIBC*<sup>63</sup> rendue par le juge en chef Rossiter. Burlington invoque cette dernière décision pour faire un parallèle entre les garanties déterminées fournies par BRI à d'autres entités ayant un lien de dépendance et les questions portant sur des contentieux et transactions relatifs à des entités sans rapport avec Enron, où une entité de la CIBC ainsi qu'une codéfenderesse sans lien de dépendance ont été poursuivies. Dans les deux cas, l'intimée estimait que les autres transactions constituaient des comparables internes utiles, et Burlington souligne que le juge en chef Rossiter a confirmé que les autres transactions n'étaient pas pertinentes quant au litige<sup>64</sup>.

[119] Burlington ajoute que les hypothèses sur lesquelles reposent ces questions ne sont pertinentes qu'aux fins de l'application des alinéas 247(2)b) et 247(2)d) de la Loi, en ce qui concerne particulièrement ce qui a motivé BRI à réclamer les commissions de garantie. L'intimée a renoncé aux moyens puisés dans ces dispositions. Par conséquent, les questions visant à savoir ce qui a motivé BRI à réclamer les commissions de garantie ne sont plus pertinentes puisque l'intimée a décidé de ne plus défendre cette position.

[120] Burlington me demande de conclure que les questions de la catégorie 4 sont assimilables à une recherche à l'aveuglette et qu'elle n'est pas tenue d'y répondre.

[121] Burlington souligne également que la pertinence potentielle de ces questions est disproportionnée par rapport aux efforts qu'elle devrait déployer pour y répondre adéquatement. Exiger tous les renseignements à propos de certaines transactions, ententes et modalités de ces ententes constitue une demande trop générale et extrêmement disproportionnée vu la manière dont elles se présentent. Burlington, s'appuyant sur la jurisprudence *HSBC Bank Canada*, soutient que les questions de cette catégorie illustrent une démarche qui vise à faire produire le plus de documents possible, peu importe la pertinence de cet objectif.

---

<sup>62</sup> *General Electric*, précitée.

<sup>63</sup> *CIBC*, précitée.

<sup>64</sup> *Ibidem*, au paragraphe 251.

[122] Dans son affidavit, M<sup>me</sup> Hoang confirme la difficulté de localiser l'information nécessaire pour répondre adéquatement à ces questions en raison notamment de l'absence de documents exhaustifs sur les garanties accordées par BRI et du temps qui s'est écoulé depuis. Elle a déclaré en contre-interrogatoire qu'elle devrait retrouver les personnes chargées de telle ou telle transaction et leur demander où les dossiers pertinents seraient conservés. Puis, si ces personnes sont en mesure d'indiquer à M<sup>me</sup> Hoang où se trouvent ces dossiers, il faudrait consulter de multiples index en vue de les récupérer. M<sup>me</sup> Hoang a souligné qu'il faudrait faire cette demande pour répondre à bon nombre des questions restantes. Par conséquent, Burlington soutient que l'obligation de répondre aux questions serait disproportionnée et, de ce fait, inappropriée.

[123] En réponse aux arguments de l'intimée quant au principe de proportionnalité, Burlington précise que les dossiers conservés par le service des finances de ConocoPhillips ne sont pas aussi exhaustifs que l'intimée le soutient.

[124] Burlington soutient qu'elle a su démontrer ainsi qu'il serait trop difficile de répondre aux questions de la catégorie 4 compte tenu du peu de pertinence que présenteraient les questions en litige.

### Décision de la Cour

[125] Je rejette la thèse de Burlington, qui affirme que les hypothèses de fait formulées par l'intimée, sur lesquelles reposent les questions de la catégorie 4, ne sont pertinentes que pour l'application des alinéas 247 (2)b) et 247(2)d) de la Loi, à savoir si des personnes sans lien de dépendance n'auraient pas conclu les garanties et si ces garanties peuvent raisonnablement être considérées comme n'ayant pas été conclues principalement pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal. Il est bien évident que ces questions concernent plutôt la thèse de l'intimée relative aux alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi.

[126] Je suis d'avis que, puisque, l'intimée n'a invoqué ni l'alinéa 18(1)a) ni l'alinéa 20(1)e.1) de la Loi dans l'affaire *GE Capital Canada*, je ne puis pas me fonder sur cette jurisprudence pour me prononcer sur les questions dont je suis saisi en l'espèce. Une distinction doit être établie entre les faits de l'affaire *GE Capital Canada* et ceux de la présente espèce. Pour cette raison, je n'ai pas à réagir à la thèse de l'intimée portant que la décision *GE Capital Canada* a été mal jugée en ce qui a trait au point susmentionné.

[127] Dans l'affaire *HSBC Bank Canada*, l'intimée avait demandé au contribuable de lui expliquer les raisons pour lesquelles il avait eu droit à un traitement par la société mère qui était différent de celui réservé à ses filiales non canadiennes. Il a été conclu que les questions relatives au traitement différent étaient pertinentes quant à l'application de l'alinéa 18(1)a) de la Loi. Contrairement à Burlington, je ne crois pas que cette conclusion découle uniquement de l'existence d'une politique intersociétés sur le prix de transfert visant à la fois le contribuable et les sociétés affiliées.

[128] À la lumière de la jurisprudence *HSBC Bank Canada*, les questions relatives au traitement différent accordé à Burlington par rapport à ses filiales sont pertinentes puisqu'elles concernent la position de l'intimée au regard de l'alinéa 18(1)a) de la Loi.

[129] De plus, contrairement à ce que soutient Burlington, il y a lieu d'opérer une distinction avec les faits de l'affaire *CIBC* quant à la décision du juge en chef Rossiter de rejeter les questions relatives à des « comparables internes ». Dans l'affaire *CIBC*, l'intimée a demandé de façon générale des renseignements au sujet de contentieux sans rapport avec Enron qui mettaient en cause des codéfendeurs de CIBC sans lien de dépendance. Le juge en chef a conclu que des contentieux et



transaction pourraient être entièrement différents et être ainsi « parfaitement inutile[s] comme comparateur<sup>65</sup> ».

[130] Par conséquent, je me fonde sur la jurisprudence *HSBC Bank Canada* pour conclure que les questions de la catégorie 4 sont pertinentes. Je me pencherai maintenant sur la question de savoir s'il serait trop difficile d'y répondre en prenant en compte le principe de proportionnalité.

[131] Des recherches seront effectuées à l'aide des index tenus par les divers services en vue de récupérer les documents sur les sept garanties déterminées. Cela ne me paraît pas déraisonnable. En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Hoang a confirmé que les index constituent une liste des documents contenus dans les boîtes.

[132] Je remarque que l'intimée a demandé à Burlington de produire tous les documents de la Securities and Exchange Commission des États-Unis qui se rapportent aux garanties. Cette information fait partie du domaine public. Je me fonde sur le paragraphe 54 de la décision *HSBC Bank Canada* pour conclure que si Burlington ou BRI a recueilli cette information, elle doit la transmettre à l'intimée. Cependant, si, après une recherche adéquate, cette information demeure introuvable, l'intimée doit se procurer elle-même cette information relativement à ces questions, à savoir celles portant les numéros 2786, 2836, 2885, 2933, 3032, 3080, 3128 et 3176.

[133] Je conclus également que l'appelante n'est pas tenue de répondre à toute question visant à savoir s'il était dans l'intérêt des garants d'accorder les garanties à d'autres sociétés affiliées avec lesquelles ils avaient un lien de dépendance. Dans l'affaire *HSBC Bank Canada*, les questions au sujet de l'évaluation par la société mère des garanties ont été rejetées puisque l'information recherchée ne permettait pas de déterminer si le contribuable avait versé la commission dans le but de gagner un revenu<sup>66</sup>. Je m'inspire de ce raisonnement pour conclure que les questions relatives à l'avantage que tire BRI des garanties accordées aux sociétés affiliées avec lesquelles elle a un lien de dépendance sont non pertinentes. Par conséquent, l'appelante n'est pas tenue de répondre aux questions concernant l'avantage que les garants tirent de ces garanties, soit les questions 2748, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858,

---

<sup>65</sup> *CIBC*, précitée, au paragraphe 251. Le juge en chef Rossiter fait observer que cela « ne produirait aucun élément utile en l'espèce pour la présente affaire, sans parler de l'énorme effort qu'il faudrait déployer pour répondre aux questions ».

<sup>66</sup> *HSBC Bank Canada*, précitée, aux paragraphes 63 et 64.

2859, 2860, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 3000, 3001, 3002, 3003, 3004, 3005, 3006, 3007, 3048, 3049, 3050, 3051, 3052, 3053, 3054, 3055, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3143, 3144, 3145, 3146, 3147, 3148, 3149, 3150 et 3151.

[134] Enfin, M<sup>me</sup> Hoang déclare dans son affidavit que, telles qu'elles sont formulées, les questions de la catégorie 4 pourraient concerner tous les types de garanties conclues avec BRI, y compris les garanties de bonne fin ou d'exécution de contrat<sup>67</sup>. Je ne puis souscrire à cette affirmation. Le contexte est important. Toutefois, il demeure entendu que les questions de la catégorie 4 ne se rapportent qu'aux garanties financières concernant les sept garanties déterminées énoncées au paragraphe 99 des présents motifs.

#### Catégorie 5 : Question visant à déterminer si BRI aiderait sa filiale canadienne en cas de difficultés financières

##### Question 703

[135] Cette question découle d'une discussion d'un document de Salomon Smith Barney, qui a évalué la solvabilité d'une filiale active au Canada (« BR Canada ») et qui estime que le « soutien implicite » de BRI influe positivement sur la cote de solvabilité de BR Canada. Dans ce contexte, l'intimée a demandé à M. Delk si BRI aurait assuré une aide à BR Canada (une filiale canadienne à qui Burlington a accordé un prêt), si elle éprouvait des difficultés financières.

##### Thèse de l'intimée

[136] Selon l'intimée, il s'agit d'une question de fait qui vise à déterminer la mesure dans laquelle BRI aurait assuré un soutien implicite à BR Canada en cas de besoin.

[137] L'intimée soutient que cette question est pertinente. Burlington s'est fondée sur les lettres de la banque d'investissement pour justifier son choix de taux pour les commissions de garantie. Selon elle, les lettres de la banque d'investissement font état à la fois du soutien implicite que BRI accorderait et des liens étroits entre la cote de solvabilité individuelle de Burlington et la cote de solvabilité subordonnée de BR Canada. Puisque le soutien implicite de BRI à l'endroit de BR Canada serait lié à

---

<sup>67</sup> Affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, à la page 18, au paragraphe 69.

la capacité de BR Canada, en tant que débiteur de Burlington, de rembourser les montants que lui a prêtés Burlington, l'intimée est d'avis que ce soutien lui permettra d'établir le montant approprié pour la garantie dans un contexte où il n'existe pas de lien de dépendance.

### Thèse de Burlington

[138] Burlington soutient que cette question est intolérablement conjecturale. Son avocat a souligné l'incertitude qui existe quant à ce que l'on entend par « difficultés financières » et le fait que l'intimée n'a pas suffisamment précisé la nature des difficultés financières. Par conséquent, la question demeure vague et conjecturale. En outre, Burlington cite la décision *HSBC Bank Canada* dans laquelle le juge Campbell Miller fait observer que les questions pour lesquelles on demande à un représentant d'émettre une hypothèse et qui finiront par être tranchées par le juge au procès sont inappropriées. D'après Burlington, le simple fait que les lettres de la banque d'investissement contiennent son opinion fondée sur des conjectures ne justifie pas que l'on demande à Burlington d'émettre des hypothèses. Elle ajoute que les réponses à ces questions ne seraient pas pertinentes puisqu'il n'est pas controversé entre les parties qu'un garant sans lien de dépendance exigerait plus de 50 points de base pour la garantie. Enfin, Burlington soutient qu'il serait très difficile de recueillir les renseignements pertinents sur ce qui s'est passé entre 2000 et 2005 pour répondre à la question avec exactitude.

### Décision de la Cour

[139] À l'audience, j'ai demandé si cette question n'avait pas déjà fait l'objet d'une réponse. La question 1006 et suivantes<sup>68</sup> portaient sur le même thème, et l'appelante y a répondu.

[140] M. Delk a produit la réponse ci-dessous à la question 1007 dont l'objectif était de savoir si BRI aurait assuré une aide à ses filiales actives canadiennes si ces dernières éprouvaient des difficultés financières (c.-à-d., incapacité de rembourser les montants exigés, faillite potentielle) :

[TRADUCTION]

---

<sup>68</sup> Transcription de l'audience, jour 4, aux pages 29 à 31.

Je ne peux pas confirmer qu'elles le feraient, non. Comme je l'ai déjà signalé, il y a une raison pour laquelle les personnes morales sont utilisées. Si l'on s'attend à ce qu'une société mère et BRI assurent une aide financière, disons parce que le prix du gaz naturel a chuté pendant trois ou quatre ans et que la société a besoin de fonds à court terme ou parce que la société a peut-être besoin de capitaux pour faire une acquisition ou prendre de l'expansion, elles le feront certainement. Par contre, en cas de faillite, le soutien implicite n'est pas un soutien illimité. Je crois que personne ne vous dira que Burlington Resources Inc. serait intervenue et aurait fourni un financement illimité à sa filiale. C'était une filiale, et les filiales ne sont pas utilisées pour rien.

[141] Même si, initialement, M. Delk a peut-être confondu les entités visées par les discussions lors de cet interrogatoire, à la question 1009, il était évident que le thème était le soutien implicite de BRI à ses filiales actives canadiennes.

[142] Selon moi, les réponses aux questions 1007 et 1009 constituent également une réponse à la question 703. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la question 703. Si l'intimée tenait à poser des questions complémentaires, elle aurait dû le faire au moment de l'interrogatoire préalable, lorsque M. Delk a répondu à la question 703. Elle ne peut pas soutenir maintenant que l'appelante n'a pas répondu à cette question dans le but de poser des questions complémentaires.

#### Catégorie 6 : Question relative aux préoccupations de BRI dans l'éventualité où Burlington serait incapable de remplir ses obligations

##### Question 1015

[143] L'intimée a demandé à M. Delk si BRI aurait craint pour sa réputation dans l'éventualité où Burlington serait incapable de respecter ses obligations.

##### Position de l'intimée

[144] Selon l'intimée, il s'agit d'une question de fait concernant l'intérêt de BRI durant les années visées en l'espèce. Elle soutient que le soutien implicite de BRI constitue un facteur dans le cadre de l'évaluation de Burlington dont il est question dans les lettres de la banque d'investissement, lettres sur lesquelles s'est fondée Burlington pour établir le prix de la commission de garantie à imposer. Par conséquent, vu la position de Burlington quant aux lettres de la banque d'investissement, l'intimée fait valoir que le fait de chercher à savoir si BRI aurait eu

des préoccupations si Burlington avait été incapable de remplir ses obligations ne constitue pas une question spéculative.

### Position de Burlington

[145] Burlington soutient que le mot « préoccupation » est plutôt vague et que la question appelle la spéculation. Même si le soutien implicite est en cause en l'espèce, Burlington soutient que la question serait de savoir quelles mesures BRI prendrait, et non pas quelles seraient ses préoccupations. La question n'est pas pertinente, et il serait difficile d'y répondre pour les mêmes raisons que celles qui se rapportent à la catégorie 5.

### Décision de la Cour

[146] Cette question appelle la spéculation. Il n'existe aucun moyen de vérifier concrètement si BRI aurait eu des préoccupations à cet égard, et il est donc impossible de s'attendre à ce que M. Delk réponde à cette question.

### Catégorie 7 : Question sur l'application antérieure d'une cote de solvabilité

#### Question 755

[147] L'intimée a demandé à M. Delk si BRI avait déjà appliqué la cote de solvabilité d'une société sœur à une autre société sœur.

### Thèse de l'intimée

[148] L'intimée fait valoir que cette question est pertinente quant à l'application des alinéas 247(2)a) et c) de la Loi. Elle allègue que, d'après les lettres de la banque d'investissement, la cote de solvabilité appliquée à Burlington peut découler des sociétés sœurs auxquelles elle prête des fonds. L'intimée cherche à mieux comprendre cette méthodologie et à savoir si BRI y a déjà fait recours dans d'autres circonstances. Si BRI ne l'a jamais appliquée, cela jouera en faveur de l'intimée, car le cas en l'espèce constituerait une exception. Toutefois, si BRI a déjà eu recours à cette méthode, l'intimée veut comprendre les circonstances dans lesquelles cela s'est fait.

[149] L'intimée fait également remarquer que la thèse de Burlington selon laquelle la possession de documents contemporains dans le but d'éviter l'imposition de pénalités dépend en partie de la question de savoir si l'approche d'imputation utilisée par les banques est adéquate.

#### Thèse de Burlington

[150] Burlington soutient que toute application antérieure d'une cote de solvabilité par la société mère n'est pas pertinente quant au litige porté devant la Cour pour des raisons similaires à celles liées à la catégorie 4 quant aux autres garanties. Toute utilisation antérieure potentielle de cette méthode ne permet pas de déterminer sa pertinence. Burlington ajoute que, pour répondre à cette question, il faudrait effectuer une recherche beaucoup trop laborieuse au regard de la pertinence négligeable de la réponse qui en découlera.

#### Décision de la Cour

[151] Le recours à la méthodologie relative à la cote de solvabilité par BRI dans d'autres circonstances est pertinent quant à l'application des alinéas 247(2)a) et c) de la Loi et, plus particulièrement, pour ce qui est de la pénalité prévue au paragraphe 247(3) de la Loi. Par conséquent, il faut répondre à cette question.

#### Catégorie 8 : Question relative à l'intérêt de Burlington d'obtenir les résultats de l'évaluation de sa propre cote de solvabilité

##### Question 842

[152] Après qu'elle eut demandé à M. Delk les raisons pour lesquelles BRI ou Burlington n'a pas consulté une agence d'évaluation du crédit pour connaître la cote de solvabilité de Burlington, l'intimée lui a demandé si Burlington aurait eu intérêt à consulter une telle agence afin d'obtenir des chiffres plus précis qui l'auraient aidé à déterminer le prix de la commission de garantie.

