

---

---

## Divulgence volontaire au Directeur : confidentialité et privilège

Yves Bériault et Madeleine Renaud\*

Les dernières années ont permis de constater l'étendue et l'importance des pouvoirs d'enquête et de contrôle des autorités gouvernementales en vertu de la *Loi sur la concurrence*. C'est dans ce contexte que les auteurs se penchent sur la protection de la confidentialité des renseignements transmis volontairement ou par contrainte au Directeur des enquêtes et recherches chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence*. À cette fin, les auteurs étudient d'abord la portée des garanties de confidentialité offertes par l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*, de même que par la *Loi sur l'accès à l'information*. Les auteurs traitent ensuite, dans le cadre d'une étude jurisprudentielle de la question, des circonstances limitées permettant d'empêcher la divulgation des renseignements confidentiels transmis au Directeur et par ailleurs pertinents aux fins d'une instance judiciaire.

The experience of the last few years has prompted a growing awareness of the scope and scale of the investigative powers vested in government authorities by the *Competition Act*. It is against this backdrop that the authors examine the confidentiality of information which business people disclose, either voluntarily or under compulsion, to the Director of Investigation and Research in charge of the enforcement of the *Act*. In Part I, the authors analyze the scope of the confidentiality provision found in section 29 of the *Competition Act*, as well as those found in the *Access to Information Act*. Part II reviews the relevant case law on the circumstances in which confidential information given to the Director can be withheld from disclosure in judicial proceedings.

---

\* McCarthy Tétrault – Montréal.

### Sommaire

#### Introduction

##### I. Confidentialité

- A. Loi sur la concurrence
- B. Loi sur l'accès à l'information

##### II. Divulgarion dans le cadre d'une instance judiciaire

- A. Introduction
- B. Jurisprudence
  1. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.*
  2. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*
  3. *Middlekamp c. Fraser Valley Real Estate Board*

#### Conclusion

\* \* \*

#### Introduction

En 1986, la *Loi sur la concurrence*<sup>1</sup> a été profondément modifiée. Par la décriminalisation de certaines dispositions, principalement celles ayant trait aux fusions et aux monopoles, la *Loi sur la concurrence* est devenue plus efficace et, de ce fait, a considérablement augmenté les possibilités d'intervention gouvernementale. D'autres amendements ont renforcé les dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence* et modifié les articles conférant des pouvoirs d'enquête au Directeur des enquêtes et recherches (« le Directeur ») chargé de son application. Depuis, les tribunaux ont confirmé les assises constitutionnelles de la *Loi sur la concurrence*<sup>2</sup> et circonscrit la portée de ses nouvelles dispositions non criminelles<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, mod. par L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> supp.), c. 27, art. 187, 189, L.R.C. 1985 (2<sup>e</sup> supp.), c. 19, Partie II, L.R.C. 1985 (3<sup>e</sup> supp.), c. 34, art. 8, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> supp.), c. 1, art. 11, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> supp.), c. 10, art. 18, L.C. 1990, c. 37, art. 29-32, L.C. 1991, c. 45, art. 547-550, L.C. 1991, c. 46, art. 590-594, L.C. 1991, c. 47, art. 714-717, L.C. 1992, c. 1, art. 44-46, 145, L.C. 1992, c. 14, art. 1, L.C. 1993, c. 34, art. 50-51.

<sup>2</sup>*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 255; *Canada (P.G.) c. Alex Couture Inc.*, [1991] R.J.Q. 2534, 83 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577, 38 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 293 (C.A.); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 36, 43 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 1.

<sup>3</sup>*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Xerox Canada Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 83 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 1 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings*

Toutes ces modifications ont ouvert la voie à une intervention plus vaste, plus flexible et plus musclée des autorités gouvernementales. Le Directeur<sup>4</sup> est devenu l'un des intervenants économiques les plus importants au pays. Pour l'accomplissement de sa tâche, la *Loi sur la concurrence* lui confère des pouvoirs considérables qui lui donnent accès à d'innombrables renseignements commerciaux. Le Directeur obtient ces informations non seulement par les méthodes traditionnelles et coercitives de la perquisition et de l'interrogatoire, mais encore, et de plus en plus, au moyen d'une communication volontaire de la part des entreprises. En effet, plus le Directeur a l'occasion et les moyens d'intervenir, plus les entreprises choisiront de lui fournir documents et renseignements : par exemple, dans le cadre de négociations d'une ordonnance d'interdiction en vertu de l'article 34 de la *Loi sur la concurrence*, ou encore de négociations sur sentence dans le contexte d'un plaidoyer de culpabilité. De plus, le Directeur a récemment mis sur pied, de concert avec le Procureur général, un programme d'immunité en vertu duquel une personne susceptible d'être accusée d'une infraction criminelle peut bénéficier de l'immunité si elle fournit des renseignements sur l'infraction en cause.

En outre, dans le cadre de son programme de conformité, le Directeur incite les entreprises à s'adresser à lui pour s'assurer qu'elles agissent conformément à la *Loi sur la concurrence*, ce qui se fait de plus en plus en pratique au fur et à mesure qu'augmentent les possibilités d'intervention de l'État. Par exemple, en matière de fusion, le Directeur est systématiquement informé de toutes les transactions importantes<sup>5</sup> ; il obtient de plus des renseignements détaillés quand les parties décident de demander un certificat de décision préalable<sup>6</sup> ou quand, pour éviter qu'une demande ne soit portée devant le Tribunal de la concurrence, elles acceptent volontairement de modifier la transaction projetée ou d'accepter une ordonnance de consentement<sup>7</sup>. Finalement, le Directeur reçoit de multiples informations de personnes qui désirent porter plainte à l'endroit d'un concurrent ou d'une entreprise qui se livre à des activités interdites ou réglementées par la *Loi sur la concurrence*.

De façon générale, ces informations sont considérées par les entreprises en cause comme confidentielles, ou à tout le moins « de diffusion restreinte » ; n'oublions pas qu'il s'agit de concurrence, et que l'entreprise a tout intérêt à ce que ses concurrents n'aient pas accès aux informations qu'elle veut ou doit révéler au Directeur. C'est dans un tel contexte que nous avons jugé utile de nous pencher sur la protection dont peuvent bénéficier les renseignements de plus en plus nombreux qui sont transmis au Directeur et que les entreprises estiment confidentiels. Quelle assurance l'avocat peut-il donner à son client que ces informations demeureront confidentielles et ne seront pas divulguées au public ou à ses concurrents ?

---

(Canada) (1992), 41 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 289 (Trib. conc.) ; Canada (*Directeur des enquêtes et recherches*) c. *Southam Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 161 (Trib. conc.).

<sup>4</sup>Tout au long du présent texte, nous utilisons le terme « Directeur » au sens large, c'est-à-dire pour référer à tous les fonctionnaires chargés de l'application de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>5</sup>*Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, art. 108 et s.

<sup>6</sup>*Ibid.*, art. 102.

<sup>7</sup>*Ibid.*, art. 105.

Nous chercherons en outre, dans un deuxième temps, à connaître le sort réservé à ces renseignements dans l'hypothèse où l'affaire est portée devant les tribunaux. Comment savoir à l'avance si les renseignements donnés volontairement au Directeur risquent d'être utilisés dans le cadre d'une instance judiciaire ultérieure ? Ces questions se posent notamment en raison des divers recours ouverts au Directeur en vertu de la *Loi sur la concurrence*, et avec une acuité particulière dans le contexte du recours en dommages prévu à l'article 36. En effet, lorsqu'une violation des dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence* ou d'une ordonnance rendue en vertu de cette dernière cause préjudice, la victime peut maintenant obtenir réparation de la personne fautive par une action civile ; pourra-t-elle, dans le cadre de cette instance civile, obliger le défendeur à divulguer ses communications avec le Directeur ?

