

Competition Tribunal



Tribunal de la concurrence

Référence : *Commissaire de la concurrence c Union des producteurs de grain Limitée*, 2002 Trib conc 35

N° de dossier : CT2002001

N° de document du greffe : 200

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par le commissaire de la concurrence en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT l'acquisition par l'Union des producteurs de grain Limitée d'Agricore Cooperative Ltd, une société active dans le secteur de la manutention des grains.

E N T R E:

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Union de producteurs de grain Limitée
(défenderesse)

et

Commission canadienne du blé
(intervenante)



Date de la conférence préparatoire à l'audience : Le 9 août 2002

Devant le membre judiciaire présidant l'audience : Monsieur le juge Lemieux

Date des motifs et ordonnance : Le 27 septembre 2002

Motifs et ordonnance signés par : Monsieur le Juge Lemieux

**MOTIFS ET ORDONNANCE CONCERNANT LES QUESTIONS EXAMINÉES LORS
DE LA CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE À L'AUDIENCE TENUE LE 9 AOÛT 2002**

INTRODUCTION

[1] La présente requête présentée par la défenderesse, l'Union des producteurs de grain Limitée (« **UPG** »), est axée sur le processus d'interrogatoire préalable du Tribunal dans le cadre d'une demande présentée par le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** »), en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34 (la « **Loi** »), à la suite de l'acquisition par l'UPG d'Agricore Cooperative Ltd (« **Agricore** »).

[2] Le représentant du Commissaire, M. David Ouellet, a été interrogé lors de l'interrogatoire préalable, mais il a refusé de répondre à de nombreuses questions, principalement au motif du privilège d'intérêt public. Le privilège relatif au litige a également été invoqué ainsi que d'autres motifs de refus.

[3] Dans la présente requête, l'UPG demande une vaste gamme d'ordonnances substitutives du Tribunal, visant notamment à : (1) contraindre M. Ouellet à se soumettre à un nouvel interrogatoire préalable afin qu'il donne des réponses qu'il a refusé de donner d'une façon inappropriée; (2) enjoindre au commissaire de renoncer à son privilège d'ici une certaine date avec le plein droit d'une communication préalable des documents et d'un interrogatoire préalable concernant cette renonciation; (3) une ordonnance enjoignant au commissaire de décider, d'ici une certaine date, quels témoins il a l'intention d'appeler, et de fournir des sommaires des dépositions détaillés de leurs témoignages prévus, ce qui constitue une renonciation totale au privilège lié à tous les faits, opinions, conclusions, renseignements et documents pertinents que le commissaire a obtenus de ces témoins; et (4) une ordonnance enjoignant au commissaire de fournir de meilleurs résumés des renseignements reçus au cours de son enquête.

[4] La position fondamentale de l'UPG est que la revendication du privilège d'intérêt public ne se pose pas dans ce cas particulier étant donné qu'il n'y a aucune justification pour l'avoir établie ou, si une telle revendication est valable (1) il n'était pas approprié que le commissaire s'appuie sur cette revendication pour refuser de divulguer sa cause lors de la communication préalable, ainsi que les renseignements pertinents en sa possession et éviter les obligations normales de l'interrogatoire préalable continu; (2) ou il y a eu renonciation à ce privilège; et (3) dans tous les cas, l'équité exige que le Tribunal déroge à ce privilège dans les circonstances de l'espèce afin de permettre à l'UPG de connaître ce qu'il lui faudra prouver.

[5] Le commissaire réplique en faisant valoir que : (1) une revendication valable du privilège d'intérêt public existe dans ce cas et est bien reconnue par le Tribunal pour protéger les renseignements recueillis par le commissaire lors de son enquête sur l'acquisition qui a entraîné sa demande; (2) l'utilisation du privilège d'intérêt public par le commissaire était tout à fait appropriée et conforme à la jurisprudence du Tribunal en ce qui concerne l'application du privilège; (3) il n'y a pas eu renonciation au privilège; et (4) aucun argument convaincant n'a été établi par l'UPG selon lequel le Tribunal pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire pour annuler le privilège d'intérêt public.

CONTEXTE

[6] Le 2 janvier 2002, le commissaire a entamé une demande auprès du Tribunal en vertu de l'article 92 de la *Loi* visant à obtenir une ordonnance qui enjoint à l'UPG de se dessaisir, à son choix, de la totalité de sa part dans le terminal céréalier de Pacific Elevators Limited au port de Vancouver (le « **terminal de PEL** ») ou le terminal céréalier de l'UPG (le « **terminal de l'UPG** ») dans le même port. Cette demande était accompagnée d'un long énoncé des motifs et

des faits importants (« **EMFI** »).