#### Thèse de l'intimée

[153] L'intimée soutient que demander à Burlington si elle avait intérêt à agir ainsi constitue une question de fait appropriée.

[154] Elle soutient que cette question permet de déterminer si, en l'espèce, Burlington a pris des mesures raisonnables pour fixer un prix de pleine concurrence.

### Thèse de Burlington

[155] Burlington soutient que la question est indûment conjecturale et inappropriée et qu'elle ne permet pas de déterminer si Burlington a pris les mesures raisonnables pour établir un prix de transfert ou si le prix convenu était différent de celui qui aurait été versé pour une partie sans lien de dépendance dans des circonstances identiques à celles de Burlington.

### Décision de la Cour

[156] Après la question 842, M. Delk a répondu à la question 843 : [TRADUCTION] « Burlington n'a émis aucun effet de commerce ni aucun autre instrument financier n'incluant pas une garantie de la société mère et, par conséquent, Burlington n'avait pas besoin d'être évaluée par une agence de crédit », et cette réponse est suffisante<sup>69</sup>. À mon avis, il s'agit d'une réponse adéquate. Dans tous les cas, la question de savoir s'il était « dans l'intérêt » de Burlington d'obtenir les résultats d'une évaluation par une agence de crédit constitue une question qui invite les conjectures.

### Catégorie 9 : Question visant à comparer le rendement de BRI à celui de BR Canada

#### Question 2509<sup>70</sup>

[157] L'intimée a demandé à M. Delk quelle serait la différence entre la cote de solvabilité de BRI et celle de la société ayant créance sur Burlington (soit BR Canada, en l'espèce).

### Thèse de l'intimée

[158] Burlington s'est fondée sur la cote de solvabilité de la société qui a contracté la dette pour déterminer sa cote de solvabilité, comme cela ressort des lettres de la banque d'investissement. L'intimée soutient que, par conséquent, la cote de

---

<sup>69</sup> Interrogatoire préalable de Chris Delk, le 17 juillet 2014, à la page 338, aux lignes 8 à 18.

<sup>70</sup> Cette question a d'abord été mise en délibéré, et Burlington a ensuite refusé d'y répondre en attendant la décision de la juge Campbell.

solvabilité de cette entité et celle de BRI permettent de déterminer ce qui aurait été un prix de commission de garantie approprié.

### Thèse de Burlington

[159] Burlington soutient que cette question vise à obtenir des renseignements non pertinents puisque les parties ont convenu qu'une entité sans lien de dépendance exigerait plus de 50 points de base à Burlington. Elle soutient que l'analyse du risque à mener pour déterminer un écart de taux n'est pas pertinente dans le cadre d'un moyen tiré de l'alinéa 18(1)a) de la Loi.

[160] En outre, Burlington soutient que la question vise à trouver un écart entre la cote de solvabilité de BRI et celle de BR Canada et que celle-ci sera tranchée par le juge au procès, qui s'appuiera sur les observations d'un expert. Burlington s'appuie sur la décision *Burlington* rendue par la juge Campbell quant à la thèse selon laquelle les questions visant à obtenir des renseignements sur l'opinion d'une partie « au sujet de la méthode appropriée à employer pour déterminer la cote de solvabilité [de Burlington] aux fins de l'application de l'approche axée sur le taux de rendement » ne sont pas légitimes puisque la question de fond sera déferée à l'examen du juge au procès<sup>71</sup>. Burlington soutient que l'opinion sur la différence quant au rendement formulée avant qu'un expert se soit prononcé sur la question n'est pas pertinente.

[161] La décision *Burlington* susmentionnée, rendue par la juge Campbell, porte sur la même question que celle en l'espèce. La juge Campbell s'est penchée sur une requête présentée par Burlington afin que l'intimée soit obligée de répondre à certaines questions auxquelles son représentant avait refusé de répondre.

### Décision de la Cour

[162] À mon avis, l'appelante n'est pas tenue de répondre à cette question. Selon M. Delk, la cote de solvabilité de BRI était AAA, et celle de BRCC était BBB. L'intimée cherche à connaître la différence entre les deux cotes de solvabilité en ce qui a trait au rendement. Le but de cette question était d'obtenir l'opinion de M. Delk.

### Catégorie 10 : Questions relatives à l'équivalence entre la cote de solvabilité de Burlington et celle de BR Canada

---

<sup>71</sup> *Burlington*, précitée, au paragraphe 41.



## Questions 2504, 2512 et 2513

[163] Par souci de clarté, je reproduis les questions de la présente catégorie dans les lignes qui suivent.

[TRADUCTION]

Question 2504 – Sur quels faits l'appelante s'appuie-t-elle pour soutenir que sa cote de solvabilité serait la même que celle de la société ayant contracté la dette auprès de l'appelante?

Question 2512 – En confirmant toute cote de solvabilité susmentionnée, l'appelante dit-elle que le soutien implicite doit être pris en compte ou qu'il ne doit pas l'être?

Question 2513 – Dans l'affirmative, la cote de solvabilité de l'appelante vise-t-elle l'application de l'approche axée sur le taux de rendement et la prise en considération du soutien implicite?

## Thèse de l'intimée

[164] L'intimée soutient que ces questions sont pertinentes au regard des alinéas 247(2)a) et c) de la Loi. Par conséquent, elles sont justifiées en l'espèce, et l'appelante doit y répondre. L'intimée soutient que ces questions visent à connaître les faits qui appuient la thèse de Burlington et à déterminer si le soutien implicite doit être pris en considération.

## Thèse de Burlington

[165] Selon Burlington, les réponses à ces questions ne sont pas pertinentes quant aux questions faisant l'objet de l'appel, car les aveux ont grandement restreint la portée du litige. De plus, Burlington soutient que la demande formulée à la question 2504 de présentation de tous les faits allant dans le sens de sa position sur cette question est exagérée vu la pertinence potentiellement négligeable de ces faits, et cite les observations du juge Campbell Miller dans la décision *HSBC Bank Canada*.

[166] Enfin, Burlington soutient que la façon de prendre en considération le soutien implicite de BRI à l'endroit de Burlington dans le cadre de l'analyse de l'article 247 est une des questions fondamentales que doit trancher le juge au procès.

### Décision de la Cour

[167] La question 2504 est pertinente et appelle une réponse. Elle cherche à connaître les faits sur lesquels repose la position selon laquelle la cote de solvabilité de Burlington serait la même que celle de la société ayant contracté la dette, comme cela ressort des lettres de la banque d'investissement.

[168] Cependant, je suis d'avis que les questions 2512 et 2513 sont injustifiées et que l'appelante n'est pas tenue d'y répondre puisqu'elles reposent sur l'opinion d'une personne dans le cadre de l'interrogatoire préalable.

### Catégories 11 à 19 : Demandes de repérage de documents

Questions 2259, 2264, 2279, 2289, 2294, 2370, 2375, 2396, 2401, 2422, 2447 et 2452

[169] Burlington a accepté de répondre à la plupart des questions de ces catégories. Elle maintient toutefois son refus de répondre à la question suivante :

[TRADUCTION]

Si les documents ont déjà été produits et qu'ils sont en la possession de l'appelante ou de l'intimée, pouvez-vous fournir la liste de ces documents accompagnés de leur numéro de production?

### Thèse de l'intimée

[170] L'intimée soutient qu'il est approprié de demander à Burlington de préciser l'emplacement des documents de réponse fournis vu la façon dont elle a produit ses documents. Selon elle, il ne s'agit pas d'un regroupement de documents par sujet, et elle ne demande pas le produit du travail des avocats de Burlington. L'intimée déclare qu'elle a inclus dans ses productions tous les documents que Burlington a remis à l'ARC à l'étape de la vérification (les documents de l'IRS sont répartis dans 18 boîtes sans aucune description (« le monceau de documents »)). L'intimée ajoute que la liste de Burlington ne compte que 72 documents et que ceux-ci découlent de demandes d'AIPRP portant sur des milliers de documents sans description.

### Thèse de Burlington

[171] Burlington soutient qu'il est inapproprié de demander à l'avocat de la partie adverse de regrouper les documents par sujet et s'appuie sur la décision du juge Bowie rendu à l'occasion de l'affaire *Teelucksingh*<sup>72</sup>. Si Burlington devait faire le tri des documents en la possession de l'intimée afin de repérer les documents pertinents produits par Burlington et ceux produits par l'intimée, elle serait tenue d'investir [TRADUCTION] « beaucoup de temps et d'énergie pour obtenir des renseignements que [l'intimée] “a les moyens de connaître”<sup>73</sup> », une situation qu'il faut éviter lors de l'interrogatoire préalable.

### Décision de la Cour

[172] Je suis d'avis que ce que demande l'intimée équivaut à un regroupement de documents. Elle demande le produit d'un travail. Burlington devrait rechercher les documents demandés et dresser ensuite la liste des documents figurant déjà dans sa propre liste de documents ou dans celle de l'intimée, avec les numéros de production.

[173] J'ose espérer que, si Burlington constate qu'un document associé à ces questions a déjà été produit par elle ou par l'intimée, elle en avisera l'intimée. Telle serait la bonne démarche.

### Catégorie 20 : Demande de production de la version finale de la note de service

#### Questions 294 et 296

[174] Je reproduis ces questions ici par souci de clarté.

[TRADUCTION]

Question 294 – Certains documents semblent être une note de service. Il en existe de nombreuses versions. Pourriez-vous faire en sorte que je sache quel document a été utilisé comme marche à suivre avant, disons, la première transaction exécutée le 12 février 2001?

Question 296 – Pourriez-vous vérifier pour moi s'il existe une version définitive de la note de service et m'en transmettre la copie?

---

<sup>72</sup> *Teelucksingh*, précitée.

<sup>73</sup> *HSBC Bank Canada*, précité, au paragraphe 4.

### Thèse de l'intimée

[175] Selon l'intimée, le refus de Burlington de répondre à la question est inapproprié compte tenu de la quantité colossale de documents produits par Burlington au ministre dans le cadre de la vérification (ce que l'on a appelé le « monceau de documents »).

### Thèse de Burlington

[176] Burlington soutient que la version définitive de la note de service a déjà été remise à l'intimée. Par conséquent, il est injustifié de lui demander de regrouper les documents par matières.

### Décision de la Cour

[177] Durant l'interrogatoire préalable, un avocat de Burlington a déclaré que, si l'intimée devait communiquer à M. Delk les diverses versions de la note de service et lui demander de confirmer laquelle était la version finale, alors [TRADUCTION] « il s'agirait d'une question différente<sup>74</sup> ».

[178] L'intimée doit savoir quel document constitue la version finale de la note de service. Il va sans dire que la question est pertinente. Il s'agit ici d'un document précis. Burlington sait quel document constitue la version finale et doit l'indiquer à l'intimée.

### Catégorie 21 : Demande de documents sur les négociations des garanties

#### Question 1605

[179] L'intimée a demandé à M. Delk de rechercher et de communiquer tout document au sujet des négociations menées entre Burlington et BRI quant aux commissions de garantie, outre les accords de commissions de garantie conclus.

---

<sup>74</sup> Interrogatoire préalable de Chris Delk, le 16 juillet 2014, aux pages 120 et 121, lignes 20 à 5.

Thèse de l'intimée

[180] L'intimée déclare que la question est pertinente puisqu'elle touche les facteurs pris en compte durant les négociations, à savoir si l'avantage fiscal était un facteur de motivation, et si un prix plus élevé a été envisagé pour les commissions de garantie.

Thèse de Burlington

[181] Burlington déclare que cette question est inappropriée parce qu'elle est trop large et qu'elle ne se limite pas aux documents en possession d'une partie donnée ou à une période donnée. De plus, tout document produit serait non pertinent. Selon Burlington, que les commissions de garantie aient fait l'objet de négociations laborieuses ou qu'elles aient été convenues de prime abord ne permet pas de déterminer si le prix était équivalent à un prix de pleine concurrence.

[182] Durant l'audience, un avocat de Burlington a déclaré qu'aucun mystère ne plane sur l'établissement des commissions de garantie. Il a renvoyé à la réponse à la question 587, soit qu'Ernst & Young a recommandé que BRI facture une commission de garantie à Burlington. Il a ensuite ajouté que M. Delk a déjà répondu à des questions identiques. En effet, Burlington a répondu à une question semblable, soit la question 919. M. Delk a répondu qu'il n'était au courant d'aucun document ou renseignement relatif aux négociations de Burlington ou de BRI quant au prix des commissions de garantie. Il a ensuite été demandé à Burlington de confirmer que, si elle avait connaissance de tels documents ou renseignements, elle les communiquerait. Au procès, un avocat de Burlington a résumé ainsi la réponse quant à cette confirmation :

[TRADUCTION]

Et c'est dans ce contexte (c.-à-d., Ernst & Young indiquant qu'une commission devrait être facturée pour les garanties) qu'il est demandé à Burlington de vérifier dans les entrepôts de documents s'il y avait quoi que ce soit d'autre, même si nous avons déjà confirmé qu'il n'y avait rien et qu'elle connaissait les raisons pour lesquelles des commissions de garantie avaient été établies et comment le montant avait été fixé, vu le témoignage de M. Delk à l'interrogatoire préalable.

[183] Enfin, Burlington soutient que le principe de proportionnalité et la politique de conservation des documents l'emportent sur la pertinence de tout autre document.

### Décision de la Cour

[184] Je conviens que Burlington a déjà répondu à une question similaire. Cependant, je rejette sa thèse portant que la question est trop large et qu'elle donnerait lieu à la production de documents non pertinents. Au contraire, je conclus que la question est pertinente puisque, à propos de la question 916 et des suivantes, M. Delk a présumé qu'il y avait eu des négociations entre BRI et Burlington relativement aux commissions de garantie. Si des négociations ont eu lieu, il serait logique qu'il existe des documents à cet effet.

[185] Cela dit, à l'audience, les avocats de Burlington ont confirmé clairement qu'il n'existe nul document portant sur les négociations. Par conséquent, Burlington n'a pas à répondre à une question qui a déjà reçu une réponse claire.

### Catégorie 22 : Demandes de documents touchant un sujet précis

#### Questions 2132 à 2136 et 2142 à 2156

[186] L'intimée a demandé à M. Delk de vérifier si ConocoPhillips, BRI ou Burlington dispose de documents faisant état de la responsabilité d'un actionnaire en raison d'une mesure prise par une SARINE qui enfreint ses dispositions ou celles du *Nova Scotia Companies Act*.

[187] L'intimée a ensuite demandé à M. Delk de vérifier si ConocoPhillips, BRI ou Burlington a en sa possession des documents de correspondance entre Burlington et/ou BRI et les vérificateurs des sociétés à partir d'un an avant la constitution en personne morale de l'appelante jusqu'au 31 décembre 2005, et qui se rapportent aux questions en litige (p. ex., soutien implicite, continuité de l'exploitation ou autres types d'évaluation, solvabilité, garanties de la société mère, engagements).

[188] L'intimée a également demandé à M. Delk de vérifier si ConocoPhillips, BRI ou Burlington possède des documents de correspondance entre Burlington et/ou BRI et les conseillers externes des sociétés à partir d'un an avant la constitution en personne morale de l'appelante jusqu'au 31 décembre 2005, et qui se rapportent aux questions en litige (p. ex., soutien implicite, continuité de l'exploitation ou autres types d'évaluation, solvabilité, garanties de la société mère, engagements).

[189] Enfin, l'intimée a demandé à M. Delk de vérifier si ConocoPhillips, BRI ou Burlington possède des documents de correspondance entre Burlington et/ou BRI et les banques avec qui faisaient affaire ces sociétés à partir d'un an avant la constitution en personne morale de l'appelante jusqu'au 31 décembre 2005, et qui se rapportent aux questions en litige (p. ex., soutien implicite, continuité de l'exploitation ou autres types d'évaluation, solvabilité, garanties de la société mère, engagements).

[190] Pour chaque série de questions, il lui a également été demandé de fournir les documents qui n'ont pas déjà été produits.

### Thèse de l'intimée

[191] Les questions se rapportent à des points soulevés dans les actes de procédure. À titre d'exemple, le statut de Burlington en tant que SARINE est soulevé dans les actes de procédure, et les questions relatives à la responsabilité de BRI à l'égard des dettes de Burlington sont pertinentes en ce qui a trait à la fois au critère de l'objet et au soutien implicite. Enfin, l'intimée soutient que des documents pertinents devraient être versés [TRADUCTION] « aux dossiers relatifs aux transactions visées par l'appel<sup>75</sup> ». Elle souligne également que le libellé de chaque question doit être examiné. Plus précisément, l'intimée fait valoir que de nombreuses questions de la présente catégorie ne cherchaient à obtenir que des documents de correspondance entre des parties données<sup>76</sup>. L'intimée soutient que ses demandes ne sont pas excessives, qu'elles n'exigent aucune recherche élargie et qu'elles ne constituent pas une recherche à l'aveuglette.

### Position de Burlington

[192] Selon Burlington, ces demandes sont beaucoup trop larges et l'obligeraient à effectuer des recherches démesurées par rapport à la pertinence des documents qu'elles lui permettraient de produire. Les questions qui visent à obtenir que Burlington détermine les documents pertinents déjà en la possession de l'intimée équivalent à demander le produit de travail de l'avocat. Burlington fait remarquer que les demandes de l'intimée ne se limitent pas aux documents que contrôle une partie donnée et qu'elles obligeraient les sociétés mères et elle-même à entreprendre une

---

<sup>75</sup> Observations écrites de l'intimée – refus injustifié de répondre aux questions de la catégorie 22.

<sup>76</sup> Transcription découlant de la requête, jour 4, à la page 101, lignes 16 à 28 et à la page 102, lignes 1 à 7.

recherche laborieuse dans leurs dossiers afin de récupérer des documents d'une pertinence négligeable. Les demandes pourraient également englober des documents qui évoquent à peine un des sujets susmentionnés (qualité de SARINE, soutien implicite, etc.). Burlington cite la décision *HSBC Bank Canada* pour affirmer que ces exigences sont trop larges et, par conséquent, inappropriées.