## I. Confidentialité

### A. Loi sur la concurrence

L'article 29 de la *Loi sur la concurrence* impose aux fonctionnaires chargés de son application l'obligation de respecter la confidentialité de certains renseignements obtenus dans l'exécution de leurs fonctions :

29. (1) Il est interdit à quiconque exerce ou a exercé des fonctions dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi de communiquer ou de permettre que soient communiqués à une autre personne, sauf à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi ou dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi :
- a) l'identité d'une personne de qui des renseignements ont été obtenus en application de la présente loi ;
  - b) l'un quelconque des renseignements obtenus en application de l'article 11, 15, 16 ou 114 ;
  - c) quoi que ce soit concernant la question de savoir si un avis a été donné ou si des renseignements ont été fournis conformément à l'article 114 à l'égard d'une transaction proposée ;
  - d) tout renseignement obtenu d'une personne qui demande un certificat conformément à l'article 102.
- (2) Le présent article ne s'applique pas à l'égard de renseignements qui sont devenus publics.

Une lecture attentive de cet article révèle que sa portée est plutôt restreinte. Premièrement, la confidentialité n'est assurée que dans des cas très particuliers, qui sont les suivants :

- 1) L'alinéa a) protège l'identité de la personne qui fournit des renseignements au Directeur en application de la *Loi sur la concurrence* ; il peut s'agir d'un plaignant, d'un témoin, d'un concurrent, voire de la personne même qui fait l'objet d'une enquête. Soulignons qu'aux termes de cet alinéa, seule l'identité de cette personne est confidentielle, et non la teneur des renseignements qu'elle transmet au Directeur.
- 2) Sont également protégés par l'alinéa b) les renseignements obtenus dans l'exercice des vastes pouvoirs de contrainte dont jouit le Directeur : ordonnance obligeant une personne à se faire interroger sous serment et à produire

des documents<sup>8</sup>, perquisition autorisée par un mandat<sup>9</sup>, y compris la perquisition de données informatisées<sup>10</sup>. Dans ces cas, la *teneur* même des renseignements que recueille le Directeur doit demeurer confidentielle.

- 3) En matière de fusion, l'alinéa *b*) protège la confidentialité des renseignements obtenus en vertu des dispositions qui obligent les parties à certaines fusions à aviser le Directeur de la transaction envisagée<sup>11</sup>, et l'alinéa *c*) interdit au Directeur de divulguer le fait qu'un avis a été ou non donné en vertu de ces dispositions. De plus, si les parties décident de demander une décision préalable en vertu de l'article 102, l'alinéa *d*) protège les renseignements fournis dans le cadre de cette demande. Soulignons que ces alinéas ne visent pas les renseignements fournis au Directeur sur un projet de fusion dans le cadre de son programme de conformité.

On voit donc qu'à toutes fins utiles, l'article 29 ne protège que les informations obtenues par la contrainte, qu'elle soit directe (perquisition ou interrogatoire) ou plus ou moins indirecte, puisque le défaut d'informer le Directeur d'une fusion projetée qui tombe sous le coup de l'article 114 constitue une infraction pénale<sup>12</sup>. En effet, l'article 29 n'oblige nullement le Directeur à préserver la confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués *de plein gré* dans le cadre d'une enquête, ni des informations qui lui sont transmises, par exemple, dans le cadre de négociations d'une ordonnance d'interdiction en vertu de l'article 34 de la *Loi sur la concurrence*, d'un plaidoyer de culpabilité ou d'une demande d'immunité. Il nous paraît curieux que l'article 29 assure la confidentialité des informations obtenues par la contrainte, alors que les renseignements fournis volontairement ne bénéficient pas de cette protection.

Deuxièmement, l'obligation de confidentialité créée par l'article 29, déjà considérablement restreinte, n'est pas absolue. D'une part, les informations peuvent être divulguées « à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi » (ou, de façon plus compréhensible dans la version anglaise, *a Canadian law enforcement agency*). Il est donc possible que le Directeur transmette les renseignements fournis de plein gré ou obtenus par voie de contrainte aux corps policiers ou autres organismes d'enquête du même genre, s'il y a lieu de croire qu'une infraction à d'autres lois a été commise. Il est intéressant de noter que l'article 29 ne décharge le Directeur de son obligation de confidentialité qu'à l'endroit des organismes *canadiens* ; il ne pourrait donc transmettre les renseignements énumérés à l'article 29 à un organisme étranger, par exemple un organisme américain qui enquêterait sur un comportement antitrust impliquant des compagnies canadiennes. Pour reprendre l'observation du paragraphe précédent, il nous paraît curieux que le Directeur ait toute liberté pour transmettre à un organisme étranger les informations qui lui sont transmises volontairement, alors qu'il n'a pas le pouvoir de transmettre les renseignements qu'il obtient par l'exercice de ses pouvoirs de contrainte.

---

<sup>8</sup>*Ibid.*, art. 11.

<sup>9</sup>*Ibid.*, art. 15.

<sup>10</sup>*Ibid.*, art. 16.

<sup>11</sup>*Ibid.*, art. 108 et s.

<sup>12</sup>*Ibid.*, art. 65(2).

D'autre part, l'obligation de confidentialité imposée par l'article 29 prend également fin lorsque les informations sont transmises « dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi » (*for the purposes of the administration or enforcement of this Act* dans la version anglaise). Nous n'avons trouvé aucune jurisprudence qui nous permettrait de circonscrire la portée de cette exception à l'obligation de confidentialité. Les termes employés à l'article 29 (« application » en français et *administration* en anglais) sont extrêmement larges et il est difficile de conceptualiser les situations dont ils entendent disposer. En effet, on pourrait penser qu'ils autorisent la divulgation aux experts ou juristes auxquels le Directeur a recours dans le cadre de ses enquêtes, mais à notre avis ces personnes sont déjà visées par les premiers mots de l'article 29. On pourrait aussi penser qu'ils visent les cas où l'affaire est portée devant les tribunaux, mais il a cependant été décidé que l'article 29 ne créait pas une règle d'exclusion de la preuve<sup>13</sup> ; ce n'est donc pas cette éventualité qui est visée par l'expression « application ou contrôle d'application ». Si l'on ajoute la divulgation aux organismes d'enquête déjà prévue au paragraphe introductif de l'article 29, on se demande dans quels autres cas d'« application ou de contrôle d'application de la loi » le Directeur pourrait avoir à divulguer les renseignements énumérés à l'article 29.

Compte tenu de la portée très limitée de l'article 29, il faut conclure qu'à moins de pouvoir invoquer d'autres dispositions législatives, la personne qui transmet volontairement des renseignements au Directeur ne bénéficie d'aucune garantie législative quant à la confidentialité de ces renseignements.

## B. Loi sur l'accès à l'information

La personne désireuse de maintenir la confidentialité des renseignements qu'elle fournit volontairement au Directeur devra donc faire appel à la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>14</sup> pour éviter que ces renseignements soient divulgués au public. Nous n'entendons pas faire ici une étude exhaustive de la *Loi sur l'accès à l'information* ni des mécanismes de demande de communication, du traitement de ces demandes et des recours en cas de refus, mais un simple survol des dispositions susceptibles de s'appliquer pour empêcher la communication des renseignements transmis au Directeur à une personne qui en ferait la demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cependant, comme nous le verrons plus loin, même si la *Loi sur l'accès à l'information* assure une certaine confidentialité, les principes qui la sous-tendent font en sorte que la confidentialité est loin d'être assurée dans tous les cas.

Comme l'indique son article 2, la *Loi sur l'accès à l'information* a pour objet d'élargir l'accès du public aux documents en possession de l'administration fédérale. Sous réserve des autres dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'article 4 confère à une personne présente au Canada le droit d'exi-

<sup>13</sup>*Middlekamp c. Fraser Valley Real Estate Board* (1990), 32 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 206 (C.S.C.-B.) ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 390 (Trib. conc.) (en appel C.A.F. A-429-91) [ci-après *Southam*].