[7] Dans sa réponse déposée le 6 février 2002, l'UPG n'a pas contesté l'allégation du commissaire selon laquelle l'acquisition d'Agricore par l'UPG le 1^{er} novembre 2001 (l'« **acquisition** ») est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des services de la manutention des grains dans les terminaux portuaires au port de Vancouver. Elle était également du même avis que le commissaire que le dessaisissement, soit de la totalité du terminal de PEL qui consiste en deux terminaux, du terminal de Pacific 1 (« **PAC 1** ») et du terminal du Pacific 3 (« **PAC 3** »), ainsi que l'annexe, ou le terminal de l'UPG, à son choix, suffirait pour remédier à la diminution sensible de la concurrence (« **DSC** ») qui découle de l'acquisition.

[8] Toutefois, dans sa réponse, l'UPG a fait valoir que le dessaisissement de la partie du terminal connue sous le nom de terminal de Pacific 1 (le « **PAC 1** ») constituerait également un remède suffisant à la DSC étant donné qu'à son avis, PAC 1 pouvait satisfaire aux quatre conditions énoncées par le commissaire au paragraphe 77 de l'EMFI et qui sont nécessaires pour offrir une mesure de réparation efficace.

[9] Le 18 mars 2002, le commissaire a déposé son affidavit de documents conformément à l'article 13 des *Règles du Tribunal de la concurrence* DORS/94-290 (les « **Règles** ») revendiquant le privilège relatif au litige et le privilège d'intérêt public pour 26 catégories de documents, y compris :

- (a) la correspondance entre les agents du Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») et les participants à l'industrie de la manutention des grains, y compris, sans s'y limiter :
 - (i) les manutentionnaires de grains;
 - (ii) les fournisseurs à l'industrie de la manutention des grains, tels que les chemins de fer;
 - (iii) les organismes gouvernementaux, dont le mandat lié aux grains et à la manutention des grains, tels que la Commission canadienne des grains (« **CCG** ») et la Commission canadienne du blé (« **CCB** »);
 - (iv) les acheteurs des services ou des produits de la manutention des grains;
- (b) des notes d'entrevues effectuées en personne ou par téléphone par les agents du Bureau avec les intervenants de l'industrie;
- (c) des notes de service et des notes créées par les agents du Bureau et le personnel lié aux intervenants de l'industrie dans l'industrie de la manutention des grains, y compris tout résumé de notes d'entretien;
- (d) des observations des intervenants de l'industrie au cours de l'investigation ou de l'enquête;
- (e) des plaintes formulées par les intervenants de l'industrie au commissaire — par téléphone (notes de conversations) et par écrit;
- (f) des questionnaires remplis par les intervenants de l'industrie au cours de l'investigation ou de l'enquête;

(g) des documents produits par les intervenants de l'industrie au cours de l'investigation ou de l'enquête;

(h) des ébauches de questionnaires à remplir par les intervenants de l'industrie aux fins de l'enquête.

[10] Tout à fait hors de l'ordinaire, l'affidavit de documents du commissaire n'a pas revendiqué le privilège sur les documents fournis au Bureau par les intervenants de l'industrie qui avaient reçu des avis en vertu de l'article 11 de la *Loi* et qui ont répondu en remplissant un questionnaire par écrit et ont produit les documents demandés. Le commissaire a renoncé au privilège, mais a classé certaines des communications comme étant confidentielles selon l'ordonnance de confidentialité (préventive) en date du 27 mai 2002, donnant un accès limité aux personnes désignées au niveau A (les avocats et les experts uniquement, mais pas les clients).

[11] Conformément aux Règles, le président du Tribunal a rendu une ordonnance fixant l'échéancier le 20 mai 2002, qui envisageait l'interrogatoire préalable des représentants de l'UPG et du commissaire, dont les parties ont convenu. J'ajoute ici que les règles du Tribunal exigent la communication de documents préalable, mais pas l'interrogatoire oral préalable.

[12] Le représentant du commissaire, M. Ouellet, a été interrogé par oral lors de l'interrogatoire préalable pendant quatre jours en juillet 2002. Selon l'avocate de l'UPG, quelque 239 réponses à des questions posées à M. Ouellet ont fait l'objet de refus ou ont été prises en considération au motif du privilège d'intérêt public; 56 réponses ont été refusées en raison du privilège relatif au litige; 33 sont restées sans réponses étant donné que la question cherchait une conclusion et non des faits; 12 réponses n'ont pas eu lieu étant donné que les réponses étaient dans les connaissances de l'UPG; 61 réponses ont fait l'objet d'un refus au motif qu'elles demandaient un avis d'expert; et 5 ont été rejetées parce que la question demandait un avis juridique.

[13] D'autres motifs de refus portaient sur des raisons telles que le caractère vaste ou lourd des questions, le fait que le document parlait pour lui-même ou que la question n'était pas pertinente.