[193] Burlington renvoie également à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée. De plus, M<sup>me</sup> Hoang décrit une politique générale d'entreprise qui exige que soit détruit tout [TRADUCTION] « document temporaire » après un an de conservation. Par conséquent, Burlington juge qu'il est peu probable qu'une recherche [TRADUCTION] « colossale » dans ses dossiers permette de récupérer un nombre significatif de documents pertinents.

### Décision de la Cour

[194] Les questions de la présente catégorie sont trop vagues et larges. Elles ne sont pas suffisamment précises. À titre d'exemple, qu'est-ce que l'intimée entend par [TRADUCTION] « continuité de l'exploitation »? Demande-t-elle la production de toutes les garanties fournies par la société mère? Quels sont les [TRADUCTION] « autres types d'évaluation » demandés? Qu'est-ce que l'intimée entend par [TRADUCTION] « conseillers externes »? S'agit-il des comptables, des consultants ou des avocats? La même question se pose au sujet des banques : de quelles banques parle-t-elle? Burlington n'est pas tenue de répondre à ces questions.

### Catégorie 23 : Documents relatifs aux garanties

#### Questions 2173 à 2178

[195] L'intimée a demandé à M. Delk de produire des documents confirmant le fait qu'il a été demandé à BRI de fournir la garantie en cause en l'espèce. Elle lui a demandé de se renseigner à ce sujet auprès de Burlington, de BRI et de ConocoPhillips.

### Thèse de l'intimée

[196] L'intimée soutient que les documents demandés se rapportent précisément à sa thèse fondée sur les alinéas 18(1)a) et s20(1)e.1) de la Loi, qui consiste à savoir si les



commissions de garantie ont été versées à une entité avec laquelle il existe un lien de dépendance dans le but de gagner un revenu.

[197] Toute demande similaire de Burlington est pertinente quant aux facteurs pris en considération au moment d'établir les commissions de garantie et le montant. En outre, l'intimée soutient à nouveau que des documents pertinents devraient être versés [TRADUCTION] « aux dossiers relatifs aux transactions visées en l'espèce<sup>77</sup> ». De plus, l'intimée soutient que ses demandes ne sont pas excessives et qu'elles ne constituent pas une recherche à l'aveuglette.

### Thèse de Burlington

[198] Selon Burlington, cette demande vise à obtenir des renseignements non pertinents quant à l'appel et l'obligerait à effectuer des recherches démesurées par rapport à la pertinence des documents qu'elles lui permettraient de produire. Enfin, la question enjoignant Burlington à déterminer les documents pertinents déjà en la possession de l'intimée équivaut à demander le produit du travail de l'avocat. Burlington soutient que le but des commissions de garantie ne constitue pas une question en litige en l'espèce, puisqu'il ne semble pas controversé entre les parties sur le fait que les garanties étaient nécessaires pour Burlington. Par conséquent, la question de savoir si Burlington a demandé les garanties à BRI n'est pas pertinente.

[199] Burlington renvoie également à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale de destruction de documents après une période donnée. D'après l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, il existe une politique générale d'entreprise qui exige que soit détruit tout [TRADUCTION] « document temporaire » après une période maximale de un an. Burlington ajoute que l'information demandée est d'une pertinence négligeable, voire nulle, quant à la question de la déductibilité visée par l'alinéa 18(1)a) de la Loi.

---

<sup>77</sup> Observations écrites de l'intimée – refus injustifié de répondre aux questions de la catégorie 23.

### Décision de la Cour

[200] Ces questions appellent une réponse puisqu'elles sont pertinentes quant à la thèse de l'intimée fondée sur les alinéas 18(1)a) et 20(1) e.1) de la Loi. Je limiterai la recherche aux « dossiers relatifs aux transactions visées en l'espèce ».

### Catégorie 24 : Documents relatifs aux commissions de garantie

#### Question 2182

[201] L'intimée a demandé à M. Delk de produire des documents qui font état de contreparties, de raisons et/ou de demandes relatives aux commissions de garantie qui sont en cause en l'espèce.

### Thèse de l'intimée

[202] L'intimée soutient que l'information recherchée se rapporte au but des commissions de garantie, dont il est question dans les actes de procédure, et renvoie la Cour à la réponse de M. Delk à la question 2179 :

[TRADUCTION]

Question 2179 – Monsieur Delk, existe-t-il des documents qui font état de contreparties, de raisons et/ou de demandes relatives aux commissions de garantie qui sont en cause en l'espèce?

M. Delk a répondu à la question par l'affirmative.

### Thèse de Burlington

[203] Burlington soutient que cette question est vague et beaucoup trop large, car elle ne se limite pas à une période particulière ou aux documents en la possession d'une partie donnée. Même si la question ne se limitait qu'aux documents en possession de Burlington, de BRI ou de ConocoPhillips, il s'agit toujours d'une demande de production de tous les documents faisant état de « contreparties » au sujet des commissions de garantie, des raisons pour lesquelles Burlington a payé les commissions de garantie, des raisons pour lesquelles BRI a exigé les commissions de garantie ou de toute demande d'une entité relative aux commissions de garantie. Burlington soutient que, en conséquence, la notion de « contreparties » est

extrêmement vague et ratisse beaucoup trop large. Burlington cite la décision *HSBC Bank Canada* pour soutenir que ces exigences sont exagérées et donc inappropriées.

[204] En outre, Burlington souligne que cette question donnera nécessairement lieu à la production de documents non pertinents puisque l'intimée demande tous les documents, même ceux indiquant une raison pour laquelle BRI a réclamé les commissions de garantie. En plus de faire valoir que les raisons pour lesquelles l'on a facturé ou réclamé une commission de garantie ne sont pas pertinentes en l'espèce, Burlington soutient que cette demande exigerait la production de documents qui n'ont rien à voir même avec ces questions non pertinentes.

[205] Enfin, Burlington renvoie à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale de destruction de documents après une période donnée. De plus, l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang précise qu'il existe une politique générale d'entreprise qui exige que soit détruit tout [TRADUCTION] « document temporaire » après une période de conservation maximale d'un an.

### Décision de la Cour

[206] Je suis d'avis que cette question est pertinente et que l'appelante doit y répondre. Il s'agit manifestement d'une question en litige dans les actes de procédure. De plus, M. Delk a confirmé l'existence de ces documents.

### Catégorie 25 : Documents concernant la cote de solvabilité de BRI

#### Questions 2318 à 2322

[207] L'intimée a demandé à M. Delk de produire tous les rapports de solvabilité officiels et non officiels ainsi que tous les documents fournis à BRI par une agence d'évaluation du crédit ou une agence de crédit qui indiquent la cote de solvabilité de BRI et/ou sa qualité de crédit de 2000 à 2005. Pour ce faire, il doit vérifier auprès de BRI et de ConocoPhillips si de tels documents existent et les produire. L'intimée demande également à Burlington de lui préciser si ces documents figurent déjà dans sa liste de documents ou dans la sienne.

### Thèse de l'intimée

[208] Les documents demandés sont des documents d'entreprise directement liés à la cote de solvabilité de BRI, qui aideront l'intimée à déterminer la cote de solvabilité de Burlington et de ses débiteurs.

### Thèse de Burlington

[209] Burlington soutient que cette demande vise à obtenir des renseignements non pertinents. Elle affirme également que la pertinence de tout renseignement ainsi produit est disproportionnée vu les efforts qu'elle devra déployer pour la satisfaire.

[210] Burlington renvoie à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang qui fait état du roulement de personnel observé durant la période visée et d'une politique générale de destruction de documents après une période donnée pour me donner une idée de la recherche laborieuse qu'exigerait la production de ces documents.

### Décision de la Cour

[211] Ces questions appellent une réponse. Il va sans dire que les cotes de solvabilité sont pertinentes en l'espèce. Cependant, je rappelle que Burlington n'est pas tenue de préciser à l'intimée si les documents ont déjà été produits. Cela dit, si Burlington sait qui possède les documents à produire, il conviendrait qu'elle en informe l'intimée.

### Catégorie 26 : Documents pertinents communiqués par BRI à la SEC

#### Questions 2323 à 2327

[212] L'intimée a demandé à M. Delk de produire tous les documents publics de la Securities Exchange Commission des États-Unis, y compris les formulaires 6-K pour les années allant de 2001 à 2005 et tous les autres documents fournis par BRI à la SEC qui touchent les questions visées par l'appel. S'ils ont déjà été produits, est-il possible de préciser à l'intimée où ils se trouvent?

### Thèse de l'intimée

[213] Les documents demandés devraient être des documents ordinaires d'entreprise directement liés à la cote de solvabilité de BRI qui aideront l'intimée à déterminer la

cote de solvabilité de Burlington et de ses débiteurs. Ces documents contiendraient des renseignements sur les garanties et peut-être d'autres garanties fournies par BRI durant la période visée. Il est également possible que ces documents portant sur des faits qui pourraient donner une indication quant à l'existence d'un soutien implicite.

### Thèse de Burlington

[214] Burlington soutient que cette demande vise à obtenir des renseignements non pertinents. Elle ajoute que toute question exigeant que ses avocats regroupent les documents par matières cherche à obtenir indûment le produit de travail des avocats de la partie adverse. Burlington souligne aussi que ces documents sont accessibles au public.

### Décision de la Cour

[215] Je m'appuie sur le paragraphe 54 de la décision *HSBC Bank Canada* pour conclure que, si Burlington ou BRI a recueilli cette information, elle doit la communiquer à l'intimée. Cependant, si, après une recherche adéquate, cette information demeure introuvable, l'intimée devra se la procurer elle-même puisqu'il s'agit de documents publics.

### Catégories 27 et 28 : Documents de correspondance de Burlington Resources Canada Corporation ou la concernant, de 2001 à 2005, et documents de correspondance de Burlington Resources Canada (Hunter) Limited ou la concernant

Questions 2356 à 2360, 2381 à 2386, 2407 à 2412 et 2433 à 2437

[216] L'intimée a demandé à M. Delk de produire les documents de correspondance de Burlington Resources Canada Corporation ou la concernant, de 2001 à 2005, et qui portent sur des questions visées par l'appel (p. ex., soutien implicite, continuité de l'exploitation ou autres types d'évaluation, solvabilité, garanties de la société mère, engagements). L'intimée a également demandé la production de documents semblables de Hunter ou BRCEL ou qui les concernent. L'intimée souhaite que M. Delk demande à Burlington, à BRI, à ConocoPhillips et à Burlington Resources Canada Corporation si de tels documents existent.

Thèse de l'intimée

[217] Les documents demandés sont des documents ordinaires conservés de concert avec l'évolution des transactions en cause. Ils lui permettront d'établir l'objectif du paiement de commissions de garantie, ce qui est pertinent quant à leur déductibilité au titre des alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi. De plus, l'intimée soutient que les documents de Hunter, dans la mesure où ils montrent son importance stratégique au sein du groupe de sociétés, seraient pertinents relativement au soutien implicite, et, par conséquent, les commissions de garantie d'une entité sans lien de dépendance seraient déterminées selon l'article 247 de la Loi. L'intimée soutient que ses demandes ne sont pas exigeantes et qu'elles ne constituent pas une recherche à l'aveuglette.

Thèse de Burlington

[218] Burlington soutient que ces questions ratissent trop large, qu'elles visent à obtenir des renseignements non pertinents, que le fardeau qu'elles imposeraient serait disproportionné vu la piètre pertinence des renseignements qui pourraient être produits et qu'elles obligerait ses avocats à regrouper les documents par matières.

[219] Selon Burlington, exiger la vérification des documents de correspondance de trois entités qui ne sont pas parties à la présente procédure est exagéré. Burlington cite aussi la décision *HSBC Bank Canada* pour faire valoir qu'il est exagéré de demander des documents qui ne font que mentionner les questions en cause. Burlington fait remarquer que l'intimée invoque l'alinéa 18(1)a) de la Loi pour justifier ses demandes de documents, mais ne précise pas les faits sur lesquels reposent ces demandes. Burlington cite aussi l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale de destruction de documents après une période donnée. L'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang fait état d'une politique générale d'entreprise qui exige que soit détruit tout [TRADUCTION] « document temporaire » après une période maximale de un an. Par conséquent, Burlington soutient que ces questions ne permettraient pas de produire quoi que ce soit de pertinent qui soit proportionnel aux efforts excessifs qu'elle devrait déployer pour y répondre.

### Décision de la Cour

[220] Ces questions n'appellent nulle réponse. Elles touchent tous les documents de correspondance de Burlington Resources Canada ou qui la concernent et tous ceux de Hunter ou de BRCEL ou qui les concernent. Il aurait fallu demander à BRI, Burlington, ConocoPhillips et Burlington Resources Canada Corporation tous les documents qui portent sur les questions visées par l'appel (p. ex., soutien implicite, continuité de l'exploitation ou autres types d'évaluation, solvabilité, garanties de la société mère, engagements). Je souscris à l'observation formulée par le juge Campbell Miller à l'occasion de l'affaire *HSBC Bank Canada*, qui confirme que ce genre de questions est trop large.

### Catégorie 29 : Cotes de solvabilité de BRCC

#### Questions 2361 à 2365

[221] L'intimée a demandé à M. Delk de produire tous les rapports de solvabilité officiels ou non officiels ainsi que tous les documents connexes communiqués à Burlington Resources Canada Corporation ou à BRI par une agence d'évaluation du crédit ou une agence de crédit qui indiquent la cote de solvabilité de Burlington Resources Canada Corporation et/ou sa qualité de crédit pour la période allant de 2001 à 2005 ou de lui indiquer par ailleurs où ces documents se trouvent.

### Thèse de l'intimée

[222] Les documents demandés sont des documents ordinaires concernant les opérations de BR Canada qui sont fort probablement conservés. Ils jettent la lumière sur le soutien implicite que BRI assurerait à BR Canada en cas de difficultés financières, ce qui constitue un facteur clé signalé dans les lettres de la banque d'investissement auxquelles fait référence Burlington à l'appui de sa position. L'intimée soutient que ses demandes ne sont pas exigeantes et qu'elles ne constituent pas une recherche à l'aveuglette.

### Thèse de Burlington

[223] Burlington soutient que ces questions visent à obtenir des renseignements non pertinents, que le fardeau qu'elles imposeraient serait disproportionné au regard des renseignements pertinents qui pourraient être produits et qu'elles obligeraient ses

avocats à regrouper les documents par matières. Burlington signale aussi que la cote de solvabilité pertinente de BRCC est celle qu'elle avait au moment de la transaction hybride. Elle considère que les variations dans le temps de la cote de solvabilité ne sont pas pertinentes en l'espèce. De plus, la cote de solvabilité de BRCC n'a rien à voir avec l'importance stratégique de BRCC au sein du groupe de sociétés. Burlington soutient que nul renseignement supplémentaire sur les évaluations effectuées durant cette période ne doit être communiqué à l'intimée.

### Décision de la Cour

[224] Ces questions appellent une réponse. La cote de solvabilité ou la qualité de crédit de la société sœur BRCC est pertinente. Burlington a prêté à BRCC les fonds pour lesquels certains billets sont en cause en l'espèce. En outre, la cote de solvabilité de BRCC a été appliquée à Burlington. Les questions sont pertinentes au regard du paragraphe 247(2) de la Loi.

Catégorie 30 : Onglet E du dossier de la requête de l'intimée, volume 1 de 3. Transactions financières de Burlington Resources Canada de 2001 à 2003, documents hybrides regroupés

### Question 3937

[225] L'intimée a demandé à M. Delk si l'entente entre Burlington et BRCI (maintenant BRCL) dont il est question dans la lettre datée de février 2001 au sujet de la caractérisation des intérêts sur un billet a été signée et, dans l'affirmative, s'il est possible d'en obtenir la copie signée.



### Thèse de l'intimée

[226] L'intimée soutient que la question des transactions financières hybrides est soulevée dans la réponse (particulièrement les faits essentiels énoncés à l'alinéa 10d) relativement aux instruments hybrides). Les documents hybrides sur le financement portent sur la question du prix de transfert et sur la thèse de l'intimée fondée sur les alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi.

### Thèse de Burlington

[227] Burlington soutient que cette question vise à obtenir des renseignements non pertinents et que le fardeau qu'elle imposerait serait disproportionné au regard des renseignements pertinents qui pourraient être produits. Elle soutient que la nature hybride des transactions qui permet de demander la déduction des intérêts sur une dette n'est pas pertinente en l'espèce. La déductibilité des intérêts n'est pas en cause, et il s'ensuit que ces renseignements sur un des instruments hybrides ne sont pas pertinents en l'espèce. En outre, Burlington soutient qu'il serait très difficile de retrouver la copie signée de l'entente compte tenu du roulement de personnel observé durant la période visée. Par conséquent, Burlington estime que ces questions ne permettraient de produire rien de pertinent qui soit proportionnel aux efforts excessifs qu'elle devrait déployer pour y répondre.

### Décision de la Cour

[228] Le document intitulé *Burlington Resources Canadian Financing Transactions 2001 to 2003 - Consolidated Hybrid Documents* à l'onglet E, porte sur les transactions financières de Burlington Resources Canada de 2001 à 2003 et regroupe les documents hybrides; il constitue le résumé de toutes les transactions hybrides exécutées entre 2001 et 2003. Ce document renvoie à la lettre datée de février 2001 portant sur une entente entre Burlington et BRCI (maintenant BRCL) et sur la caractérisation des intérêts sur un billet (*Letter dated February – 2001 between Burlington BRCI (now BRCL) re: characterization of interest on Note*).