<sup>14</sup>L.R.C. 1985, c. A-1.

ger la communication des documents des « institutions fédérales », notamment du Bureau du directeur des enquêtes et recherches<sup>15</sup>.

Selon l'interprétation donnée par la jurisprudence, l'article 4 établit le principe selon lequel tout document d'une institution fédérale visée par la *Loi sur l'accès à l'information* doit être communiqué à la personne qui en fait la demande, à moins d'être expressément et clairement visé par une exception. En cas de doute quant à l'application d'une exception, il faut permettre la divulgation<sup>16</sup>. L'expression « documents des institutions fédérales » (*any record under the control of a government institution*) désigne tous les documents qui sont en la possession d'un organisme assujéti à la *Loi sur l'accès à l'information*, qu'ils aient été préparés par les fonctionnaires de cet organisme ou par des tiers<sup>17</sup>. Enfin, comme la communication est la règle et la non-divulgation, l'exception, il incombe à celui qui veut empêcher la communication d'un document d'établir que ce document tombe sous le coup de l'une des exceptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information*, lesquelles s'interprètent restrictivement<sup>18</sup>. En raison de ces nombreux principes dégagés par la jurisprudence, le client pourra difficilement obtenir l'assurance que les renseignements qu'il s'appête à donner volontairement au Directeur ne pourront être divulgués aux personnes qui en feraient la demande.

La première exception susceptible de s'appliquer à ces renseignements se retrouve à l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information*, dont le texte se lit comme suit :

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur la concurrence* figure à l'annexe II de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>19</sup>. L'exception prévue à l'article 24 est obligatoire, ce qui signifie qu'aucun des renseignements énumérés au paragraphe 29(1) ne peut être communiqué à une personne qui en fait la demande, à moins que la partie concernée ne consente à cette communication ou que l'information ne soit déjà accessible au public. L'article 24 ne fait donc qu'assurer la confidentialité des renseignements déjà énumérés à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*, dont nous avons discuté plus haut.

<sup>15</sup>*Loi sur l'accès à l'information*, *ibid.*, art. 3 ; *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1985 (2<sup>e</sup> supp.), c. 19, art. 46(3).

<sup>16</sup>*Maislin Industries Ltd. c. Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce)*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.) [ci-après *Maislin Industries*] ; *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1987), [1988] 1 C.F. 446, 18 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 356 (1<sup>re</sup> inst.) [ci-après *Piller Sausages* avec renvois aux C.F.].

<sup>17</sup>*Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 à la p. 151 (1<sup>re</sup> inst.) [ci-après *Bande indienne de Montana*] ; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 à la p. 485, 23 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 297 (1<sup>re</sup> inst.) [ci-après *Ottawa Football Club* avec renvois aux C.F.].

<sup>18</sup>*Maislin Industries*, *supra* note 16 ; *Ottawa Football Club*, *ibid.* ; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)* (1992), 41 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 512 (C.F. (1<sup>re</sup> inst.)) [ci-après *Cyanamid Canada*].

<sup>19</sup>L.R.C. 1985 (2<sup>e</sup> supp.), c. 19, art. 46(3).

La deuxième disposition qui nous intéresse est l'article 20 de la *Loi sur l'accès à l'information*, qui prévoit une exception au principe général de divulgation pour les renseignements provenant de tiers :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :
- a) des secrets industriels de tiers ;
  - b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers ;
  - c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ;
  - d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

En vertu de cet article, l'institution fédérale a encore une fois l'obligation de refuser la communication de documents qui tombent sous le coup des exceptions prévues aux alinéas a) à d) du paragraphe 20(1). Ce sont sans doute les alinéas b), c) et d) qui revêtent le plus d'importance en matière de concurrence et qui sont les plus susceptibles d'être invoqués par la personne qui a fourni des renseignements au Directeur, afin d'éviter la communication de ces renseignements au public.

Cependant, pour invoquer avec succès l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b), il faut établir que le document répond aux quatre conditions suivantes : 1) le document doit contenir des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques ; 2) ces renseignements doivent être de « nature confidentielle », ce qui s'apprécie en fonction d'un critère objectif selon le contenu, l'objet et les circonstances entourant la préparation et la communication des renseignements, et non de la perception de la personne qui les a fournis<sup>20</sup> ; 3) les renseignements doivent être « fournis » à une institution fédérale par un tiers, volontairement ou conformément à une exigence légale ; 4) les renseignements doivent avoir toujours été traités de façon confidentielle par le tiers, c'est-à-dire, dans le cas d'une entreprise, que seuls ses employés et conseillers tenus à une obligation de garder le secret y ont accès ; cette condition s'évalue en fonction d'un critère subjectif, et la communication sera permise si les renseignements sont autrement accessibles au public<sup>21</sup>.

Le fait que des renseignements ont été communiqués à un organisme fédéral sous le sceau de la confidentialité ne suffit pas nécessairement pour satisfaire au critère de confidentialité objective prévu à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Toutefois, cette démarche sera un élément important pour établir le critère de confidentialité subjective, c'est-à-dire pour démontrer que la personne de qui émanent les renseignements les a toujours traités de façon confidentielle<sup>22</sup>. Il nous paraît donc souhaitable, si l'on veut pouvoir invoquer l'ali-

---

<sup>20</sup>*Cynamid Canada*, supra note 18 aux pp. 529-30.

<sup>21</sup>*Bande indienne de Montana*, supra note 17 aux pp. 153 et s.

<sup>22</sup>*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires Extérieures)*, [1990]

néa 20(1)b), de toujours préciser, le cas échéant, que les renseignements transmis volontairement au Directeur sont de nature confidentielle.

Quant aux alinéas 20(1)c) et d), il importe peu que les renseignements soient confidentiels ou non, puisque ce critère n'est pas mentionné dans le libellé de l'article. Par contre, le requérant doit établir que la divulgation entraîne un « risque vraisemblable de préjudice *probable* » ; le risque de préjudice doit être vraisemblable, mais la certitude n'est pas exigée<sup>23</sup>. La preuve de préjudice doit être détaillée et convaincante, et elle doit établir la présence d'un lien de causalité direct entre la communication des renseignements et le préjudice subi<sup>24</sup>. Il est évident que cette preuve pourrait être difficile à établir et qu'il est loin d'être sûr que ces alinéas pourront être invoqués avec succès.

On notera cependant que comme l'indique le paragraphe 20(5) de la *Loi sur l'accès à l'information*, les exceptions prévues au paragraphe 20(1) prennent fin si le tiers consent à la communication des renseignements. Quant au paragraphe 20(6), il permet la communication des renseignements fournis pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publique ainsi que la protection de l'environnement, ce qui implique un exercice d'équilibre entre l'intérêt public et le préjudice subi par la personne qui a fourni les renseignements.

Enfin, l'article 16 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit une autre exception au principe de divulgation :

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents :

- a) datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant des renseignements obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait :
  - (i) à la détection, la prévention et la répression du crime,
  - (ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ;

[...]

- c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,
- (iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête ;

[...]

Le Directeur est un « organisme d'enquête déterminé par règlement » pour les fins de l'alinéa 16(1)a)<sup>25</sup>. Contrairement aux exceptions que nous avons vues

3 C.F. 665 à la p. 678, 72 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 113 (1<sup>ère</sup> inst.).

<sup>23</sup>*Ottawa Football Club*, supra note 17 à la p. 483 ; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 à la p. 488 (1<sup>ère</sup> inst.) ; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 315, 107 N.R. 89 (C.A.F.) ; *Northern Cruiser Co. c. R.* (1991), 47 F.T.R. 192 (C.F. (1<sup>ère</sup> inst)).