[229] Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Burlington a démontré que le document n'est pas pertinent puisqu'il porte sur la déductibilité des intérêts, laquelle n'est pas en cause en l'espèce. Durant l'interrogatoire préalable, M. Delk a expliqué que le document intitulé *Letter agreement dated August 24, 2001, between Burlington and BRCL re: characterization of interest Note*, qui est une lettre

d'entente du 24 août 2001 entre Burlington et BRCL relativement à la caractérisation des intérêts sur un billet, ne porte que sur le traitement fiscal de la déduction des intérêts. Le document demandé par l'intimée porte le même titre, mais une date antérieure. Demander à Burlington de rechercher un document qui n'est probablement pas pertinent n'est pas acceptable et constitue une exigence disproportionnée.

### Catégorie 31 : Opinion de JP Morgan

Questions 4014, 4015, 4020 et 4021

[230] Au sujet d'une lettre d'opinion fournie par JP Morgan, l'intimée a demandé à M. Delk si JP Morgan a pris en considération, dans l'ensemble ou en partie, des accords de contribution, des orientations ou des contrats d'achat à terme recensés dans le document intitulé *Burlington Resources Canadian Hybrid Financing Transactions, 2001 to 2003 - Consolidated Hybrid Documents* au moment de préparer la lettre. Dans la négative, l'intimée a demandé à M. Delk les raisons pour lesquelles cela n'a pas été fait.

[231] À l'audience, l'intimée a précisé ses questions et a demandé quelle information BRI avait donnée, à titre de garant, à JP Morgan. Les questions consistent donc à déterminer si BRI a fourni à JP Morgan les accords de contribution, les orientations ou des contrats d'achat à terme énoncés dans le document *Burlington Resources Canadian Hybrid Financing Transactions, 2001 to 2003* aux fins de préparation de cette lettre.

### Thèse de l'intimée

[232] L'intimée soutient qu'il est pertinent de savoir ce que BRI a communiqué à JP Morgan dans le but d'établir les commissions de garantie.

### Thèse de Burlington

[233] À l'audience, les avocats de Burlington ont donné à la Cour plusieurs exemples de questions posées qui ont reçu une réponse appropriée et qui permettent à l'intimée de savoir exactement quelle information a été communiquée à JP Morgan aux fins de son examen. Burlington ajoute que la lettre d'opinion de JP Morgan renvoie explicitement aux ententes de souscription, ce qui démontre que des

renseignements sur les transactions hybrides ont été communiqués et qu'ils ont été pris en considération.

[234] Pour ce qui est de l'information que JP Morgan a prise en considération pour formuler son opinion, Burlington soutient que la question vise à obtenir des renseignements en possession de JP Morgan, qu'elle est injustifiée et que les efforts à déployer pour y répondre seraient disproportionnés. Burlington soutient que la Couronne tente injustement d'examiner les actions de JP Morgan par l'entremise de M. Delk, qui ne peut pas savoir les éléments que JP Morgan a pris en considération. D'après Burlington, il n'est pas approprié de lui demander ces renseignements information alors que la Couronne peut les demander directement à JP Morgan.

[235] Burlington renvoie également à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang susmentionné, dans lequel elle fait état du roulement de personnel observé durant la période visée et d'une politique générale de destruction de documents après une période donnée. Par conséquent, Burlington estime que ces questions ne permettraient de produire quoi que ce soit de pertinent qui soit proportionnel aux efforts excessifs qu'elle devrait déployer pour y répondre.

### Décision de la Cour

[236] Comme Burlington, je suis d'avis que les questions 4014, 4015, 4020 et 4021 telles quelles ont été posées à l'interrogatoire préalable consistent à rechercher [TRADUCTION] « si JP Morgan a tenu compte de la nature hybride des transactions ». Puisque JP Morgan ne fait pas partie du même groupe de sociétés que Burlington, je suis d'avis que l'intimée aurait dû déposer une requête qui aurait pu lui permettre d'interroger un tiers au sujet de ces questions.

[237] Cela dit, l'intimée a clairement précisé à l'audience que les questions étaient les suivantes : [TRADUCTION] « BRI a-t-elle informé les banques d'investissement des transactions financières hybrides? Dans l'affirmative, que leur a-t-elle communiqué comme information? »

[238] Au procès, Burlington a soutenu qu'elle avait déjà répondu à ces questions aux points 25, 26 et 27 des réponses aux engagements, volume 3 du dossier de requête de l'intimée. Je crois comprendre des réponses aux engagements, c'est que BRI aurait mentionné les transactions financières hybrides aux spécialistes des services de banque d'investissement. En outre, Burlington a mentionné les lettres envoyées par

certaines de ses employés aux spécialistes des services de banque d'investissement aux points 1226 et 2943 de la liste de documents de l'intimée. Par conséquent, ces questions sont très pertinentes. Vu que je n'ai pas accès au contenu de ces documents, j'ordonnerai à Burlington de répondre aux questions qui visent à savoir ce que BRI a communiqué à JP Morgan relativement à la lettre figurant à la pièce 29. Si l'information figure aux points 1226 et 2943 de la liste de documents de l'intimée, Burlington pourra aisément répondre aux questions.

Catégorie 32 : Opinion de Burlington quant aux lettres de Morgan Stanley, Citibank et JP Morgan

Questions 4005, 4027, 4028, 4044, 4045, 4059, 4060, 4072 et 4073

[239] L'intimée a demandé à M. Delk quelle est la position de Burlington quant à la question de savoir si JP Morgan, Morgan Stanley et Citigroup auraient dû prendre en compte, en tout ou en partie, les accords de contribution, des orientations et/ou des contrats d'achat à terme énumérés à la pièce 2, relativement à la lettre figurant à la pièce 28.

Thèse de l'intimée

[240] L'intimée affirme que ces questions sont appropriées et qu'elles visent à connaître la position de Burlington relativement aux facteurs à prendre en compte au moment de calculer les commissions de garantie. Puisque Burlington se sert des lettres de la banque d'investissement à l'appui de ses arguments quant aux efforts raisonnables et éviter ainsi l'imposition de pénalités, l'intimée déclare qu'elle doit connaître la position de Burlington au sujet de l'exactitude de ces lettres pour se préparer au procès. L'intimée ajoute que ces questions l'aideront à comprendre la position de Burlington relativement à ce que les commissions de garantie auraient dû être.

Thèse de Burlington

[241] Burlington soutient que toutes ces questions visent, de manière inappropriée, à connaître la méthode adéquate à utiliser pour déterminer sa cote de solvabilité. Burlington soutient que les questions visant à obtenir des renseignements sur l'opinion d'une partie au sujet de la méthode appropriée à employer pour déterminer la cote de solvabilité aux fins de l'application de l'approche axée sur le taux de

rendement ne sont pas légitimes puisque la question de fond est soumise à l'examen du juge au procès, qui s'appuiera sur les observations d'un expert. Selon Burlington, le fait que ces questions l'obligent à formuler une opinion sur la façon dont une tierce partie aurait dû calculer sa cote de solvabilité les rend encore plus inappropriées.

### Décision de la Cour

[242] Je retiens la thèse de Burlington. L'intimée cherche à obtenir une opinion sur la méthode de détermination de la cote de solvabilité. Il n'est pas nécessaire de répondre à ces questions.

### Catégorie 33 : Modifications liées au paiement comptant

#### Questions 2201 à 2205

[243] L'intimée a demandé à M. Delk de produire les documents mentionnant les points pris en compte et/ou les raisons des modifications liées au paiement comptant qui ont été effectuées autour du 5 février 2002 et du 15 avril 2003 ou d'indiquer où ces documents se trouvent, comme cela est précisé aux points 10d)(iv) et (v) de la réponse à l'avis d'appel.

### Thèse de l'intimée

[244] L'intimée soutient que les modifications sont énoncées dans la réponse et qu'elles font partie intégrante des transactions relatives aux garanties et aux commissions de garantie. Tout comme l'information liée aux transactions hybrides, ces questions ont trait au soutien implicite et visent à déterminer si les garanties ont apporté quoi que ce soit à Burlington.

### Thèse de Burlington

[245] Selon Burlington, les paragraphes pertinents de la réponse ne font que confirmer que les modifications ont été apportées et préciser leur effet; ils ne remettent pas en question l'objet des modifications. Elle doute donc de la pertinence de l'objet des modifications au regard des questions en litige. Burlington fait également remarquer que la représentante de l'intimée, M<sup>me</sup> Fawcett, a admis en interrogatoire préalable que le fait que les intérêts aient été payés en espèces au lieu d'être payés en actions privilégiées n'a aucune incidence sur l'analyse du prix de

transfert des garanties et des commissions de garantie. Puisque les modifications relatives au paiement comptant ont été apportées après que l'on eut convenu des commissions de garantie, les précisions quant à ces modifications ne sont pas pertinentes. Burlington ajoute que les recherches connexes sont disproportionnées. Elle ajoute encore que toute question exigeant que ses avocats regroupent les documents par sujet cherche indûment à obtenir leur produit de travail.

[246] Burlington fait également référence à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale d'élimination de documents après une période donnée. Dans la mesure où l'intimée demande des documents énonçant l'objet de ces modifications ou des considérations connexes exigée par l'intimée, la nature disproportionnée de cette demande l'emporte sur la pertinence fort relative de ces questions.

#### Décision de la Cour

[247] À mon avis, ces questions ne sont pas pertinentes. La représentante de l'intimée, M<sup>me</sup> Fawcett, a admis durant l'interrogatoire préalable que les modifications liées au paiement comptant ne sont pas pertinentes quant au prix de transfert des garanties. Il n'est pas nécessaire de répondre à ces questions.

#### Catégorie 34 : Documents comptables

##### Questions 2219 à 2228

[248] L'intimée a demandé à M. Delk de produire les documents comptables de BRI et de Burlington qui se rapportent au transfert de fonds entre BRI et Burlington à partir de la date de constitution de Burlington en personne morale jusqu'au 31 décembre 2005, ou du moins d'indiquer où se trouvent ces documents.

[249] À l'audience, la Cour a été avisée que Burlington accepterait de répondre aux questions de la présente catégorie, à l'exception des questions 2223 et 2228.

[250] Par ces questions, l'intimée cherche à savoir si elle ou Burlington a déjà produit des documents à ce sujet et demande à Burlington de produire la liste de ces documents avec leur numéro de production.

### Thèse de l'intimée

[251] Les observations de l'intimée sont identiques à celles qu'elle a formulées relativement aux catégories 11 à 19.

### Thèse de Burlington

[252] La thèse de Burlington est la même que pour les catégories 11 à 19, soit que toute question exigeant que ses avocats regroupent les documents par sujet équivaut à chercher à obtenir le produit du travail des avocats de la partie adverse et constitue une demande inappropriée.

### Décision de la Cour

[253] Ma décision est la même que celle que j'ai rendue relativement aux catégories 11 à 19 : ce que demande l'intimée équivaut à une répartition de documents. Elle demande un produit de travail. Burlington devrait rechercher les documents demandés et dresser ensuite la liste des documents figurant déjà dans sa propre liste de documents et dans celle de l'intimée, avec les numéros de production.

[254] J'ose espérer que, si Burlington constate qu'un document associé à ces questions a déjà été produit par elle ou par l'intimée, elle en avisera l'intimée. C'est ainsi qu'il conviendrait d'agir.

### Catégorie 35 : Liquidité des actifs de Burlington

#### Questions 2516 à 2521

[255] L'intimée a demandé à M. Delk quelle est la position de Burlington quant à la liquidité de ses actifs durant la période en cause et chaque jour où elle a émis des obligations en 2001 et en 2002. Elle a cherché à connaître la position de Burlington, à savoir si ses actifs étaient non liquides ou très liquides. L'intimée a demandé à Burlington de lui décrire la liquidité de ses actifs au cours des années en cause et les faits sur lesquels elle s'appuiera pour démontrer le niveau de liquidité de ses actifs durant ces années.

### Thèse de l'intimée

[256] L'intimée soutient qu'elle cherche non pas à obtenir l'opinion de Burlington, mais bien à connaître les faits précis et les renseignements qui lui permettront d'étayer sa position au procès relativement à la liquidité de ses actifs, une question en cause en l'espèce. Puisque la liquidité des actifs de Burlington est intimement liée à sa santé financière, les questions de la présente catégorie visent un élément essentiel à la détermination de la cote de solvabilité réelle de Burlington durant la période en cause.

### Thèse de Burlington

[257] Burlington soutient que ces questions ne permettent pas de déterminer si les commissions de garantie ont été engagées dans le but de gagner un revenu et qu'elles n'ont aucun lien avec le prix applicable à une entité sans lien de dépendance. Selon Burlington, il n'y a nulle controverse entre les parties en ce qui a trait à la nécessité d'engager les commissions de garantie et quant à la question de savoir si les fonds empruntés ont servi à gagner un revenu. Il est soutenu que la question de la liquidité des actifs de Burlington n'est pas pertinente. Burlington affirme que, même si la question de la liquidité de ses actifs s'avérait pertinente, ce facteur serait examiné par des experts au moment de déterminer sa santé financière aux fins de l'analyse. Par conséquent, sa position quant à ses actifs est non pertinente relativement à l'opinion d'un expert sur ce sujet.

### Décision de la Cour

[258] À mon avis, il s'agit de questions de fait pertinentes quant aux questions en litige, notamment à l'évaluation de la cote de solvabilité de Burlington. Ces questions appellent une réponse. L'intimée a le droit de savoir quelle sera la position de Burlington au procès.

### Catégorie 36 : Position de Burlington au procès

#### Questions 2722 et 2724 à 2729

[259] L'intimée a demandé à M. Delk si, selon Burlington, une entité sans lien de dépendance fournirait une garantie et exigerait une commission de garantie en conséquence. Dans l'affirmative, l'intimée a demandé à Burlington le montant qu'exigerait une telle entité; elle cherchait à savoir si, selon Burlington, le montant de la commission de garantie serait supérieur ou inférieur à 50 points de base.



[260] Il a également été demandé à M. Delk si Burlington aurait été prête à payer pour une telle garantie fournie par une entité sans lien de dépendance. Sinon, les questions visent à savoir les raisons pour lesquelles Burlington n'aurait pas été prête à payer et, enfin, les modalités qui accompagneraient une telle garantie.

#### Thèse de l'intimée

[261] L'intimée soutient que les mesures prises par une entité sans lien de dépendance sont pertinentes quant à la question du prix de transfert. Elle a le droit de savoir quelle sera la position de Burlington au procès en ce qui a trait à ces questions afin qu'elle puisse se préparer en conséquence.

#### Thèse de Burlington

[262] Burlington soutient que ces questions visent de manière inappropriée à obtenir ses éléments de preuve concernant la méthode qui devrait être utilisée pour analyser le taux de rendement. Elle renvoie à son avis d'appel pour ce qui est de sa position et déclare que l'explication que recherche l'intimée serait soumise aux observations d'un expert durant le procès. Burlington se fonde sur la décision de la juge Campbell quant à la requête de Burlington relativement à cette thèse et sur la décision du juge Campbell Miller à l'occasion de l'affaire *HSBC Bank Canada*, qui confirme le fait qu'il est inapproprié de demander à Burlington de formuler des hypothèses sur ce qui aurait pu se produire des années après l'exécution des transactions en cause.

#### Décision de la Cour

[263] Les questions 2722 et 2724 appellent une réponse. Ces questions permettent de répondre par « oui » ou « non ». L'intimée doit savoir quelle sera la position de Burlington au procès.

[264] En ce qui a trait aux questions 2725 et 2726, Burlington a déclaré à la catégorie 54 : [TRADUCTION] « qu'une entité sans lien de dépendance demanderait à Burlington plus de 50 points de base ». Par conséquent, une réponse a déjà été donnée à ces questions.

[265] Je conclus que les questions 2727 à 2729 sont hypothétiques et conjecturales et qu'il n'est pas nécessaire d'y répondre.

### Catégorie 38 : Nécessité de la garantie

#### Questions 3191 à 3195

[266] L'intimée a demandé à M. Delk de lui exposer les faits dont dispose Burlington relativement à sa position selon laquelle les garanties de BRI étaient nécessaires et de produire des copies des documents confirmant sa position. Dans le cadre de cette catégorie de questions, il a été demandé à M. Delk si ce sont les investisseurs tiers qui ont exigé la garantie et s'il pouvait produire des copies de tout document confirmant la demande de garantie par ces investisseurs.

#### Thèse de l'intimée

[267] L'intimée affirme qu'il y a controverse entre les parties sur la nécessité des garanties pour Burlington. Par conséquent, l'intimée soutient que les questions sont pertinentes.

#### Thèse de Burlington

[268] Selon Burlington, le différend entre les parties est clair. Burlington affirme que les parties ont reconnu que la garantie était nécessaire pour les investisseurs tiers sans lien de dépendance. Elle précise qu'il n'y a aucun différend entre les parties pour ce qui est de savoir si elle était nécessaire pour ces investisseurs. Si c'est nécessaire pour ceux, c'était implicitement nécessaire pour Burlington.

[269] Burlington fait remarquer que l'intimée est d'avis qu'elle n'aurait pas pu être exploitée à titre de société de financement sans les garanties. Puisque le différend porte sur la question de savoir si Burlington aurait dû payer les commissions de garantie à BRI vu la redondance des garanties, elle déclare que la position des parties est claire.

#### Décision de la Cour

[270] Je rejette la thèse de Burlington. Selon l'intimée, les garanties n'étaient pas nécessaires pour Burlington; elles l'étaient seulement pour les prêteurs tiers.

[271] Il s'agit ici de questions de fait qui touchent des questions soulevées dans les actes de procédure. Par conséquent, elles sont pertinentes. Burlington doit répondre

aux questions et exposer les faits et les documents sur lesquels elle s'appuie pour déclarer qu'une garantie était nécessaire, ainsi que les faits et les documents confirmant que les investisseurs tiers exigeaient une garantie.

#### Catégorie 39 : Cote de solvabilité de Burlington

Questions 3377, 3379 à 3381, 3383 à 3385, 3387 à 3389, 3391 à 3393, 3395 à 3397, 3399 à 3401, 3403, 3405 à 3407, 3409, 3410, 3412, 3414 à 3416, 3418, 3419, 3421, 3423 à 3425, 3427 à 3429, 3431 à 3433, 3435, 3436, 3438, 3440 et 3441

[272] En ce qui a trait à la première série de questions, l'intimée a demandé à M. Delk la cote de solvabilité de Burlington aux dates suivantes, sans oublier la garantie de BRI, ainsi que les faits et les documents justificatifs :

3377. avant le 12 février 2001;

3381. le 12 février 2001;

3385. le 24 août 2001;

3389. le 16 novembre 2001;

3393. le 25 février 2002;

[273] Pour ce qui est de la deuxième série de questions, l'intimée a demandé de préciser ce qu'aurait été la cote de solvabilité de Burlington aux mêmes dates sans la garantie de BRI et d'exposer les faits et les documents le confirmant.

[274] Enfin, la troisième série de questions de l'intimée visait à savoir ce qu'aurait été la cote de solvabilité de Burlington aux mêmes dates sans la garantie de BRI, mais en tenant compte des ententes de souscription qui faisaient partie des transactions financières hybrides et à obtenir les faits et les documents justificatifs.

#### Thèse de l'intimée

[275] L'intimée soutient que ces questions sont justifiées et qu'elles appellent une réponse. La solvabilité de Burlington durant les périodes visées fait partie intégrante du différend sur le prix de transfert puisqu'elle influe directement sur le montant des commissions de garantie imposé à une entité sans lien de dépendance. L'intimée

ajoute que, jusqu'à maintenant, Burlington n'a produit que des réponses évasives à ces questions ou s'est abstenue de répondre.

### Thèse de Burlington

[276] Burlington soutient qu'elle a déjà répondu à ces questions dans la mesure la plus appropriée possible. Elle s'appuie sur les lettres de la banque d'investissement concernant sa cote de solvabilité durant les périodes pertinentes et elle fait valoir que, sans la garantie, elle n'aurait pas pu obtenir une cote d'évaluation d'investissements.

[277] Burlington soutient que, dans la mesure où ces questions vont au-delà des réponses qu'elle a déjà produites, elles sont trop générales, non pertinentes et disproportionnées. Pour ce qui est de sa cote de solvabilité aux moments précis, la partie adverse cherche à obtenir son opinion sur une question qui sera soumise à l'analyse d'un expert au procès. Plus particulièrement, Burlington fait remarquer que l'intimée demande à obtenir des faits ou des documents « relatifs » à sa position, ce qui pourrait comprendre des faits sur lesquels elle ne s'est pas appuyée ou des faits à propos des demandes qui ne sont pas pertinents aux questions en cause, ou encore des documents qui n'ont rien à voir avec les périodes visées ou qui ne sont pas en sa possession. Puisque ces faits et ces documents incluraient tous les documents qui pourraient servir à évaluer le risque économique et financier de Burlington, les efforts à déployer pour les récupérer seraient absolument colossaux. Ces documents ne touchent pas seulement une seule entreprise et pourraient comprendre les analyses de marché du secteur de l'énergie. L'appelante soutient que ces demandes ne concernent pas seulement la période durant laquelle les transactions en cause ont été effectuées.

[278] Burlington renvoie également à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale de destruction de documents après une période donnée.

### Décision de la Cour

[279] Je crois comprendre que, la première série de questions consiste à connaître la cote de solvabilité de Burlington au moment de l'émission des billets. Burlington a répondu que sa cote de solvabilité est indiquée dans les lettres de la banque d'investissement qu'elle a produites aux points 45, 46 et 47.

[280] À mon avis, cette réponse ne constitue pas une réponse aux questions de l'intimée quant à la cote de solvabilité de Burlington au moment de l'émission des billets. Si la cote de solvabilité au moment de l'émission des billets et avant le 12 février 2001 est identique à celle indiquée dans la lettre de la banque d'investissement, il n'y a rien à redire. Burlington peut confirmer facilement cette information. Si sa cote de solvabilité a changé, Burlington doit préciser quelle était sa cote de solvabilité au moment de l'émission des billets et expliquer les raisons de ce changement. Si Burlington ne sait pas quelle était sa cote de solvabilité au moment de l'émission des billets, elle doit le confirmer. Ces questions sont pertinentes, particulièrement à la lumière de la réponse de Burlington à la question 2707 et aux questions suivantes, soit que les parties (BRI et Burlington) se sont entendues sur le montant à demander au titre de commission de garantie au moment de l'entrée en vigueur de chaque accord de garantie. Puisque les parties ont convenu d'une commission de garantie au moment de chaque émission de billets, la cote de solvabilité évaluée à chacune de ces occasions est pertinente.

[281] La deuxième série de questions vise à savoir ce qu'aurait été la cote de solvabilité de Burlington sans la garantie, et celle-ci y a déjà répondu.

[282] En ce qui a trait à la troisième série de questions, Burlington n'est pas tenue d'y répondre, car l'intimée cherche à obtenir une opinion.

Catégorie 46 : Contribution pour dépenses en capital de BRI en faveur de BRCL

Questions 3587 et 3588

[283] L'intimée a produit à M. Delk la copie d'une entente entre BRI et BRCL et lui a demandé de vérifier si BRI avait déjà effectué des paiements pour BRCL dans le but de payer à Burlington les intérêts sur les billets.

Thèse de l'intimée

[284] L'intimée affirme que ces questions sont pertinentes quant aux faits importants qu'elle a plaidés relativement aux transactions, particulièrement en ce qui a trait au fait allégué selon lequel les intérêts sur les billets à ordre seraient payables à Burlington en argent comptant si BRI avait fait une dépense en capital en espèces pour BRCL. L'intimée déclare qu'elles sont également pertinentes quant aux allégations de sous-capitalisation intentionnelle de Burlington et à l'absence d'un objet véritable pour les commissions de garantie, outre la déduction fiscale qu'elles procureraient à Burlington. Ces questions touchent également le soutien implicite assuré par la société mère à BRCL, qui s'appliquerait aussi à Burlington, vu la relation entre elle et BRCL.

Thèse de Burlington

[285] Selon Burlington, ces questions sont non pertinentes et disproportionnées. Plus particulièrement, elle fait valoir qu'aucune question en litige ne touche les intérêts payés par BRCL à Burlington, et encore moins l'origine des fonds que BRCL a utilisés pour effectuer ces paiements. Par conséquent, l'entente en question ne permet pas de déterminer si les commissions de garantie sont assujetties au redressement prévu par le paragraphe 247(2) de la Loi. De plus, l'intimée a déjà admis dans le cadre de l'interrogatoire de sa représentante, M<sup>me</sup> Fawcett, que les modifications relatives au paiement comptant n'ont aucune incidence sur l'analyse du prix de transfert. Ainsi, l'entente et les questions connexes ne sont pas pertinentes en l'espèce, tout comme les questions de la catégorie 33.

[286] Burlington renvoie également à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée. Cet affidavit confirme également le fardeau qu'imposerait la récupération des relevés bancaires des entités non canadiennes au sein du groupe ConocoPhillips et des documents

comptables de BRI, de 2001 à 2006. Burlington conclut qu'elle devrait déployer des efforts colossaux et disproportionnés pour produire l'information relative à ces questions.

### Décision de la Cour

[287] Je rejette la thèse de Burlington. Les questions n'ont rien à voir avec les paiements comptants et la déductibilité des intérêts, qui ne sont pas en litige. Elles cherchent plutôt à déterminer si BRI a versé des fonds à BRCL pour que cette dernière puisse payer les intérêts dus à Burlington. Ces questions sont pertinentes quant au soutien implicite et appellent une réponse.

### B. Questions restées sans réponse

#### Catégorie 47 : Nécessité de la garantie pour Burlington

Questions 3299, 3300, 3304 et 3305

[288] L'intimée a demandé à M. Delk si Burlington prendra défendra au procès la thèse selon laquelle la garantie pour elle et si elle avancera des faits et des documents à l'appui de sa position.

[289] Voici la réponse de Burlington :

[TRADUCTION]

L'intimée soutient que la garantie était nécessaire, et l'appelante est du même avis.

#### Thèse de l'intimée

[290] L'intimée soutient que Burlington n'a pas du tout répondu à la question et qu'elle déforme sa propre thèse.

#### Thèse de Burlington

[291] Burlington affirme qu'il n'est pas controversé entre les parties que la garantie était nécessaire pour les investisseurs tiers, et que, dans ces circonstances, la garantie était nécessaire pour Burlington. Elle renvoie à l'analyse de la position de l'intimée

effectuée par la juge Campbell et souligne que l'intimée a confirmé l'exactitude de son analyse<sup>78</sup>. Burlington déclare qu'elle a le droit de s'appuyer sur l'« admission » de l'intimée et qu'elle n'est pas tenue de produire quelque autre réponse que ce soit puisque les deux parties ont reconnu que Burlington avait besoin de la garantie pour être exploitée à titre de société de financement. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de produire quelque autre information pour cette catégorie de questions, vu que celle-ci traite d'éléments qui ne sont pas controversés.

### Décision de la Cour

[292] J'ai déjà conclu que ces questions sont pertinentes (voir la catégorie 38). L'intimée demande si la garantie était nécessaire pour Burlington, et non pas pour les prêteurs tiers. La réponse de Burlington repose sur une mauvaise interprétation de la position de l'intimée, et la question demeure sans réponse. Comme je l'ai déjà souligné, la question touchant le prix de transfert demeure controversée. Même si, au procès, la position de Burlington sera probablement que la garantie était nécessaire, l'intimée a le droit d'obtenir une confirmation de Burlington à cet égard dans le cadre de l'interrogatoire préalable. L'intimée doit savoir si la position de Burlington au procès sera que la garantie était nécessaire pour elle-même, et non pas pour les prêteurs tiers. Ces questions sont pertinentes et appellent une réponse.

### Catégorie 48 : Avantages de la garantie pour Burlington

#### Questions 3302 et 3303

[293] L'intimée a demandé à M. Delk d'indiquer tous les avantages que la garantie de BRI apporterait à Burlington et ce que la garantie a apporté directement à Burlington.

[294] En réponse, Burlington a déclaré qu'il n'est pas controversé entre les parties à la présente procédure contentieuse que Burlington n'aurait pas été en mesure de mener ses activités financières ni d'obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans la garantie inconditionnelle de BRI, et que tout prêteur sans lien de dépendance exigerait une garantie inconditionnelle de la part de BRI.

---

<sup>78</sup> Voir le paragraphe 46 de la décision.



Thèse de l'intimée

[295] L'intimée soutient que Burlington n'a pas du tout répondu à la question.

#### Thèse de Burlington

[296] Burlington déclare qu'elle a le droit de s'appuyer sur l'« admission » de l'intimée et qu'elle n'est pas tenue de produire une autre réponse. De plus, sa déclaration selon laquelle elle ne serait pas en mesure de mener ses activités à titre de société de financement constitue, à son avis, une réponse complète à la question sur les avantages de la garantie.

[297] En outre, Burlington renvoie à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne une politique générale de destruction de documents après une période donnée. Cet affidavit confirme aussi le fardeau qu'imposerait la récupération des documents comptables de BRI, de 2001 à 2006. Burlington conclut qu'elle devrait déployer des efforts colossaux et disproportionnés pour produire l'information relative à ces questions.

#### Décision de la Cour

[298] Bien que, encore une fois, Burlington interprète de manière erronée la position de l'intimée, je conclus que ses réponses sont adéquates. Il n'est pas nécessaire d'en dire davantage. En outre, la question 397 et la suivante, ainsi la question 1449 et la suivante portent sur le même sujet, et les observations de M. Delk à l'interrogatoire préalable répondent à ces questions.

#### Catégorie 49 : Avantage fiscal des commissions de garantie pour Burlington

##### Questions 3307 à 3309

[299] L'intimée a demandé à M. Delk si les commissions de garantie ont apporté un avantage fiscal à Burlington et, dans l'affirmative, quelle est la nature de cet avantage. Elle lui a également demandé quels services elle a obtenus pour avoir payé ces commissions de garantie.

[300] En réponse, Burlington a déclaré qu'elle a engagé « les commissions » en contrepartie de la garantie et qu'elle les a déduites.

Thèse de l'intimée

[301] L'intimée soutient que Burlington n'a pas du tout répondu à la question.

Thèse de Burlington

[302] Burlington affirme que sa réponse est juste et appropriée.

Décision de la Cour

[303] Je conclus que la réponse de Burlington est appropriée.

Catégorie 50 : Autres avantages des commissions de garantie pour Burlington

Questions 3310, 3313 à 3316, 3318 à 3320, 3322 à 3324, 3326, 3327, 3329, 3331, 3334 à 3340 et 3342

[304] Voici les questions que l'intimée a posées à M. Delk :

[TRADUCTION]

Question 3310 – Les garanties de BRI ont-elles eu une incidence sur le taux d'intérêt que Burlington a pu obtenir relativement aux obligations?

Question 3313 – Quel était l'effet des garanties de BRI sur le taux d'intérêt établi pour les obligations?

Question 3314 – Les garanties ont-elles permis à Burlington d'émettre les obligations à des taux d'intérêt inférieurs aux taux d'intérêt qui auraient été établis sans ces garanties?

Question 3315 – La position de Burlington est-elle que les garanties n'ont eu aucune incidence sur le taux d'intérêt qui aurait été établi relativement aux obligations?

Question 3318 – Sur quels faits Burlington s'appuie-t-elle pour affirmer que les garanties de BRI lui permettent d'emprunter à un taux d'intérêt inférieur à celui qui aurait été fixé sans ces garanties?

Questions 3319 et 3320 – Burlington est-elle au courant de tout autre fait qui appuie sa position selon laquelle les garanties ont permis d'établir un taux d'intérêt moins élevé, outre

ce qui est plaidé à l'alinéa 9s) de la réponse ou dispose-t-elle d'autres documents qui appuient sa position?

Question 3323 – Est-ce que quiconque a avisé Burlington ou BRI que Burlington pourrait obtenir un taux d'intérêt moins élevé avec les garanties que celui qu'elle obtiendrait en l'absence de ces garanties? Veuillez préciser le nom de cette personne ou de ces personnes et produire les documents relatifs à cette information qui a été communiquée.

Question 3329 – Burlington soutient-elle que la garantie était nécessaire pour obtenir des taux d'intérêt moins élevés? Quels sont les faits et les documents qui appuient cette position?

Question 3333 – Sur quoi Burlington s'appuiera-t-elle au procès pour démontrer que la garantie de BRI était nécessaire afin d'obtenir un taux d'intérêt moins élevé que celui qu'elle obtiendrait en l'absence de cette garantie?

Question 3335 – Est-ce que quiconque a avisé Burlington ou BRI que la garantie était nécessaire pour que Burlington puisse obtenir un taux d'intérêt moins élevé que celui qu'elle obtiendrait en l'absence de cette garantie? Veuillez préciser le nom de cette personne ou de ces personnes et fournir les faits et les documents relatifs à cette information qui a été communiquée.

Question 3342 – Quel serait le taux d'intérêt si les faits en l'espèce étaient les mêmes, mais sans garanties? L'intimée a également demandé les faits et les documents appuyant la réponse à cette question.

[305] Burlington a répondu qu'il n'était pas controversé entre les parties qu'elle n'était pas en mesure d'obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans les garanties fournies par BRI et qu'elle n'aurait pas été en mesure de mener ses activités financières sans la garantie inconditionnelle de la société mère. De plus, trois banques d'investissements ont fait savoir en 2001 et en 2002 que la garantie permettait de réduire le taux d'intérêt.

#### Thèse de l'intimée

[306] L'intimée soutient que Burlington n'a pas du tout répondu à la question.

#### Thèse de Burlington

[307] Burlington maintient que l'intimée a reconnu qu'une entité sans lien de dépendance réclamerait à Burlington plus de 50 points de base pour les garanties en

question. Par conséquent, elle a le droit de s'appuyer sur l'« admission » de l'intimée et elle n'est pas tenue de fournir toute autre réponse.

[308] Burlington déclare que le taux d'intérêt hypothétique n'est pas pertinent puisque, de toute façon, il ne lui aurait pas permis d'obtenir la cote d'évaluation d'investissements dont elle avait besoin pour mener ses activités en tant de société de financement. Pour ce qui est des questions de l'intimée qui visent à obtenir davantage de renseignements au sujet de sa position, Burlington soutient qu'elles équivalent à une demande d'observations d'un expert et à une recherche à l'aveuglette de faits et de documents beaucoup trop large et disproportionnée, au vu de tous les faits et documents qui ont déjà été échangés et la portée des demandes qui ont été faites.

### Décision de la Cour

[309] Je conclus que les questions sont pertinentes aux fins des alinéas 18(1)a) et 20(1)e.1) de la Loi. La réponse de Burlington selon laquelle les garanties permettent de réduire le taux d'intérêt répond à une partie des questions. Cependant, Burlington n'a pas répondu aux questions 3318 à 3320 et 3323. Puisque celles-ci sont pertinentes, Burlington doit y répondre.

### Catégorie 51 : Garantie de BRI avant août 2001

#### Question 3458

[310] L'intimée a demandé à M. Delk si, avant août 2001, Burlington s'était engagée à payer quoi que ce soit à BRI afin que cette dernière puisse fournir la garantie datée du 12 février 2001.

[311] Burlington a répondu qu'elle n'a payé aucune commission de garantie à BRI et qu'elle n'a rien accepté de tel avant le 24 août 2001.

### Thèse de l'intimée

[312] L'intimée soutient que Burlington n'a pas répondu à la question.

### Thèse de Burlington

[313] Burlington affirme que sa réponse est juste et appropriée.

## Décision de la Cour

[314] Burlington n'a pas répondu à la question qui consiste à savoir si Burlington s'est engagée à payer BRI pour une garantie. Aucune réponse juste n'a été donnée à la question. Il faut y répondre.