<sup>24</sup>*Piller Sausages*, supra note 16 à la p. 464.

<sup>25</sup>Règlement sur l'accès à l'information, DORS/83-507, art. 9.

aux articles 20 et 24 de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'exception prévue à l'article 16 n'est pas obligatoire. Le Directeur jouit donc d'une certaine discrétion pour divulguer ou refuser de divulguer les renseignements obtenus dans le cadre de ses enquêtes en vertu des dispositions tant criminelles que non criminelles de la *Loi sur la concurrence*. Ce pouvoir discrétionnaire revient au Directeur, et la *Loi sur la concurrence* ne prévoit aucun critère pour en guider l'exercice. Cependant, il nous paraît certain que le Directeur assurera la confidentialité des renseignements prévus à cet article dans l'intérêt même de l'application efficace de la *Loi sur la concurrence*, et notamment des programmes de conformité et d'immunité qu'il a mis en place.

Les entreprises et les praticiens trouveront donc dans la *Loi sur l'accès à l'information* une certaine assurance de confidentialité en ce qui a trait à plusieurs des renseignements qu'ils décideront de fournir volontairement au Directeur. Toutefois, vu l'interprétation restrictive donnée par la jurisprudence aux exceptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* ainsi que le fardeau de preuve qui incombe à la personne invoquant ces exceptions, il sera souvent difficile d'assurer au client que les renseignements qu'il s'apprête à divulguer demeureront confidentiels si quelqu'un en fait la demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*.

## II. Divulgence dans le cadre d'une instance judiciaire

### A. Introduction

Avant d'aborder la question de la divulgation des informations transmises au Directeur dans le cadre d'une instance judiciaire, il importe de distinguer deux notions proches mais distinctes sur le plan juridique : la confidentialité et le privilège. Ainsi, bien que les renseignements transmis au cours d'une enquête puissent être confidentiels en ce sens qu'ils ne peuvent être communiqués au public en vertu de l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* ou en vertu des dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, la confidentialité ne suffit pas en soi à mettre ces renseignements à l'abri de toute divulgation lorsque l'affaire sur laquelle ils portent se retrouve devant les tribunaux.

En effet, dès lors qu'une instance judiciaire est en cours, toute information pertinente devient en principe admissible en preuve, peu importe qu'elle ait été communiquée ou non sous le sceau de la confidentialité. En matière de preuve, c'est la pertinence qui régit l'admissibilité, et tout document ou communication pertinent peut être reçu en preuve, à moins qu'il ne soit exclu par l'une des exceptions reconnues par la loi, comme la règle d'exclusion du ouï-dire ou le privilège.

Le privilège est une règle d'exclusion de la preuve fondée sur l'intérêt public. Bien que l'intérêt de la justice exige que le juge parvienne à la vérité au moyen de tous les éléments de preuve pertinents, le privilège vient protéger la confidentialité de communications dont la divulgation risquerait de compromettre un intérêt public supérieur :

Si l'objet d'un procès est la recherche de la vérité, le public et le système judiciaire ont droit à toute preuve pertinente afin que justice soit rendue. En conséquence, toute preuve pertinente est présumée recevable. La loi et les règles de preuve de la *common law* prévoient des exceptions qui ont été conçues de manière à exclure des éléments de preuve qui ne sont ni pertinents, ni fiables, qui sont susceptibles d'avoir été fabriqués ou qui rendraient le procès inéquitable. Les tribunaux et les législateurs ont également été d'avis de limiter la recherche de la vérité par l'exclusion d'éléments de preuve probants, fiables et pertinents pour répondre à une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire. C'est là la source des privilèges applicables à certaines communications privées.<sup>26</sup>

C'est ainsi que sont considérées privilégiées notamment les communications entre l'avocat et son client<sup>27</sup>, les renseignements fournis à l'avocat à l'occasion ou en prévision d'un procès<sup>28</sup>, les négociations en vue de parvenir au règlement d'un litige<sup>29</sup>, l'identité de l'indicateur de police<sup>30</sup> et les renseignements couverts par l'immunité d'intérêt public<sup>31</sup>. La loi ne reconnaît aucun privilège à l'égard des communications confidentielles auxquelles ne s'attache aucune considération d'intérêt public ; bien que la confidentialité soit un élément essentiel de la protection que confère le privilège, elle ne suffit pas à elle seule à justifier l'exclusion d'un élément de preuve au stade du procès<sup>32</sup>. Pour empêcher toute divulgation dans ce contexte, la personne qui s'oppose à la production d'une communication confidentielle doit pouvoir invoquer un privilège reconnu par la loi.

Enfm, soulignons que comme le privilège fait obstacle au processus de recherche de la vérité, les catégories de communications privilégiées sont limitées<sup>33</sup> et les conditions d'ouverture à leur application sont en principe interprétées restrictivement.

Ceci étant dit, soulignons que même dans l'éventualité où les renseignements fournis au Directeur et considérés comme confidentiels par l'entreprise sont admissibles en preuve devant les tribunaux et peuvent donc servir contre la personne qui les a fournis, il est cependant possible de restreindre leur diffusion en demandant une ordonnance à cet effet.

Par exemple, l'article 15 des *Règles du Tribunal de la concurrence*<sup>34</sup> prévoit que lorsqu'une partie demande que l'accès à un document soit interdit au

<sup>26</sup>R. c. *Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 à la p. 295, [1991] 6 W.W.R. 673.

<sup>27</sup>*Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, 105 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 745.

<sup>28</sup>Voir aussi *Montreal Street Railway Co. c. Feigleman* (1913), 22 B.R. 102 [ci-après *Montreal Street Railway*]; *Susan Hosiery Ltd. c. M.R.N.* (1969), 23 D.T.C. 5278, [1969] C.T.C. 353; *Levin c. Boyce*, [1985] 4 W.W.R. 702, 19 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 128 (C.A. Man.).

<sup>29</sup>Voir notamment *Ciments Canada Lafarge Ltée c. Société d'énergie de la Baie James*, [1989] R.J.Q. 2559 (C.S.), et la jurisprudence qui y est citée.

<sup>30</sup>*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 2 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193, 7 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 385; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979.

<sup>31</sup>*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, 35 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161, 30 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 498 [avec renvois aux R.C.S.]; *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37-39.

<sup>32</sup>*Canada (Solliciteur général) c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494 à la p. 512, 128 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 193, 62 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 193.

<sup>33</sup>*R. c. Gruenke*, *supra* note 26 à la p. 296.

<sup>34</sup>*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/87-373.

public ou à certaines personnes, le Tribunal peut rendre une ordonnance dite « de confidentialité »<sup>35</sup>. Ce genre d'ordonnance restreint généralement l'accès aux documents en cause aux procureurs agissant pour les parties et, le cas échéant, pour les intervenants, ainsi qu'à un expert. Toutes ces personnes doivent habituellement s'engager formellement à respecter la confidentialité des documents et à en retourner les copies qu'elles ont pu en prendre à la fin de l'instance. De plus, le Tribunal peut exiger des parties qu'elles s'engagent à utiliser les documents transmis par la partie adverse uniquement pour les fins du litige en cours<sup>36</sup>, et à informer la partie adverse de l'identité des personnes auxquelles les documents confidentiels seront divulgués<sup>37</sup>.

Les cours supérieures des provinces peuvent également rendre le même genre d'ordonnance en vertu de leurs pouvoirs inhérents<sup>38</sup>. Cependant, il est loin d'être assuré que les tribunaux exerceront ce pouvoir inhérent dans un cas donné, puisque la publicité du procès est la règle et qu'un fardeau de preuve très lourd incombe à celui qui veut interdire l'accès du public aux dossiers de la cour<sup>39</sup>.