## Catégorie 52 : Investisseurs tiers

Questions 3196, 3198 à 3201, 3204, 3205, 3207 à 3212, 3214 à 3217, 3219 et 3222 à 3229

[315] L'intimée a demandé à M. Delk si un ou des investisseurs tiers avaient demandé à BRI de fournir les garanties. Dans l'affirmative, l'intimée veut savoir à qui les investisseurs en ont fait la demande et de quelle manière celle-ci a été communiquée. L'intimée a ensuite demandé si d'autres personnes que les investisseurs tiers avaient exigé que BRI fournisse les garanties et, dans l'affirmative, de qui il s'agit. L'intimée a également demandé à obtenir tous les faits et les documents relatifs à ces demandes.

[316] Par la suite, l'intimée a demandé à M. Delk quelle serait la position de Burlington au procès quant à la question de savoir si les investisseurs ont demandé à BRI de fournir les garanties.

[317] L'intimée a demandé à M. Delk de lui confirmer si un ou des investisseurs tiers avaient exigé les garanties et de lui produire tout document à l'appui de cette exigence alléguée. Enfin, l'intimée a demandé à M. Delk si BRI ou Burlington a demandé à tout investisseur si une garantie était requise et s'il pouvait produire des faits ou des documents relatifs à cette question.

[318] Burlington a répondu qu'il n'était pas controversé entre les parties en l'espèce que les garanties étaient nécessaires. L'appelante invoque l'admission selon laquelle une garantie inconditionnelle était obligatoire pour tout prêteur sans lien de dépendance (voir l'alinéa 9t) de la nouvelle réponse modifiée et le point lj) de la réplique), l'admission selon laquelle elle n'aurait pas pu obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans une garantie (voir l'alinéa 9s) de la nouvelle réponse modifiée et l'alinéa 1i) de la réplique) et les aveux recueillis durant l'interrogatoire préalable de l'intimée.

### Thèse de l'intimée

[319] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et qu'elles ne répondent pas aux questions.

### Thèse de Burlington

[320] Burlington maintient qu'il n'est pas controversé entre les deux parties qu'elle n'était pas en mesure d'obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans la garantie fournie par BRI et qu'elle n'aurait pas été en mesure de mener ses activités financières sans la garantie inconditionnelle de la société mère. Par conséquent, elle soutient que ces questions ne sont nullement pertinentes. En outre, Burlington cite la jurisprudence *HSBC Bank Canada* pour soutenir que les questions de l'intimée visant tous les faits « relatifs » à sa position et les documents de toutes les périodes possibles ou en la possession de l'une ou de l'autre partie sont beaucoup trop larges et qu'elle n'a pas à y répondre. Burlington a ajouté que le prospectus pertinent indique que l'emprunt serait garanti explicitement par BRI. Par conséquent, cette série de questions ne serait pertinente qu'en présence d'allégations concernant des informations non communiquées au sujet de cette offre proposée à un investisseur avant l'ébauche du prospectus. Pour ce qui est de savoir si quiconque a demandé à BRI de fournir une garantie, Burlington soutient que le moment où l'idée de fournir une garantie a germé est clair : le plan financier hybride élaboré par Salomon Smith Barney incluait la garantie dès le début.

[321] Burlington renvoie en outre à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale d'élimination de documents après une période donnée.

### Décision de la Cour

[322] Les questions sont pertinentes, et, en substance, Burlington n'y a pas répondu. L'intimée a le droit de poser des questions visant à connaître la position de Burlington au procès. L'intimée a le droit de savoir si Burlington, durant le procès, défendra la thèse portant que des investisseurs tiers ont demandé, à elle ou à BRI, une garantie et précisera à qui ils en ont fait la demande et comment ils l'ont communiquée. Il est également pertinent pour l'intimée de savoir si Burlington, durant le procès, défendra la thèse portant qu'une personne autre que les investisseurs tiers a demandé une garantie ou que BRI ou Burlington a demandé à un investisseur

si une garantie était nécessaire. Si, comme le soutient Burlington, il ressort du prospectus qu'il était approprié qu'aucun investisseur tiers n'exige une garantie, elle pourrait répondre qu'aucun investisseur tiers n'a demandé de garantie et fournir une explication. Ces questions appellent une réponse, et les documents demandés doivent être produits.

### Catégorie 53 : Soutien nécessaire de BRI pour Burlington

Questions 3468 à 3470 et 3473 à 3478

[323] En réponse aux questions visant à connaître la position qu'elle adoptera au procès relativement au « soutien nécessaire » de la société mère, comme cela est indiqué dans l'avis d'appel, Burlington a déclaré qu'il s'agissait de la garantie. L'intimée a demandé à Burlington d'exposer tous les faits concernant ce qui constitue, selon cette dernière, le « soutien nécessaire » de sa société mère, BRI, et de confirmer si ce soutien va au-delà de la garantie. L'intimée a aussi cherché à connaître les raisons pour lesquelles le soutien de BRI est nécessaire à Burlington, ainsi qu'à savoir si quelqu'un a indiqué à Burlington que le soutien de BRI était nécessaire et, dans l'affirmative, de qui il s'agit. Enfin, l'intimée a demandé à Burlington d'exposer tous les faits et les documents relatifs à cette série de questions ou qui confirment, à la connaissance de Burlington, que le soutien de BRI lui était nécessaire.

[324] Burlington a répondu que le « soutien nécessaire » se rapporte à l'amélioration de la cote de solvabilité de Burlington. Elle maintient que l'unique forme de soutien pertinente en l'espèce est la garantie, qui lui a permis d'augmenter sa cote de solvabilité, et que la nécessité de la garantie n'est pas contestée. Elle ajoute qu'il n'est pas controversé entre les deux parties que 50 points de base, c'était inférieur au prix de pleine concurrence.

### Thèse de l'intimée

[325] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives, en substance, elle n'a pas répondu à ses questions.

### Thèse de Burlington

[326] Burlington affirme que, en substance, elle a répondu aux questions et défini sa position. Il est possible que l'intimée ne souscrive pas à sa position, mais Burlington conclut que ses réponses sont appropriées. En outre, les questions de l'intimée visent tous les faits « relatifs » à sa position et les documents de toutes les périodes possibles ou en la possession de l'une ou l'autre partie. Par conséquent, Burlington soutient que certaines questions sont beaucoup trop larges et équivalent à une recherche à l'aveuglette.

### Décision de la Cour

[327] Les questions relatives à la position de Burlington au procès visent à déterminer si la garantie constituait à elle seule le soutien dont elle avait besoin pour augmenter sa cote de solvabilité. Burlington y a répondu clairement en déclarant qu'il ne s'agissait que de la garantie (voir les questions 3416 et 3462). Par conséquent, les réponses à ces questions sont adéquates.

### Catégorie 54 : Prix du soutien nécessaire par une entité sans lien de dépendance

#### Question 638

[328] Après lecture des réponses à la question 638 et aux suivantes, j'ai cru comprendre que Burlington a tenté de préciser à l'intimée une fourchette de prix pour les commissions de garantie que réclamerait une entité sans lien de dépendance.

[329] Burlington a répondu que les commissions de garantie de 50 points de base ne sont pas supérieures aux montants qui auraient été fixés si les modalités à l'égard des garanties avaient été les mêmes que celles dont auraient convenu deux personnes n'ayant pas de lien de dépendance.

### Thèse de l'intimée

[330] L'intimée affirme que la réponse de Burlington est évasive puisqu'elle ne précise pas quel serait, selon elle, le prix d'une garantie fournie par une entité sans lien de dépendance.

### Thèse de Burlington



[331] Burlington maintient que la nouvelle cotisation établie par le ministre n'est pas correcte et qu'il n'est pas controversé entre les deux parties qu'une entité sans lien de dépendance réclamerait à Burlington plus de 50 points de base. Burlington affirme que sa réponse est exhaustive.

### Décision de la Cour

[332] Comme je l'ai déjà fait observer, le différend porte sur la question de savoir si le montant de pleine concurrence dont il est question dans les actes de procédure renvoie à un prix précis ou à une fourchette de prix. À l'interrogatoire préalable, le représentant de Burlington a répondu qu'il s'agissait d'une fourchette de prix. Par conséquent, les actes de procédure doivent être interprétés de la même manière. Burlington est tenue de communiquer sa position quant à la fourchette de prix puisqu'elle s'est engagée à produire une réponse.

### Catégorie 55 : Thèse de Burlington quant à sa cote de solvabilité

Questions 2484, 2486, 2487, 2489, 2490, 2492, 2502, 2505 à 2508, 3353, 3354, 3359 à 3361, 3363 à 3365, 3367 à 3369, 3371 à 3373, 3375 et 3376

[333] Par souci de clarté, voici ces questions :

[TRADUCTION]

Question 2484 – Quelle est la position de Burlington relativement à sa cote de solvabilité au moment de l'émission de chaque obligation? Question 2486 – Sur quels faits l'appelante appuie-t-elle sa position relativement à sa cote de solvabilité au moment de l'émission de chaque obligation?

[334] À la question 2484, Burlington a répondu qu'aucune agence de crédit ne lui avait attribué une cote de solvabilité au moment de l'émission de chaque obligation. Les obligations ont été notées, et les taux qui en découlent figurent au point 10 de la liste de documents de l'appelante.

[335] L'intimée soutient que les réponses de Burlington ne répondent à aucune des questions de cette catégorie.

### Décision de la Cour

[336] La question 2484 est identique aux questions de l'intimée de la catégorie 39. Comme pour la catégorie 39, je conclus que, si la cote de solvabilité au moment de l'émission des billets et avant le 12 février 2001 est identique à celle indiquée dans la lettre de la banque d'investissement, il n'y a rien à redire. Burlington peut confirmer facilement cette information. Si sa cote de solvabilité a changé, Burlington doit préciser quelle était sa cote de solvabilité au moment de l'émission des billets et expliquer les raisons de ce changement. Si Burlington ne sait pas quelle était sa cote de solvabilité au moment de l'émission des billets, elle doit le confirmer.

[TRADUCTION]

Question 2487 – Quelle est la position de Burlington relativement à ce que sa cote de solvabilité aurait dû être au moment de l'émission de chaque obligation? Question 2489 – Sur quels faits Burlington appuie-t-elle sa position relativement à ce que sa cote de solvabilité aurait dû être au moment de l'émission de chaque obligation?

[337] En ce qui a trait à la question hypothétique qui vise à savoir ce que sa cote aurait été ou aurait dû être, dans la mesure où cette question est appropriée, Burlington s'appuie sur l'admission selon laquelle elle n'aurait pas pu obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans une garantie (voir l'alinéa 9s) de la nouvelle réponse modifiée et l'alinéa 1i) de la réplique).

### Décision de la Cour

[338] Burlington n'est pas tenue de fournir une réponse. Les questions visant à savoir ce qu'aurait dû être la cote de solvabilité au moment de l'émission de chaque obligation appellent les conjectures.

[TRADUCTION]

Question 2490 – Aux fins du procès, quelle est la position de l'appelante quant à la cote de solvabilité qu'elle possède ou qu'elle possédait pour l'application de la démarche axée sur le rendement? Question 2492 – Sur quels faits l'appelante appuie-t-elle sa position quant à la cote de solvabilité qu'elle possède ou qu'elle possédait pour l'application de la démarche axée sur le rendement?

[339] Burlington a répondu, aux questions 2490 et 2492, qu'elle n'aurait pas pu obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans une garantie.

### Décision de la Cour

[340] Burlington a estimé sa cote de solvabilité et produit des lettres de banque d'investissement à l'appui. Pour ce qui est de sa cote de solvabilité au moment du procès, l'information sera produite dans des rapports d'expert. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la question.

[TRADUCTION]

Question 2502 – Sur quels faits l'appelante appuie-t-elle sa position selon laquelle sa cote de solvabilité est, était ou devrait être inférieure à celle de BRI?

[341] À la question 2502, Burlington a répondu qu'elle s'appuie sur les admissions formulées à l'alinéa 9s) de la nouvelle réponse modifiée et à l'alinéa 1i) de la réplique, soit qu'elle n'aurait pas pu obtenir une cote d'évaluation sans la garantie fournie par sa société mère.

### Décision de la Cour

[342] La question appelle une meilleure réponse, car elle est pertinente et elle repose sur des faits.

[TRADUCTION]

Question 2505 – L'appelante affirme-t-elle que sa cote de solvabilité pour l'application de la démarche axée sur le rendement a changé au cours de la période en litige? Question 2506 – Dans l'affirmative, quelle est la nature de ce changement? Question 2507 – Quels sont les faits associés à ces changements? Question 2508 – Selon l'appelante, quelle est la différence entre la cote de solvabilité de BRI et celle de l'appelante en ce qui a trait au rendement?

[343] Aux questions 2505 à 2508, Burlington a répondu que les périodes pertinentes quant à l'évaluation de sa cote de solvabilité aux fins de l'application de la démarche axée sur le rendement étaient le 12 février 2001 pour l'émission du premier titre de créance, le 24 août 2001 pour l'émission des deuxième et troisième, le 16 novembre 2001 pour l'émission des quatrième, cinquième et sixième, et le 25 février 2002, pour l'émission du dernier titre de créance.

### Décision de la Cour

[344] En substance, Burlington n'a pas répondu aux questions. Sauf la question 2508, les questions sont pertinentes et elles reposent sur des faits. Par conséquent, Burlington doit répondre adéquatement aux questions, à l'exception de la question 2508 qui vise à obtenir une opinion.

[TRADUCTION]

Question 3353 – Au procès, l'appelante soutiendra-t-elle qu'elle n'avait pas de cote de solvabilité durant les périodes en cause?

Question 3354 – Aux fins du présent appel et vu la garantie explicite de BRI, quelle était la cote de solvabilité de l'appelante, selon elle, avant le 12 février 2001? Question 3359 – Sur quels faits l'appelante appuie-t-elle sa position relativement à sa cote de solvabilité avant le 12 février 2001? Question 3360 – Est-il possible d'obtenir la copie de ces documents?

Question 3361 et suivantes – Les questions sont identiques à la question 3354 et les suivantes, sauf que le sujet est la cote de solvabilité pour le 12 février 2001.

Question 3365 et suivantes – Les questions sont identiques à la question 3354 et les suivantes, sauf que le sujet est la cote de solvabilité pour le 24 août 2001.

Question 3369 et 3371 – Les questions sont identiques à la question 3354 et les suivantes, sauf que l'objet est la cote de solvabilité pour le 16 novembre 2001.

Question 3373 à 3375 et 3376 – Les questions sont identiques à la question 3354 et les suivantes, sauf que l'objet est la cote de solvabilité pour le 26 février 2002.

[345] En réponse à ces questions, Burlington a déclaré qu'aucune agence de crédit ne lui a attribué une cote de solvabilité durant la période en cause, à l'exception des cotes de solvabilité énoncées au point 10 de la liste de documents de l'appelante, et des estimations de cote de solvabilité fournies par Citibank, Morgan Stanley et JP Morgan dans les lettres produites aux points 45 à 47 de la même liste.

### Décision de la Cour

[346] Burlington n'a pas répondu à la question 3353, qui ne visait pas à savoir si elle avait été évaluée par une agence de crédit. Il était plutôt demandé quelle serait la position de Burlington au procès. C'est une question pertinente qui appelle une

réponse claire. Pour ce qui est de toutes les autres questions, elles sont identiques aux questions de l'intimée de la catégorie 39. Je maintiens la décision que j'ai rendue à l'égard de la catégorie 39.

### Catégorie 56 : Thèse de Burlington dans son avis d'appel

#### Question 1370

[347] L'intimée a demandé à M. Delk de vérifier auprès de Burlington ce qu'auraient été les conditions des garanties si ces dernières avaient été accordées par une entité sans lien de dépendance et a cité à cette fin le paragraphe 22 de l'avis d'appel. L'intimée lui a ensuite demandé de lui exposer les faits et de produire les documents confirmant les efforts raisonnables déployés pour déterminer le prix de transfert de garanties accordées par une entité sans lien de dépendance et l'utiliser, tel que cela est précisé au paragraphe 23 de l'avis d'appel. L'intimée a aussi demandé à M. Delk ce qu'aurait été la fourchette de prix de transfert pour des garanties fournies par une entité sans lien de dépendance et, aux termes du paragraphe 22 de l'avis d'appel, à l'égard de quelle transaction ou série de transactions exécutées avec une entité sans lien de dépendance Burlington compare les transactions en cause.

[348] En réponse, Burlington a renvoyé au paragraphe 22 de l'avis d'appel et elle a précisé qu'elle avait l'intention de défendre au procès la thèse portant que les nouvelles cotisations en litige sont incorrectes, parce que le montant des commissions de garantie, calculé au taux de 50 points de base sur la dette garantie impayée, n'est pas supérieur au montant qui aurait été convenu avec une entité sans lien de dépendance. Au moment où les commissions de garantie ont été établies, en 2001 et 2002, l'appelante s'est fiée aux conseils des banques d'investissement pour établir un montant raisonnable d'un point de vue commercial pour les garanties. Ces conseils parlent d'eux-mêmes pour ce qui est des transactions en comparaison.

#### Thèse de l'intimée

[349] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu à ses questions.

### Thèse de Burlington

[350] Burlington maintient qu'elle a répondu adéquatement aux questions, vu qu'elle n'affirme pas qu'une fourchette de valeurs particulière est appropriée et vu qu'il n'est pas controversé entre les parties que le prix établi par une entité sans lien de dépendance aurait été d'au moins 50 points de base. En ce qui concerne sa position selon laquelle la nouvelle cotisation établie par le ministre est inexacte, elle estime qu'elle n'a pas à en dire davantage.

[351] De plus, Burlington réfère aux documents produits par le ministre dans le cadre de la vérification et de toute production subséquente et affirme que ceux-ci contiennent toute l'information nécessaire relative aux efforts raisonnables qu'elle a déployés. Cependant, elle ne regroupera pas ces documents par matières. Burlington signale toutefois qu'elle produira une meilleure réponse à certains éléments de la question 1370.

### Décision de la Cour

[352] Un engagement a été pris relativement à la question 1370. Selon moi, cette question est pertinente, car elle touche des allégations de faits formulées par Burlington dans son avis d'appel. Les réponses de Burlington sont inadéquates. J'ai déjà ordonné à Burlington de répondre à cette question (voir la catégorie 54).

### Catégorie 57 : Réplique de Burlington au sujet de la réponse

Questions 1672, 1674 à 1676, 1683, 1691, 1692, 1695 et 1698

[353] L'intimée a demandé à M. Delk les faits sur lesquels s'est appuyée Burlington pour nier les points figurant aux alinéas 9z) à gg), ll), rr), uu) à ww) et 10c) de la nouvelle réponse modifiée.

[354] Burlington a répondu qu'elle nie l'alinéa 9z) de la réponse modifiée supplémentaire, qui constitue une hypothèse selon laquelle les filiales canadiennes de BRI auraient pu emprunter des fonds sur le marché libre à un taux d'intérêt moins élevé que celui établi par Burlington, car, au moment où les commissions de garantie ont été établies, en 2001 et en 2002, elle s'est fiée aux conseils des banques d'investissement pour établir un montant raisonnable d'un point de vue commercial pour les garanties. Burlington nie également le reste du contenu du paragraphe 9

soulevé par l'intimée dans cette catégorie, car il s'agit d'énoncés de droit ou d'énoncés de droit et de fait, et non d'énoncés de fait. Enfin, Burlington déclare que sa réplique expose sa position relativement à l'alinéa 10c) de la nouvelle réponse modifiée.

#### Thèse de l'intimée

[355] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu à ses questions.

#### Thèse de Burlington

[356] Burlington maintient qu'elle a répondu de manière exhaustive aux questions de l'intimée.

#### Décision de la Cour

[357] Je conclus que, en effet, les réponses de Burlington que ses réponses sont adéquates. À mon avis, outre l'alinéa 9z), les allégations du paragraphe 9 de la réponse modifiée à l'avis d'appel sont des énoncés mélangés de droit ou des énoncés de droit et de fait, et non pas des énoncés de fait.

#### Catégorie 58 : Existence de certains documents

Questions 1434, 1582 à 1584, 2127, 2129 à 2131, 2183, 2185

[358] À l'audience, l'intimée a indiqué à la Cour qu'elle renonçait à la question 2185.

[359] Pour ce qui est de la question 1434, l'intimée a cité l'avis d'opposition préparé par Burlington. Voici un extrait de cet avis :

[TRADUCTION]

La démarche axée sur le rendement permet d'établir à 50 points de base une commission de garantie versée par Burlington à BRI. Si les billets n'avaient pas été assortis d'une garantie, la cote de solvabilité associée aux billets aurait été plus faible, et le différentiel de taux d'intérêt sur les prêts en cause venant à échéance et au cours de la période visée aurait dépassé les 50 points de base.

Question 1434 – L'intimée demande à M. Delk de produire tout document qui, le cas échéant, concerne cette déclaration, outre l'opinion des banques d'investissement.

[360] Burlington a répondu que, au moment où les commissions de garantie ont été établies en 2001 et 2002, l'appelante s'est fiée aux conseils des banques d'investissement pour établir un montant raisonnable d'un point de vue commercial pour les garanties. Ces conseils parlent d'eux-mêmes en ce qui a trait à la question de savoir si les cotes de solvabilité attribuées aux billets auraient été inférieures, si les billets n'avaient pas été assortis d'une garantie.

[TRADUCTION]

Questions 1582 à 1584 – L'intimée a demandé à M. Delk de vérifier s'il existait une entente relative aux titulaires de billets ayant un droit indirect sur les actifs de BR Canada Inc., BR Canada Ltd. ou BRCEL.

Questions 2127 et 2129 à 2131 – L'intimée a également demandé à M. Delk de produire tout document de correspondance en possession de Burlington, de BRI ou de ConocoPhillips indiquant les raisons pour lesquelles Burlington s'est constituée en société SARINE, ou de l'aviser si de tels documents ont déjà été produits.

[361] Burlington a répondu que, à sa connaissance, toutes les ententes pouvant avoir une incidence sur cette question en litige ont été produites par les parties. L'interprétation des ententes est cependant une question de droit.

#### Thèse de l'intimée

[362] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu aux questions posées.

#### Thèse de Burlington

[363] Burlington maintient qu'elle a répondu de manière exhaustive aux questions de l'intimée. Elle soutient qu'elle n'est pas tenue de produire un avis juridique relativement aux documents demandés par l'intimée. De plus, elle n'a pas à répondre à certaines questions puisque, selon elle, il n'y a aucune controverse quant au fait qu'elle n'aurait pas pu fonctionner à titre de société de financement sans la garantie. Enfin, à sa connaissance, elle a produit tous les documents pertinents.



### Décision de la Cour

[364] La question 1434 appelle une réponse, car elle est pertinente. L'intimée demande des documents autres que les lettres de banque d'investissement. La réponse de Burlington est inadéquate.

[365] Les questions 1582 à 1584 sont également pertinentes, et il faut y répondre. Burlington doit produire les documents indiquant que les titulaires de billets ont un droit indirect sur les actifs de BR Canada Inc. Si de tels documents n'existent pas, Burlington doit le confirmer.

[366] Les questions 2127 à 2129 visent à savoir s'il existe des documents de correspondance au sujet de la constitution de Burlington en société SARINE et s'il est possible d'obtenir ces documents. Au procès, les avocats de Burlington ont affirmé qu'ils ont recherché ces documents et qu'ils n'ont rien trouvé de pertinent quant à cette question en litige. Je suis satisfaite de la réponse fournie par Burlington.

[367] Par les questions 2131 et 2183, l'intimée voulait savoir si certains des documents demandés avaient déjà été produits. Comme je l'ai déjà précisé, je suis d'avis que la demande de l'intimée équivaut à un regroupement de documents.

### Catégorie 60 : Documents financiers de corporations remplaçantes – regroupement de documents

#### Question 2406

[368] Dans la présente catégorie, l'intimée ne revient que sur la question 2406. Elle demande à Burlington de lui indiquer où se trouvent, parmi les documents déjà produits, les états financiers vérifiés ou non vérifiés de BRCEL, pour 2002 à 2005.

[369] Burlington a répondu que Burlington Resources Canada Energy Limited a fait l'objet d'une fusion le 17 septembre 2001 pour constituer Burlington Resources Canada Ltd. Les états financiers de Burlington Resources Canada Energy Limited pour l'exercice prenant fin le 16 septembre 2001 ont été annexés à l'onglet 3.

### Thèse de l'intimée

[370] L'intimée déclare qu'elle ne demande pas à Burlington de regrouper les documents qu'elle a produits; elle veut simplement être orientée vers les documents pertinents qu'elle a produits, s'ils ont déjà été produits.

### Thèse de Burlington

[371] Burlington maintient la même opposition au regroupement de documents par matières.

### Décision de la Cour

[372] Pour les raisons mentionnées aux catégories 11 à 19, Burlington n'a pas à préciser si un document a déjà été produit par l'intimée ou par elle-même. Cependant, comme je l'ai déjà indiqué, Burlington doit, par souci de courtoisie et dans la mesure du possible, préciser à l'intimée où se trouvent les documents. Cela serait particulièrement approprié dans ce cas-ci puisque Burlington semble savoir où ils trouvent.

### Catégorie 61 : Liste de documents de Burlington

Questions 2631 à 2635, 2641, 2647, 2653, 2659, 2665, 2671, 2677, 2683, 2689, 2695 et 2701

[373] L'intimée a demandé à Burlington les raisons pour lesquelles elle a intégré le document intitulé *Burlington Resources Inc., Annual Report on Form 10K, years ending December 31<sup>st</sup>, 2002, December 31, 2003, December 2004, December 2005, without exhibits* dans sa liste de documents. Burlington l'a-t-elle inclus dans sa liste de documents pour étayer ou réfuter des allégations de fait ou pour y contribuer? De quelle façon Burlington compte-t-elle utiliser ce document au procès?

[374] L'intimée a posé à Burlington des questions similaires relativement aux documents suivants qui figurent dans sa liste :

- un communiqué de presse au sujet du budget de 2000;

- le document intitulé *Information Document Request to Burlington Resources Inc. and Affiliates, Number 146*;
- le document intitulé *Information Document Request to Burlington Resources Inc. and Affiliates, Number 147*;
- le document intitulé *Information Document Request to Burlington Resources Inc. and Affiliates, Number 148*;
- le document intitulé *Information Document Request to Burlington Resources Inc. and Affiliates, Number 149*;
- le document intitulé *Response to information document requests 146 to 149, excluding attachments and document production*;
- le document intitulé *Office of Chief Counsel, Internal Revenue Service, Memorandum Number AM 2006-001*.

[375] Burlington a répondu que les documents en question figurent dans la liste de documents, car ils pourraient constituer des éléments de preuve au moment du procès. L'appelante a toutefois refusé de préciser quelle utilité ces documents pourraient avoir.

#### Thèse de l'intimée

[376] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu à ses questions. Elle cite la décision de la juge Campbell<sup>79</sup> pour soutenir qu'elle a le droit de connaître les raisons pour lesquelles ces documents figurent dans la liste et leur teneur générale afin qu'elle puisse en déterminer la pertinence.

#### Thèse de Burlington

[377] Burlington maintient qu'il suffit que l'intimée sache que ces documents pourraient lui servir d'éléments de preuve au procès et cite la décision de la juge V. Miller rendue à l'occasion de l'affaire *Kossow*<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Précitée, au paragraphe 82.

<sup>80</sup> Précitée, au paragraphe 60.

## Décision de la Cour

[378] Dans le présent appel, suite à la requête de Burlington, la juge Campbell a ordonné aux représentantes de la Couronne de répondre aux questions en cause, et observé que la partie adverse a le droit de connaître la raison pour laquelle un document figure sur une liste de documents et de connaître dans les grandes lignes la pertinence que l'on a l'intention de lui donner. Elle observe, au paragraphe 82 de ses motifs :

[82] La liste de documents de l'intimée contient plus de 3.000 éléments. L'appelante a indiqué dans ses observations que le présent appel visait également une vérification américaine des opérations aux États-Unis et que le produit de cette vérification était partagé avec l'ARC. Quelle que soit leur origine, il en résulte finalement un important nombre de documents qu'il faudra potentiellement examiner à l'audience. Dans de telles circonstances, la partie adverse a le droit de connaître la raison pour laquelle un document figure sur une liste et de connaître dans les grandes lignes la pertinence qu'on a l'intention de lui donner. Les actes de procédure détermineront la pertinence des documents, comme c'est le cas pour les questions. Il s'agit là de l'un des buts de l'interrogatoire préalable : engager les parties dans la bonne direction en vue du procès.

[379] Le même principe est consacré par les décisions *Piersanti c La Reine*<sup>81</sup> et *Loewen c The Queen*<sup>82</sup>. Par conséquent, Burlington doit produire une meilleure réponse. L'intimée a le droit de connaître les raisons pour lesquelles un document est produit, les faits en litige relatifs à ce document et la pertinence de ce document. Burlington doit donc répondre adéquatement aux questions.

## Catégorie 62 : Accords de contribution

Questions 3492, 3494, 3860 à 3868, 3870, 3871, 3877, 3878, 3882, 3884, 3887 et 3888

[380] L'intimée a demandé à M. Delk d'expliquer en quoi consiste le document intitulé *Contribution agreement dated February 12, 2001*.

[381] L'intimée a également demandé à M. Delk d'expliquer le document intitulé *Amended and Restated Contribution Agreement dated Aug 11, 2003*, la transaction dont il est question, les raisons pour lesquelles la transaction est pertinente en

---

<sup>81</sup> 2010 CCI 430

<sup>82</sup> 2007 DTC 600.

l'espèce, le résultat attendu de la transaction et son but, ainsi que de confirmer s'il s'agissait d'une « entente de souscription ».

[382] L'intimée a ensuite demandé à M. Delk si la transaction a contribué à créer un mécanisme qui aurait permis à Burlington de recevoir des fonds à tout moment et, dans l'affirmative, comment cela se concrétisait. Les mêmes questions ont été posées relativement à d'autres documents.

[383] Burlington a répondu que les documents en question parlent d'eux-mêmes.

#### Thèse de l'intimée

[384] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu aux questions posées.

#### Thèse de Burlington

[385] Burlington maintient que les documents parlent d'eux-mêmes et que certaines questions sont vagues ou visent à obtenir l'opinion de M. Delk au sujet de la portée juridique de documents. Plus particulièrement, Burlington soutient que les questions posées à M. Delk qui touchent les documents et qui cherchent à mieux comprendre les transactions sous-jacentes sont vagues. L'intimée aurait dû demander à Burlington ce qu'elle « espérait » accomplir ou tentait d'accomplir. Burlington a également soutenu que certaines questions, notamment « si le document constituait une entente de souscription », « si la transaction a été exécutée comme prévu » ou « si la transaction a contribué à créer un mécanisme qui aurait permis à Burlington de recevoir des fonds à tout moment », cherchaient à obtenir un avis juridique de M. Delk.

[386] En outre, Burlington fait remarquer la mesure dans laquelle M. Delk a déjà été interrogé au sujet des transactions hybrides et affirme que ces questions n'ajoutent rien de pertinent à ce qui a déjà été demandé et aux réponses qu'il a déjà produites.

#### Décision de la Cour

[387] Je ne vois pas pourquoi une partie ne pourrait pas poser de questions sur le document et sur sa portée. Cependant, il n'est pas approprié de demander quelles sont les conséquences juridiques d'un document ou de demander à un représentant

d'interpréter un document. Le critère pertinent consiste à déterminer si les réponses aux questions permettront à une partie de défendre sa cause ou de miner celle de son adversaire. Par conséquent, Burlington doit produire une meilleure réponse que son affirmation selon laquelle « les documents parlent d'eux-mêmes ».

#### Catégorie 64 : Documents fournis par Morgan Stanley

##### Questions 3993 et 3994

[388] L'intimée a demandé à M. Delk d'indiquer quels sont les documents ou les renseignements en la possession de Burlington qui touchent les documents que BRI ou Burlington a produits à Morgan Stanley afin que la banque puisse préparer une lettre d'opinion, et de lui préciser s'ils ont déjà été produits.

[389] Burlington a répondu que, en 2006, elle a produit à l'intention du ministre tous les documents pertinents non protégés par un privilège. Ces documents figurent également dans la liste des parties.

##### Thèse de l'intimée

[390] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu aux questions.

##### Thèse de Burlington

[391] Burlington maintient sa réponse. Elle a également relevé que le fait de parcourir les documents produits aux fins énoncées par l'intimée constitue, à son avis, le regroupement des documents par matières. De plus, il serait extrêmement laborieux de rechercher des documents supplémentaires, vu la quantité de dossiers tenus par Burlington, BRI et ConocoPhillips, le départ de nombreux employés affectés aux dossiers pertinents durant la période visée et les politiques de conservation des documents de ConocoPhillips.

##### Décision de la Cour

[392] Je suis satisfaite de la réponse de Burlington au procès. Les documents fournis à Morgan Stanley en vue de préparer la lettre figurant à la pièce 29 se trouvent dans les réponses aux engagements (UT 26 et 27).

Catégorie 65 : Banques d'investissement

Questions 3996 à 4004, 4006, 4016, 4018, 4019, 4022 à 4026, 4032 à 4043, 4046 à 4058 et 4061 à 4071

[393] J'ai reproduit les questions concernant Morgan Stanley. Des questions similaires ont été posées au sujet de JP Morgan et de Citibank.

[TRADUCTION]

Question 3996 – L'appelante affirme-t-elle que Morgan Stanley a pris en compte un de ces accords de contribution ou contrats d'achat à terme ou une de ces orientations?

Questions 3997 et 3998 – Veuillez produire tous les faits et documents confirmant que Morgan Stanley a pris en considération au moins une ou l'ensemble des conventions de souscription qui incluent les accords de contribution, les orientations et les contrats d'achat à terme, ainsi qu'une partie ou l'ensemble des documents figurant à la pièce 2, aux fins de la lettre qui constitue la pièce 28.

Question 3999 – Si Morgan Stanley n'a pas tenu compte de l'un des accords ou de l'ensemble des accords de contribution ou des contrats d'achat à terme ou d'une ou de l'ensemble des orientations qui figurent à la pièce 2, pourquoi Morgan Stanley ne l'a-t-elle pas fait?

Question 4001 – A-t-il été demandé par quiconque à Morgan Stanley de ne pas prendre en compte un accord ou l'ensemble des accords de contribution ou des contrats d'achat à terme ou une orientation ou l'ensemble des orientations qui figurent à la pièce 2 au moment de préparer la lettre qui constitue la pièce 28?

Question 4002 – Qui a demandé à Morgan Stanley de ne pas prendre en compte un accord ou l'ensemble des accords de contribution ou des contrats d'achat à terme ou une orientation ou l'ensemble des orientations qui figurent à la pièce 2 au moment de préparer la lettre qui constitue la pièce 28?

Question 4003 – À quel moment a-t-il été demandé à Morgan Stanley de ne pas prendre en compte un accord ou l'ensemble des accords de contribution ou des contrats d'achat à terme ou une orientation ou l'ensemble des orientations qui figurent à la pièce 2 pour les besoins de la lettre qui constitue la pièce 28?

Question 4004 – Veuillez fournir les copies de tous les documents confirmant qu'il a été demandé à Morgan Stanley de ne pas prendre en compte un accord ou l'ensemble des

accords de contribution ou des contrats d'achat à terme ou une orientation ou l'ensemble des orientations qui figurent à la pièce 2 au moment de préparer la lettre qui constitue la pièce 28.

[394] Burlington a répondu que Morgan Stanley a participé pleinement à l'exécution des transactions visées par les actes de procédure exécutés autour du 16 novembre 2001 et que la lettre de Morgan Stanley en date du 16 novembre 2001 parle d'elle-même. Burlington a produit la même réponse aux questions touchant JP Morgan et Citibank.