## B. *Jurisprudence*

Depuis la réforme de la *Loi sur la concurrence*, plusieurs requêtes présentées au stade de la communication des documents (le *discovery* des tribunaux de *common law*) ont donné lieu à des jugements motivés sur la divulgation, dans le cadre d'une instance judiciaire, des communications échangées avec le Directeur. Ces décisions sont particulièrement intéressantes puisqu'elles ont trait à des situations susceptibles de survenir couramment.

### 1. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.*<sup>40</sup>

On se rappellera que dans l'affaire *Chrysler*, le Directeur avait saisi le Tribunal de la concurrence d'une demande en vertu de l'article 75 de la *Loi sur la concurrence* qui porte sur le refus de vendre. La demande visait à obliger Chrysler Canada Ltd. (« Chrysler ») à accepter comme client Richard Brunet, qui avait porté plainte contre le comportement de Chrysler à son endroit.

<sup>35</sup>À cet égard, on consultera avec profit une décision interlocutoire récente du Tribunal de la concurrence, où celui-ci expose en détail l'objet et la portée des ordonnances de confidentialité, ainsi que les circonstances dans lesquelles ces ordonnances peuvent être rendues : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 395 (Trib. conc.).

<sup>36</sup>*Southam, supra* note 13 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.* (1991), 38 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 187 (Trib. conc.) (en appel C.A.F. n° A-521-91).

<sup>37</sup>*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd., ibid.*

<sup>38</sup>Voir par ex. *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1990), 36 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 142 (Alta. Q.B.) ; *G.-M.(N.) c. S.*, [1988] R.J.Q. 1269 à la p. 1269 (C.S.).

<sup>39</sup>*Nouvelle-Écosse (P.G.) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175 à la p. 189, 132 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 385, 65 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 129 ; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 aux pp. 1338-39, 64 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577, [1990] 1 W.W.R. 577.

<sup>40</sup>(5 juillet 1989), CT-88/4, document n° 180 (Trib. conc.) (décision sur le privilège s'appliquant aux documents) [ci-après *Chrysler*] ; la décision du Tribunal sur le fond est publiée à (1989), 27 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 1 (Trib. conc.).

Dans le cadre de la communication de documents prévue à l'article 14 des *Règles du Tribunal de la concurrence*<sup>41</sup>, le Directeur s'est opposé, dans son affidavit de documents, à la production de toutes les communications entre M. Brunet et le personnel du Bureau depuis le début de l'enquête, au motif que ces communications étaient privilégiées. Le Tribunal a jugé que la plupart des documents à l'égard desquels le Directeur avait revendiqué un privilège étaient effectivement privilégiés, parce qu'ils avaient été préparés « à l'occasion d'un litige ou en prévision d'un litige ». Dans ses motifs, le Tribunal a écrit ce qui suit :

In the present instance, the Director has been granted certain powers, to investigate complaints, to seize documents, to prepare for litigation, all pursuant to the *Competition Act*. He is the sole individual that may bring an application to the Tribunal. In order for the Director to properly carry out his obligations he must be given the right to receive communications from various sources to properly prepare his cases, all this, in contemplation of litigation. These communications must be granted a litigation privilege<sup>42</sup>.

Sans citer d'autorités sur ce point dans ses motifs, le Tribunal appliquait une jurisprudence solidement ancrée au Canada, qui reconnaît comme privilégiés les documents et les renseignements préparés pour l'information d'un avocat à l'occasion ou en prévision d'un procès<sup>43</sup>. Ainsi, outre les communications confidentielles entre l'avocat et son client visées par le secret professionnel, sont aussi privilégiés tous les renseignements que l'avocat ou son client obtient de tierces personnes dans le cadre d'un litige actuel ou prévisible.

Au Canada, la jurisprudence considère ce privilège comme une extension du secret professionnel de l'avocat (*solicitor-client privilege* dans les provinces de *common law*)<sup>44</sup>, bien que le fondement en soit différent ; il ne s'agit pas en effet de favoriser une « relation » reposant sur la confidentialité, mais plutôt de faciliter la tâche de l'avocat dans un système judiciaire contradictoire<sup>45</sup>.

Selon la jurisprudence majoritaire au Canada, pour qu'un document soit couvert par ce privilège, il doit avoir été préparé « principalement » à l'occasion ou en prévision d'un litige, ce qu'on appelle, dans la jurisprudence anglo-saxonne, le *dominant purpose test*<sup>46</sup>. C'est pour cette raison que dans l'affaire *Chrysler*, le Tribunal a conclu qu'une partie seulement des documents que le Directeur avait considérés comme privilégiés était effectivement visée par ce privilège. Comme il faut qu'elles aient « principalement » pour but d'aider les avocats du Directeur à préparer leur cause, il n'est donc pas certain que *toutes*

<sup>41</sup>*Supra* note 34.

<sup>42</sup>*Chrysler*, *supra* note 40 à la p. 4.

<sup>43</sup>Voir note 28.

<sup>44</sup>Voir entre autres *Montreal Street Railway*, *supra* note 28 ; *Hodgkinson c. Simms* (1988), [1989] 3 W.W.R. 132, 55 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 (C.A.C.-B) [ci-après *Hodgkinson* avec renvois aux D.L.R.] ; *R. c. Perron*, [1990] R.J.Q. 752, 54 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 108 à la p. 116 (C.A.).

<sup>45</sup>*Ottawa-Carleton (Regional Municipality of) c. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2<sup>e</sup>) 637 à la p. 643, 74 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 742 (Ont. Div. Ct.).

<sup>46</sup>Voir par ex. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fava*, [1984] R.D.J. 486 à la p. 491 (C.A.) ; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 aux pp. 647-648 (C.A.).

les communications entre un plaignant et le personnel du Bureau soient, dans un autre cas, couvertes par ce privilège.

Un autre aspect de cette décision mérite d'être souligné. Les procureurs de Chrysler avaient prétendu que le Directeur était un officier public qui, à l'instar d'un procureur de la Couronne dans une affaire criminelle, avait l'obligation de divulguer au défendeur des informations susceptibles de lui être utiles. Le Tribunal a rejeté cette prétention en précisant que le Directeur peut réclamer le privilège susmentionné parce qu'il s'agit d'une affaire civile, et non criminelle : « With respect, the Tribunal does not agree with this submission. The Applicant, although a public official, is not to be compared to a Crown attorney acting in a criminal case. [...] [T]he Director, in bringing forth an application to the Tribunal, is involved in a civil and not a criminal proceeding »<sup>47</sup>.

C'est uniquement dans le cas où une personne se plaint d'une infraction aux dispositions non criminelles de la *Loi sur la concurrence* que ses communications avec le Directeur pourront être visées par le privilège relatif aux documents préparés à l'occasion ou en prévision d'un litige. Dans le cas d'une plainte pour infraction criminelle, ces documents pourraient être remis à l'accusé, puisque le ministère public a l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents, aussi bien ceux qu'il entend produire en preuve que ceux qu'il n'a pas l'intention de produire, peu importe qu'ils constituent une preuve inculpatoire ou bien disculpatoire<sup>48</sup>.

Deux autres remarques s'imposent sur le jugement du Tribunal dans l'affaire *Chrysler*. Premièrement, comme il fait partie du secret professionnel, le privilège visant les documents préparés à l'intention de l'avocat appartient au client<sup>49</sup> ; c'est donc au client qu'il appartient de l'invoquer et c'est lui qui peut y renoncer, rendant ainsi ces documents admissibles en preuve. Dans une instance devant le Tribunal de la concurrence, seul le Directeur est autorisé à se porter demandeur, et c'est donc lui qui est le « client » de l'avocat qui le représente. Le Directeur est ainsi le seul à pouvoir revendiquer le privilège à l'égard des communications qu'il reçoit d'un plaignant, et il peut aussi y renoncer, expressément ou implicitement. Par conséquent, le plaignant n'a aucun contrôle sur la divulgation à la partie adverse des renseignements qu'il transmet au Bureau dans le cadre de la préparation du procès.

Deuxièmement, contrairement aux communications entre l'avocat et son client qui demeurent privilégiées à tout jamais (*once privileged, always privileged*<sup>50</sup>), le privilège relatif aux documents préparés par des tiers prend fin avec le procès pour lequel ils ont été compilés<sup>51</sup>. Ces documents sont donc susceptibles d'être produits en preuve dans une autre instance, s'ils s'avéraient pertinents dans ce contexte.

---

<sup>47</sup>*Supra* note 40 aux pp. 4-5.

<sup>48</sup>*Stinchcombe c. R.*, [1991] 3 R.C.S. 326.

<sup>49</sup>*Hodgkinson*, *supra* note 44 à la p. 583.

<sup>50</sup>*Calcraft c. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759 (C.A.) ; *Mann c. American Automobile Insurance Co.* (1938), 52 B.C.R. 460, [1938] 1 W.W.R. 538, [1938] 2 D.L.R. 261 (C.A.C.-B.).

<sup>51</sup>*Meaney c. Busby* (1977), 15 O.R. (2<sup>e</sup>) 71 (H.C.J.) ; *Boulianne c. Flynn* (1970), 3 O.R. 84 (Co. Ct.) ; *Griffiths c. Mohat*, [1981] 5 W.W.R. 177 (C.S.C.-B.).

2. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*<sup>52</sup>

Dans l'affaire *Southam*, le Directeur avait envoyé une lettre à la défenderesse lui indiquant qu'il n'entendait pas contester l'acquisition par cette dernière d'un journal local. Plus d'un an après, le Directeur a déposé une demande en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* contestant l'acquisition visée par la lettre susmentionnée, ainsi que l'acquisition ultérieure de deux autres journaux.

Suite à l'interrogatoire préalable d'un représentant du Directeur, les procureurs des défenderesses ont présenté une requête pour faire trancher les objections à certaines questions auxquelles ce représentant avait refusé de répondre. Plusieurs de ces objections portaient sur les informations recueillies par le Directeur dans le cadre de son analyse des transactions contestées, notamment sur les entrevues menées auprès de représentants de l'industrie en cause.

Le Directeur s'est opposé à la production des notes prises lors de ces entrevues et d'autres renseignements analogues, en invoquant soit le privilège visant les documents préparés à l'occasion ou en prévision d'un litige, soit l'immunité d'intérêt public. Il a toutefois proposé de fournir aux défenderesses un résumé des informations recueillies qu'il entendait mettre en preuve devant le Tribunal.

Dans les motifs de sa décision sur la requête, le Tribunal souligne que le privilège relatif aux documents préparés en vue d'un litige soulève un certain nombre de questions, notamment quant au fait qu'il est difficile de prétendre que tous les renseignements visés ont été obtenus principalement en prévision d'un litige. En effet, bien que la possibilité d'un litige ait théoriquement pu exister lors de l'étude de la première transaction, le Tribunal est d'avis qu'en l'absence de preuve contraire, on ne peut dire que le Directeur « prévoyait » un litige à cette époque<sup>53</sup>.

Malgré ses doutes sur l'applicabilité de ce privilège, le Tribunal conclut que le Directeur n'a pas à produire les documents contestés, puisqu'ils sont couverts par l'immunité d'intérêt public :

Whether or not litigation privilege applies, however, is somewhat academic since in the tribunal's view public interest privilege covers much of what the Director seeks to keep from the respondents. The Director refuses to provide the specific interview notes, to identify the individuals interviewed, when they were interviewed and who they were interviewed by. At the same time, he has agreed to give the respondents a summary of what was said. In the competition law area, at least in merger and abuse of dominant position cases, the individuals who are inter-

<sup>52</sup>(1991), 38 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 68 (Trib. conc.).

<sup>53</sup>Le Tribunal semble toutefois avoir adopté une interprétation plus large de ce privilège dans l'affaire *Hillsdown Holdings*, où le juge Strayer écrit :

On an overall assessment of [the documents], however, it appears to me that they were prepared to aid the Director and his counsel in determining whether such an application should be made. Although the Tribunal recognizes that such applications are made in respect of only a minority of the mergers reviewed by the Director, the possibility of such an ultimate step underlies the Director's role in such review.

(*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (11 juillet 1991), CT-91/1, document n° 51 (Trib. conc.), conf. par (10 octobre 1991), n° A-684-91 (C.A.F.).

viewed may be potential or actual customers of the respondents; they may be potential or actual employees. They may fear reprisals if they provide the Director with information which is unfavourable to the respondents. Many of them are likely to be in a vulnerable position *vis-à-vis* the respondents. It is in the public interest, then, to allow the Director to keep their identities confidential, to keep the details of the interviews confidential, to protect the effectiveness of his investigations. It is in the public interest to keep the interview notes confidential except when the interviewees are called as witnesses in a case or otherwise identified by the party claiming privilege<sup>54</sup>.

Le Tribunal laisse toutefois entendre que dans certains cas, ces documents pourraient être produits s'ils s'avéraient essentiels à la préparation de la défense, mais précise qu'en l'espèce, les résumés que le Directeur s'était engagé à fournir étaient suffisants pour les fins de la défense :

It is conceivable that in come [*sic*] cases a respondent's ability to answer a case might be impaired if information concerning the identity of those interviewed or detailed information concerning the interview is not given (although it is difficult to conceive of a situation where this would be so). In any event, there is no indication that this is the case in the present litigation. The public interest in keeping the details of the interviews confidential outweighs any benefit that the respondents might obtain from them. This is particularly so given the fact that the Director has agreed to provide summaries of the relevant information<sup>55</sup>.

La *common law* reconnaît depuis longtemps que l'intérêt public exige que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales ne soient pas divulgués<sup>56</sup>. Le droit à la non-divulgation de ces renseignements, que l'on appelle immunité d'intérêt public, n'est pas à proprement parler un privilège, puisqu'il peut être soulevé tant par la Couronne que d'office par la cour. Dans chaque cas, il incombe à la cour de déterminer si le secret relatif aux activités gouvernementales doit céder le pas à l'intérêt public dans l'administration de la justice, qui exige l'accès à tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser la résolution équitable d'un procès.

Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Southam*, le Tribunal ne cite aucune autorité, jurisprudentielle ou législative, pour décider que l'immunité d'intérêt public justifie la non-divulgation de l'identité des personnes interviewées par le Directeur dans le cadre de son enquête ainsi que du contenu des renseignements recueillis. Or en matière fédérale, l'immunité d'intérêt public a été codifiée aux articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>57</sup>. L'article 37 prévoit notamment que lorsqu'une personne entend invoquer l'immunité d'intérêt public devant un tribunal fédéral qui n'est pas une cour supérieure, la question peut être tranchée par la Section de première instance de la Cour fédérale. Cependant, dans l'affaire *Southam*, le Tribunal ne traite nullement de la question de savoir s'il a compétence, malgré le texte de l'article 37, pour décider du bien-fondé des prétentions du Directeur. En effet, comme le Tribunal de la concurrence n'est pas une cour supérieure<sup>58</sup>, il aurait d'abord fallu décider si

---

<sup>54</sup>*Supra* note 52 à la p. 84.

<sup>55</sup>*Ibid.*

<sup>56</sup>*Carey c. Ontario*, *supra* note 31 et la jurisprudence qui y est citée.

<sup>57</sup>*Supra* note 31.

<sup>58</sup>*Chrysler Canada Ltd. c. Tribunal de la concurrence*, [1992] 2 R.C.S. 394 à la p. 402.

l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* est impératif ou facultatif. En d'autres termes, la question doit-elle être tranchée par la Cour fédérale, à l'exclusion de tout autre tribunal, lorsque l'immunité d'intérêt public est invoquée devant un tribunal inférieur et contestée par la partie adverse ? La question ne semble pas avoir été soulevée par les parties dans l'affaire *Southam*, mais elle nous paraît importante puisqu'elle pourrait compliquer considérablement le litige chaque fois que la défenderesse demandera la production des détails de l'enquête du Directeur.