#### Thèse de l'intimée

[395] L'intimée estime que les réponses de Burlington sont évasives et qu'elles ne répondent pas à ses questions.

#### Thèse de Burlington

[396] Burlington déclare que ces questions visent à obtenir des informations connues des banques et que, par conséquent, elles cherchent de manière inappropriée à interroger les banques par son entremise en plus d'être beaucoup trop générales et disproportionnées. Burlington pourrait savoir ce qu'il a été demandé aux banques de prendre en considération, mais pas ce qu'elles ont réellement pris en considération. De plus, Burlington fait remarquer que l'intimée demande à obtenir des faits ou des documents relatifs à sa position, ce qui pourrait comprendre des faits sur lesquels elle ne s'est pas appuyée ou des faits à propos des demandes qui ne sont pas pertinents quant aux questions en cause, ou encore des documents sur lesquels elle ne s'est pas appuyée pour toute période ou qui ne sont pas en sa possession. Enfin, Burlington déclare que ces questions sont disproportionnées puisque les instructions données aux banques sont très peu pertinentes. Burlington renvoie à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang dans lequel celle-ci mentionne le roulement de personnel observé durant la période pertinente et une politique générale de destruction de documents après une période donnée. D'après l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang, il existe une politique générale d'entreprise de destruction de tout document temporaire après une période maximale de un an.

#### Décision de la Cour

[397] À mon avis, certaines questions de la présente catégorie se distinguent des questions de la catégorie 31, qui touchent l'information portée à la connaissance des



banques d'investissement. Dans la présente catégorie, certaines questions en cause constituent des demandes de renseignements à l'intention de Burlington au sujet des interactions entre elle et les banques d'investissement relativement à leurs lettres d'opinion. Burlington n'a pas répondu adéquatement aux questions. Par conséquent, outre les questions 3997, 3998, 3999, 4018, 4019, 4035, 4036, 4037, 4046 à 4052 et 4061 à 4065 qui ont trait à l'information portée à la connaissance des banques d'investissement, toutes les autres questions appellent une réponse complète de la part de Burlington.

### Catégorie 66 : Informations diverses

#### Questions 1629 et 2543

[398] L'intimée a demandé à M. Delk de vérifier auprès de BRI et de toute entité pertinente quel était le ratio d'endettement de BRI immédiatement avant le 12 février 2001 et immédiatement après le 25 février 2002, ou vers cette date. L'intimée a également demandé les documents justificatifs. Ensuite, l'intimée a demandé à M. Delk d'exposer l'historique commercial de l'entreprise à partir de sa constitution en personne morale jusqu'à la journée précédant l'émission de la première obligation le 12 février 2001.

[399] Burlington a répondu que les ratios d'endettement de Burlington Resources Inc. sont indiqués dans les rapports 10-K produits par Burlington, qui figurent aux points 1 à 5 de sa liste de documents. À propos de la question 2543, Burlington a indiqué qu'elle fournira une réponse plus appropriée à l'intimée.

#### Thèse de Burlington

[400] Burlington affirme qu'elle a indiqué à l'intimée où se trouve dans les éléments de preuve l'information qui répond à ses questions. Elle ajoute que la demande qui consiste à interroger toute personne qui pourrait disposer de renseignements pertinents constitue une recherche à l'aveuglette.

#### Thèse de l'intimée

[401] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu aux questions posées.

## Décision de la Cour

[402] Puisque je n'ai pas accès au document auquel Burlington renvoie, je ne sais pas s'il est volumineux ou non. Dans tous les cas, au lieu de renvoyer l'intimée à sa liste de documents, Burlington doit répondre à la question quant au ratio d'endettement de BRI aux dates retenues par l'intimée. Cependant, la question doit se limiter à BRI.

## Catégorie 67 : Dates diverses

Questions 787, 1578, 1610, 1612, 1613, 1615, 1617 et 2707 à 2709

[TRADUCTION]

Question 787 – L'intimée a demandé à M. Delk à quel moment la lettre de Morgan Stanley (pièce 28) a été reçue par BRI et/ou Burlington et si Burlington ou BRI disposaient de documents confirmant la date de réception de la lettre.

[403] Burlington a répondu qu'elle a fait son possible pour trouver un document confirmant la date à laquelle BRI et/ou Burlington a reçu la lettre figurant à la pièce 28, mais que ses recherches ont été vaines. Les avocats de Burlington ont signalé que, à la connaissance de Burlington, les lettres auraient été reçues vers les dates qui y sont indiquées.

[TRADUCTION]

Question 1578 – BRI ou Burlington a-t-elle remis à la SEC une copie de la garantie du 24 juillet 2000? À quelle date a-t-elle été remise à la SEC?

[404] Burlington a répondu que, selon elle, la garantie a été fournie à la SEC relativement à la correspondance figurant aux points 48 et 49 de la liste de documents de l'appelante.

[TRADUCTION]

Question 1610 – L'accord de commissions de garantie daté du 24 août 2001 a-t-il été signé à la date indiquée sur le document? Sinon, à quelle date a-t-il été signé? Les questions 1612, 1613, 1615 et 1617 sont similaires à la question 1610, sauf pour les accords de commissions de garantie datés du 17 septembre 2001 et du 25 février 2002.

[405] Burlington a répondu que les accords de commissions de garantie datés du 24 août et du 17 septembre 2001 ainsi que du 25 février 2002 ont été signés vers les dates indiquées sur les documents.

[TRADUCTION]

Questions 2707 à 2709 – Quelle est la position de Burlington quant à la date à laquelle BRI a établi le montant à réclamer en tant que commission de garantie?

[406] Burlington a répondu que les parties se sont entendues sur le montant à réclamer en tant que commission de garantie au moment de l'entrée en vigueur de chaque accord de garantie.

#### Thèse de l'intimée

[407] L'intimée soutient que les réponses de Burlington sont évasives et que, en substance, elle n'a pas répondu à ses questions. Selon l'intimée, Burlington doit lui donner la date exacte ou admettre qu'elle ne la connaît pas.

#### Thèse de Burlington

[408] Vu le temps qui s'est écoulé, Burlington déclare qu'elle a répondu aux questions au mieux de sa connaissance. Dans tous les cas, Burlington soutient que les questions qui visent à savoir à quel moment des documents ont été présentés, reçus ou signés ne sont pas pertinentes et que le fait d'y répondre l'obligerait à déployer des efforts disproportionnés.

[409] Burlington reconnaît que le fait que les commissions de garantie n'ont été réclamées qu'après l'émission du premier billet constituera certainement une question en litige relativement au critère de l'objet, mais elle affirme que la date exacte de la signature des ententes n'est pas pertinente.

#### Décision de la Cour

[410] Je conclus que les réponses de Burlington sont adéquates, à l'exception de ses réponses concernant les accords de commissions de garantie. Ces accords sont importants en l'espèce. L'intimée doit savoir à quel moment ces accords ont été signés.

Catégorie 69 : Faits divers

Questions 1416, 1609, 1611, 1614, 1616, 2560, 2619 et 2621

[TRADUCTION]

Question 1416 – L’intimée a présenté la pièce 43 de sa liste de documents. Le document est intitulé *Amendment No. 1, Form S-3, Registration Statement Under The Securities Act of 1933*. À la page 5 du document, l’intimée a souligné ce qui suit : « à conclure en date du 27 juin 2001 », « prospectus », « 1,5 milliard de dollars, Burlington Resources Inc., titres de créance, actions ordinaires, actions privilégiées » et « Burlington Resources – capital 1, Burlington Resources – capital 2, titres privilégiés en fiducie garantis entièrement et inconditionnellement par Burlington Resources Inc. ». L’intimée a fait remarquer à M. Delk qu’il y avait plus d’une occurrence de « capital 1 » et de « capital 2 ». Elle lui a ensuite demandé de préciser pourquoi et d’essayer d’en savoir davantage sur le document et les raisons pour lesquelles cette information a été transmise à la SEC.

[411] À la question 1416, Burlington a répondu que le document a été transmis à la SEC. Elle a également ajouté à l’audience que ce document n’est pas pertinent.

[TRADUCTION]

La transcription de l’interrogatoire préalable comporte deux questions 1609. Première question 1609 : est-il possible de connaître les raisons pour lesquelles BRI n’a pas cherché à obtenir une opinion ou des conseils quant au prix à facturer pour les commissions de garantie aux alentours de l’émission du premier billet, soit le 12 février 2001, ou avant cette date et me fournir cette réponse.

[412] En ce qui concerne la première question 1609, Burlington répond qu’elle s’est renseignée et qu’elle n’est pas en mesure de produire une réponse.

[TRADUCTION]

Deuxième question 1609 : l’intimée a demandé à M. Delk de vérifier qui a rédigé les accords de commissions de garantie du 24 août, du 17 septembre et du 16 novembre 2001 ainsi que du 25 février 2002 et de lui communiquer le nom de la personne, le nom de l’entité pour laquelle elle travaillait et ses coordonnées.

[413] À la deuxième question 1609, Burlington a répondu que les accords de garantie ont été rédigés par un avocat.

[TRADUCTION]

Question 2619 – L’intimée a demandé à M. Delk de produire tous les faits et documents au sujet de toute demande de renseignements ou autre demande au sujet des actifs de Burlington ou de leur liquidité faite par les prêteurs ou les investisseurs tiers concernés par l’émission des obligations visées par l’appel. Question 2621 – L’intimée a demandé à M. Delk de produire tous les faits et documents confirmant que l’appelante ou BRI ou quiconque agissant au nom de l’appelante ou de BRI a fourni de l’information au sujet des actifs de l’appelante et de leur liquidité aux prêteurs ou aux investisseurs tiers concernés par l’émission des obligations en litige. Question 2560 – L’intimée a demandé à M. Delk de produire tous les faits et documents confirmant que l’appelante ou BRI ou quiconque intervenant au nom de l’appelante ou de BRI à produire des informations au sujet des activités de l’appelante sur les marchés financiers aux prêteurs ou aux investisseurs tiers concernés par l’émission des obligations en cause.

[414] En réponse aux questions 2619, 2621 et 2560, Burlington déclare qu’elle s’est renseignée à ce sujet et qu’elle n’a trouvé nul document pertinent autre que ceux déjà produits par les parties.

#### Thèse de l’intimée

[415] L’intimée soutient que Burlington n’a répondu que partiellement aux questions, soit aux éléments auxquels elle voulait bien répondre.

#### Thèse de Burlington

[416] Burlington déclare que ses réponses sont appropriées, dans la mesure où elle a renvoyé l’intimée aux courriels de l’avocat de Bennett Jones concernant les accords d’août et de novembre 2001. Elle a également souligné qu’elle a produit la version finale de l’accord de février 2002 et que, sinon, elle a répondu du mieux qu’elle le pouvait. Elle a ajouté qu’elle a fait des recherches raisonnables et qu’elle n’a pas pu répondre à certaines questions.

[417] Burlington a également signalé relativement à la question 1416 que le document intitulé *Amendment No. 1 to registration statement under the Securities Act* concerne la modification d’un des accords de contribution de 2003 et qu’il n’est pas pertinent quant aux questions en cause. Pour ce qui est de la communication des activités de Burlington aux prêteurs ou aux investisseurs tiers concernés par l’émission d’obligations, Burlington réitère que ses recherches ont été vaines.

## Décision de la Cour

[418] Burlington a bel et bien répondu à la question 1416 et à la première question 1609. Aux questions 2619, 2621 et 2650, Burlington a répondu qu'elle n'a trouvé aucun document pertinent autre que ceux déjà produits par les parties. Je conclus que la réponse de Burlington est ambiguë puisque, à l'audience, ses avocats ont affirmé clairement que Burlington n'avait rien trouvé. Je suis d'avis que la deuxième question 1609 appelle une meilleure réponse. Dans l'affaire *CIBC*<sup>83</sup>, le juge en chef Rossiter a ordonné que toutes les personnes auteurs des notes de bas de page dans les états financiers consolidés et non consolidés des diverses entités de la CIBC soient identifiées et que les documents de travail qui ont résulté en la rédaction des notes de bas de page soient fournis, même si certains aspects de l'information étaient peu pertinents. Par conséquent, vu que les accords de contribution constituent un élément central de l'appel, les questions sont pertinentes. Burlington doit donc communiquer à l'intimée le nom de la personne qui a rédigé les accords de garantie, le nom de l'entité au service de laquelle elle était et ses coordonnées.

## Catégorie 70 : Interactions entre les prêteurs et les transactions financières hybrides

### Questions 3282, 3284 à 3286 et 3288 à 3296

[TRADUCTION]

Question 3282 – Parmi les investisseurs tiers y en a-t-il qui ont demandé une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie?

Question 3284 – Veuillez exposer tous les faits en possession de l'appelante qui permettent de confirmer que des investisseurs tiers ont demandé, ou non, une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie.

Question 3285 – Veuillez fournir les copies de tous les documents au sujet des investisseurs tiers qui ont demandé une ou l'ensemble des transactions financières hybrides.

Question 3286 – Parmi les investisseurs tiers, y en a-t-il qui ont exigé une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie?

---

<sup>83</sup> Précitée, aux paragraphes 274 et 275.

Question 3288 – Veuillez exposer tous les faits en la possession de l'appelante qui permettent de confirmer que des investisseurs tiers ont exigé, ou non, une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie.

Question 3289 – Veuillez fournir les copies de tous les documents au sujet des investisseurs tiers qui ont exigé une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, à l'exception de la garantie.

Question 3290 – BRI a-t-elle déjà demandé à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie?

Question 3291 – Veuillez exposer tous les faits en possession de l'appelante qui permettent de confirmer que BRI a demandé, ou non, à un investisseur tiers si les transactions financières hybrides pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie.

Question 3292 – Veuillez exposer tous les faits en possession de l'appelante qui permettent de confirmer que BRI a demandé, ou non, à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie.

Question 3293 – Veuillez produire tous les documents en possession de l'appelante qui permettent de confirmer que BRI a demandé, ou non, à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie.

Question 3294 – L'appelante a-t-elle déjà demandé à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie?

Question 3295 – Veuillez exposer tous les faits en possession de l'appelante qui permettent de confirmer qu'elle a demandé, ou non, à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie.

Question 3296 – Veuillez produire tous les documents qui permettent de confirmer que l'appelante a demandé, ou non, à un investisseur tiers si une ou l'ensemble des transactions financières hybrides, outre la garantie, pouvaient être utilisées au lieu d'une garantie.

[419] En réponse, Burlington a déclaré qu'elle souscrit à ce qu'elle qualifie de position de l'intimée, soit qu'elle n'aurait pas été en mesure de mener ses activités financières ni d'obtenir une cote d'évaluation d'investissements sans la garantie

inconditionnelle de BRI, et que tout prêteur sans lien de dépendance exigerait une garantie inconditionnelle de la part de BRI.

#### Thèse de l'intimée

[420] L'intimée soutient que, même si elle n'a pas refusé de répondre, Burlington a produit une réponse évasive et n'a donc, en substance, pas répondu à la question.

#### Thèse de Burlington

[421] Burlington soutient qu'il n'y a pas controverse entre les parties et que, par conséquent, sa réponse est appropriée. De plus, Burlington fait valoir que les demandes concernant les faits et les documents sont beaucoup trop larges puisque certains faits ne sont pas pertinents quant au litige et qu'elles exigeraient la production d'une quantité disproportionnée de documents (vu qu'aucune période de recherche n'a été établie et que la partie en possession des documents est inconnue). Plus particulièrement, elle est d'avis que les communications entre ces investisseurs ou prêteurs et Burlington après l'émission du prospectus ne permettent pas de déterminer les raisons pour lesquelles BRI et Burlington ont conclu l'accord de garantie mentionné dans ce prospectus.

[422] Burlington renvoie en outre à l'affidavit de M<sup>me</sup> Hoang susmentionné, dans lequel elle mentionne le roulement de personnel observé durant la période visée et une politique générale de destruction de documents après une période donnée.

#### Décision de la Cour

[423] Toutes ces questions ont été mises en délibéré. À mon avis, cela constitue un refus de répondre.

[424] Il est évident que Burlington n'a pas répondu aux questions. Cependant, le prospectus confirme que la dette faisait l'objet d'une garantie inconditionnelle de BRI. D'après ce que je crois comprendre, les transactions financières hybrides ne figurent pas dans le prospectus. Comme alors un investisseur tiers peut-il être au courant des transactions financières hybrides? Ensuite, pourquoi un investisseur tiers s'intéresserait-il aux transactions financières hybrides si la dette fait l'objet d'une garantie inconditionnelle de BRI? Même si les questions étaient pertinentes, leur



pertinence est donc, à mon avis, accessoire à la question en litige et, plus particulièrement, au principe de proportionnalité.

## XI. Conclusion

[425] La requête est accueillie en partie. L'appelante devra répondre aux questions conformément aux présents motifs.

[426] Une conférence téléphonique sera tenue en vue de déterminer la procédure à suivre, de fixer les délais et de discuter des dépens de la requête.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour d'août 2017.

« Johanne D'Auray »

---

Juge D'Auray

Traduction certifiée conforme  
ce 7<sup>e</sup> jour de novembre 2018.

François Brunet, réviseur

RÉFÉRENCE : 2017 CCI 144

N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2012-2683(IT)G

INTITULÉ : BURLINGTON RESOURCES FINANCE  
COMPANY c LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Les 27, 28, 29 et 30 juin 2016

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : L'honorable juge Johanne D'Auray

DATE DE L'ORDONNANCE : Le 3 août 2017

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelante : M<sup>e</sup> Alexander Cobb  
M<sup>e</sup> Andrew Boyd

Avocates de l'intimée : M<sup>e</sup> Erin Strashin  
M<sup>e</sup> Naomi Goldstein  
M<sup>e</sup> Donna Dorosh

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelante :

Nom : Alexander Cobb  
Andrew Boyd

Cabinet : Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Pour l'intimée :

Nathalie G. Drouin  
Sous-procureure générale du Canada  
Ottawa, Canada