D'autre part, tant l'article 37 que la jurisprudence établissent que l'applicabilité de l'immunité d'intérêt public doit être jugée cas par cas ; la cour doit évaluer les intérêts opposés que sont la confidentialité en matière gouvernementale et la saine administration de la justice<sup>59</sup>. Toutefois, les motifs du Tribunal dans l'affaire *Southam* sont suffisamment larges pour laisser entendre que l'immunité d'intérêt public s'applique de façon générale à toutes les entrevues faites par le Directeur dans le cadre de ses enquêtes, du moins en matière civile. En l'espèce, le Tribunal a sans doute été influencé par l'engagement du Directeur à fournir aux défenderesses un résumé des informations obtenues lors de ces entrevues. Toutefois, le Directeur n'est pas tenu de donner cet engagement, et il reste à savoir si le Tribunal en viendrait à la même conclusion dans un cas où la défenderesse ne bénéficierait pas d'un tel engagement.

Quoi qu'il en soit, cette décision du Tribunal dans l'affaire *Southam*, qui a reçu l'aval de la Cour d'appel fédérale<sup>60</sup>, donne une certaine garantie de confidentialité aux personnes qui collaborent avec le Directeur dans le cadre d'une enquête relative aux dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence*, dans la mesure où ces personnes ne sont pas assignées comme témoins. En effet, comme l'indique le Tribunal dans ses motifs, dès qu'une personne est assignée comme témoin ou autrement identifiée par le Directeur, l'intérêt public exige alors la divulgation complète des faits pertinents.

### 3. *Middlekamp c. Fraser Valley Real Estate Board*<sup>61</sup>

Les faits de cette affaire sont intéressants pour toute personne qui négocie une ordonnance de consentement avec le Directeur ou le Procureur général, ou encore qui est susceptible de faire l'objet d'un recours en dommages en vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*.

Middlekamp, un agent d'immeuble, avait porté plainte auprès du Directeur contre la Chambre d'immeuble, alléguant que cette dernière avait contrevenu à certaines dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence*. Le Directeur a fait enquête, effectué des perquisitions dans les locaux de la Chambre d'immeuble et remis le dossier au Procureur général. Suite à des négociations entre le Procureur général et la Chambre d'immeuble, le Procureur général a obtenu

<sup>59</sup>*Carey c. Ontario*, *supra* note 31 à la p. 673.

<sup>60</sup>*Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. c. Director of Investigation and Research* (10 octobre 1991), n° A-684-91 à la p. 2 (C.A.F.).

<sup>61</sup>(1992), 17 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 276, 96 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 223 (C.A.C.-B.) [avec renvois aux B.C.L.R.], infirmant (1990), 33 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 214 (C.S.C.-B.).

une ordonnance d'interdiction en vertu du paragraphe 34(2) de la *Loi sur la concurrence*.

Middlekamp a ensuite intenté contre la Chambre d'immeuble une action en dommages en vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*. Dans son affidavit de documents produit dans le cadre de cette action, la Chambre d'immeuble a refusé de produire les communications échangées avec le Directeur au cours des négociations qui ont menées à la délivrance de l'ordonnance d'interdiction, alléguant qu'elles étaient privilégiées parce qu'il s'agissait de communications faites « sans préjudice » en vue du règlement d'un litige. Sur requête de Middlekamp, le juge de première instance a ordonné la production de ces documents. La Chambre d'immeuble a interjeté appel de cette décision et l'appel a été entendu par un banc de cinq juges qui a fait droit, à l'unanimité, mais pour deux séries de motifs distinctes, aux prétentions de la Chambre d'immeuble.

Soulignant qu'aucune disposition de la *Loi sur la concurrence* n'empêchait le Directeur de remettre ces documents à Middlekamp pour l'aider dans son recours en dommages, la majorité de la Cour d'appel a jugé que ces documents étaient couverts par un privilège visant les communications échangées de bonne foi dans le cadre de négociations en vue de parvenir au règlement d'un litige actuel ou éventuel :

Considering the enormous scope of production which is required by our almost slavish adherence to the *Peruvian Guano* principle, the questionable relevance and value of documents prepared for the settlement of disputes, and the public interest, I find myself in agreement with the House of Lords that the public interest in the settlement of disputes generally requires "without prejudice" documents or communications created for, or communicated in the course of, settlement negotiations to be privileged. I would classify this as a "blanket", *prima facie*, common law, or 'class'" privilege because it arises from settlement negotiations and protects the class of communications exchanged in the course of that worthwhile endeavour.

In my judgment *this privilege protects documents and communications created for such purposes both from production to other parties to the negotiations and to strangers, and extends as well to admissibility, and whether or not a settlement is reached*. This is because, as I have said, a party communicating a proposal related to settlement, or responding to one, usually has no control over what the other side may do with such documents. Without such protection, the public interest in encouraging settlements will not be served [nos italiques]<sup>62</sup>.

Le privilège s'applique donc pour exclure ces communications de la preuve que voudrait en faire soit une partie aux négociations, soit un tiers, peu importe qu'un règlement soit intervenu ou non. La Cour a toutefois reconnu qu'il pourrait y avoir des exceptions à ce principe, notamment si les parties conviennent toutes deux de produire ces communications en preuve :

I recognize that there must be exceptions to this general rule. An *obvious exception would be where the parties to a settlement agree that evidence will be furnished in connection with the litigation* in which the application is made. In such cases, the public interest in the proper disposition of litigation assumes paramountcy and opposite parties are entitled to know about any arrangements which

<sup>62</sup>*Ibid.* aux pp. 281-82, M. le juge McEachern.

are made about evidence. Other exceptions could arise out of such matters as fraud, or where production may be required to meet a defense of laches, want of notice, passage of a limitation period or other similar matters which might displace the privilege. As we did not have argument on these matters I prefer to say nothing further about them [nos italiques]<sup>63</sup>.

Dans des motifs distincts, le juge Locke se penche principalement sur la question de savoir si les communications sans préjudice, qui sont privilégiées entre les parties (c'est-à-dire la Chambre d'immeuble et le Procureur général), le sont également à l'endroit des tiers. Il conclut que le principe qui sous-tend l'existence de ce privilège est l'intérêt public dans la résolution à l'amiable des litiges. Comme il s'agit d'intérêt public, et non de la protection d'une relation entre deux personnes, comme l'avocat et son client ou le mari et sa femme, le juge Locke est d'avis que les communications échangées lors de négociations en vue d'un règlement sont inadmissibles en preuve, peu importe la façon dont elles ont été obtenues :

This claim for protection from production of documents "without prejudice" is often considered to be one that the documents are "privileged" and the cases and writers on occasion classify it as a branch of this doctrine. This is no doubt satisfactory provided it is understood that the claim rests on a very different theoretical basis than those other forms which arise because of the relationship between two parties which prohibits submission of their evidence at trial without the consent of the other: legal professional privilege, marital privilege, and concerning landlord and tenant as against disclosure of title deeds, by way of example. Those arise because society deems the relationships to be of such importance that it will not permit their sanctity to be undermined. The "privilege" with which we are concerned here deals not with a relationship but with competing legal interests, both of which are intrinsically meritorious. But as the doctrine we discuss is not true "privilege" but really a rule of public policy, in my opinion papers leading up to a settlement, no matter how obtained, could not be produced in evidence at all<sup>64</sup>.

Le privilège relatif aux offres de règlement faites « sans préjudice » est reconnu depuis longtemps en jurisprudence canadienne, comme l'indique d'ailleurs la jurisprudence abondante citée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Middlekamp*. Les tribunaux reconnaissent que l'intérêt public exige que l'on encourage les justiciables à régler leurs différends sans craindre que les aveux qui pourraient être faits dans ces négociations ne soient retenus contre eux :

It has long been recognized as a policy interest worth fostering that parties be encouraged to resolve their private disputes without recourse to litigation, or if an action has been commenced, encouraged to effect a compromise without a resort to trial. In furthering these objectives, the courts have protected from disclosure communications, whether written or oral, made with a view to reconciliation or settlement. In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession that they would be prepared to offer could be used to their detriment if no settlement agreement was forthcoming<sup>65</sup>.

Selon la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Middlekamp*, il semblerait que tous les renseignements fournis au Directeur ou au Procureur général

<sup>63</sup>*Ibid.* à la p. 282.

<sup>64</sup>*Ibid.* aux pp. 295-96, M. le juge Locke.

<sup>65</sup>Voir J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 719 et la jurisprudence qui y est citée.

lors de négociations relatives à une ordonnance d'interdiction aux termes du paragraphe 34(2) de la *Loi sur la concurrence* sont privilégiés et n'ont pas à être divulgués à des tiers dans une instance judiciaire, à moins que les parties n'y consentent. Cette décision pourrait avoir pour effet de priver le demandeur, dans une action en dommages, de moyens de preuve quant à la violation d'une disposition criminelle de la *Loi sur la concurrence*, ce qui constitue l'une des conditions d'ouverture à ce recours. De plus, le raisonnement de la Cour d'appel devrait s'appliquer, par extension, aux négociations en vue d'une ordonnance conformément à l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*, qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance relativement aux dispositions non criminelles de la *Loi sur la concurrence* à laquelle consentent le Directeur et la partie visée.

L'arrêt *Middlekamp* établit aussi que le privilège relatif aux communications sans préjudice s'applique entre les parties, peu importe que les négociations aient ou non abouti à un règlement. Songeons à l'hypothèse suivante : une personne susceptible de faire l'objet d'accusations criminelles entame des négociations avec le Directeur pour qu'il consente à une ordonnance d'interdiction. Dans le cadre de ces négociations, certains renseignements sont transmis au Directeur. Ces négociations se soldent par un échec et sont suivies du dépôt d'un acte d'accusation. Si l'on suit le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Middlekamp*, le Directeur ne pourrait produire en preuve les communications échangées au cours de ces négociations, puisqu'elles seraient privilégiées.

La jurisprudence canadienne sur le privilège relatif aux communications échangées lors de négociations en vue d'un règlement, traite exclusivement des négociations en vue de résoudre un litige civil. Nous n'avons trouvé aucune cause où l'on a jugé que les négociations entre un accusé et le Procureur général en vue de « régler » une accusation criminelle étaient privilégiées ; la question a été expressément laissée sans réponse par la Cour d'appel de l'Ontario<sup>66</sup>, qui cite toutefois de la jurisprudence américaine reconnaissant que le privilège s'appliquait aussi dans ce cas<sup>67</sup>.

Le raisonnement dans l'affaire *Middlekamp* pourrait aussi, par extension, viser toutes sortes d'autres situations. Prenons comme hypothèse un projet de fusion qui n'a pas à faire l'objet d'un avis en vertu de l'article 114 de la *Loi sur la concurrence*. Informé de ce projet, le Directeur demande aux parties de lui fournir des renseignements dans le but de déterminer s'il y a lieu d'intervenir. Après étude du dossier, il conclut que la fusion réduit sensiblement la concurrence et avise les parties qu'il s'apprête à demander une ordonnance du Tribunal de la concurrence en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. Les parties à la fusion lui fournissent alors d'autres renseignements et parviennent à le convaincre de ne pas porter de demande devant le Tribunal. Si, dans les trois ans qui suivent, le Directeur change d'avis et décide de contester la fusion<sup>68</sup>, pourrait-on prétendre qu'il ne peut produire en preuve les renseignements obtenus lors

<sup>66</sup>R. c. *Draskovic* (1971), [1972] 1 O.R. 396, 5 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 186 à la p. 188 (C.A. Ont.).

<sup>67</sup>*State c. McGunn*, 208 Minn. 349 (1940) ; *State c. Abel*, 320 Mo. 445 (1928) ; *Dean c. State*, 72 Tex. Cr. R. 274 (1913) ; voir également sur ce point S.A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1988 aux pp. 1043-45.

<sup>68</sup>*Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, art. 97.

des discussions initiales, parce qu'ils seraient protégés par le privilège relatif aux négociations sans préjudice ? En effet, on pourrait soutenir que ces discussions avec le Directeur ont permis de « régler un litige » puisqu'en leur absence, le Directeur aurait porté l'affaire devant le Tribunal. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est donc susceptible d'avoir de vastes répercussions.

En l'absence de jurisprudence sur cette question, il est difficile d'y apporter une réponse définitive. Toutefois, selon nous, ces discussions devraient être privilégiées selon les principes énoncés dans l'arrêt *Middlekamp*, puisqu'il s'agit clairement de « négociations » et que ces négociations ont pour but de parvenir au règlement d'un litige. Par contre, la réponse est moins évidente dans l'hypothèse, sans doute plus courante, où après avoir analysé les renseignements demandés, le Directeur décide, sans autre forme d'avis, de saisir le Tribunal de la concurrence. En effet, dans un tel cas, il serait sans doute difficile de prétendre qu'il y a eu « négociations » si les parties ont simplement répondu à la demande d'informations du Directeur.

## Conclusion

Le texte qui précède tente de répondre à deux questions distinctes relativement aux renseignements fournis volontairement au Directeur.

Dans un premier temps, nous avons tenté d'exposer les circonstances dans lesquelles ces renseignements peuvent être divulgués au public, dans l'hypothèse où aucune instance judiciaire n'est en cours. Nous avons vu que la combinaison de l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* et des exceptions prévues à la *Loi sur l'accès à l'information* donnent une assurance raisonnable de confidentialité. Cependant, n'oublions pas que la *Loi sur l'accès à l'information* n'entre en jeu que si un tiers fait une demande de communication en vertu de cette loi. Par conséquent, rien n'empêche en principe le Directeur de rendre public, en dehors du cadre de l'accès à l'information, les renseignements qui lui sont transmis volontairement, puisqu'il n'est pas tenu de les garder confidentiels par l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*. Même s'il est certain qu'en pratique, le Directeur respectera la confidentialité de ces renseignements, il serait manifestement souhaitable, dans l'intérêt même de son programme de conformité, que cette confidentialité soit garantie par une disposition législative expresse.

Dans un deuxième temps, nous avons tenté de déterminer dans quelles circonstances une partie peut empêcher la production de renseignements pertinents dans une instance judiciaire. La jurisprudence abordée reconnaît qu'un privilège protège à la fois les documents remis au Directeur à l'occasion ou en prévision d'un procès, les informations communiquées par les personnes interrogées au cours d'une enquête en matière civile et les renseignements échangés dans le cadre de négociations d'une ordonnance de consentement. Il s'agit là cependant de situations bien particulières dont les conclusions ne s'appliquent pas à tous les cas où une affaire est susceptible d'être portée devant les tribunaux. Ainsi, malgré la jurisprudence que nous venons de voir, aucun privilège ne protège les

renseignements fournis volontairement par une personne qui fait ensuite l'objet d'une demande devant le Tribunal.

Nous ne voudrions pas que le présent article ait pour effet de mettre un frein aux communications entre le monde des affaires et le Directeur. Cependant, nous pensons qu'il est important de connaître les limites de la protection accordée par notre droit aux renseignements confidentiels qui peuvent lui être transmis, car il s'agit d'un élément important dont il faut tenir compte avant d'arrêter toute décision de communiquer avec le Directeur.

---