[14] La requête de l'UPG doit être évaluée dans le contexte de la divulgation du commissaire avant et pendant la communication préalable aussi bien que la divulgation restante qui doit avoir lieu avant l'audience.

[15] Avant la communication préalable, le commissaire a divulgué ce qui suit :

(a) un résumé confidentiel à jour, sous forme globale contrairement à un résumé de ce qu'a dit chaque enquêteur, des principaux faits appris par le commissaire de tiers au cours de l'examen de l'acquisition par le Bureau. Ce résumé porte sur les sujets tels que des renseignements généraux sur l'industrie de la manutention des grains, la manutention des grains dans les Prairies, la manutention des grains au port de Vancouver y compris des questions telles que l'entreposage, l'accès au terminal, des renseignements concernant PEL, les questions de coordination des chemins de fer, la capacité des voies d'évitement aux terminaux, l'identification de la DSC dans la manutention des grains à Vancouver ainsi que des problèmes après la fusion. L'objectif de ce type de résumé est de communiquer à un défendeur les faits connus par le commissaire (voir, *Directeur des enquêtes et recherches ce Canadian Pacifique*

Ltd [1997], DTCC no 42 (QL) (Trib conc));

(b) la divulgation des documents, comme il a été indiqué, dont une partie n'était pas assujettie aux revendications de privilège, mais à des revendications de confidentialité invoquées en vertu du paragraphe 16(2) des Règles. La vaste documentation y compris les réponses au questionnaire du commissaire tombent sous cette catégorie ainsi que les documents à l'appui (plus de 3 000 documents) reçus par le commissaire de tiers en vertu de l'article 11 de la *Loi*;

(c) la divulgation au cours de l'interrogatoire oral de M. Ouellet dont l'UPG prétend qu'elle est inadéquate en raison de l'affirmation du privilège d'intérêt public;

(d) la divulgation continue par le commissaire après l'interrogatoire préalable, qui, selon les dires de l'UPG, est contrecarré par le fait que le commissaire se sert du privilège d'intérêt public.

[16] Les divulgations suivantes sont à venir, conformément à l'ordonnance du Tribunal fixant l'échéancier :

(a) les sommaires des dépositions de témoignages de tous les témoins non experts que les parties appelleront à témoigner;

(b) les rapports d'experts et les réfutations.

[17] De plus, avant le début de l'audience, les parties doivent déposer un énoncé conjoint des faits.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[18] La requête de l'UPG demande le règlement des questions suivantes :

(a) la question de savoir si la revendication par le commissaire d'un privilège d'intérêt public est fondée, une question qui repose sur la question de savoir si le privilège affirmé est un privilège générique ou un privilège qui doit être établi au cas par cas, en soupesant les différents intérêts pertinents touchant les quatre conditions connues sous le nom du critère de *Wi more* approuvé par la Cour suprême du Canada dans *Slavutych c Baker et al* [1976] 1 RCS 254, à la page 260;

(b) la question de savoir si le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la demande du commissaire du privilège d'intérêt public, et, le cas échéant, dans quelles circonstances;

(c) la question de savoir si le privilège d'intérêt public était complètement ou partiellement renoncé;

(d) la question de savoir si le commissaire a abusé du privilège d'intérêt public dont il pouvait jouir dans cette affaire, ce qui implique des considérations concernant l'objectif et la portée du privilège.

[19] Dans son plaidoyer devant moi, l'avocate du commissaire a répété certains principes de communication préalable qu'elle avait affirmés lors de l'interrogatoire préalable, à savoir :

(a) lors du procès, si le commissaire souhaite s'appuyer sur les renseignements qu'il a

obtenus au cours de son enquête, il doit communiquer ces renseignements et leur source en renonçant à son privilège sur ces renseignements bien avant le procès, qui doit normalement se produire lors des dépositions de témoignages après la fin de la communication préalable. Bien que le commissaire soit continuellement en train de perfectionner ses arguments jusqu'au début du procès avec des nouvelles divulgations, ces divulgations ne peuvent entraîner un préjudice pour un défendeur au procès en le prenant au dépourvu;

(b) sous réserve du privilège d'intérêt public, le commissaire a l'obligation, avant la communication préalable, aussi bien qu'en réponse aux questions de la communication préalable, de donner les faits à sa connaissance à ce moment-là, pourvu qu'on puisse répondre à ces faits d'une manière résumée et globale sans mention de l'informateur à titre individuel, qui ne remettrait pas en question le privilège, une obligation dont on se décharge partiellement lors de la prestation du résumé confidentiel qui doit inclure tous les faits connus du commissaire, que ces derniers appuient sa position ou non. Les termes « à ce moment-là » ont été soulignés en raison de l'argument du commissaire selon lequel, lorsque la communication préalable a lieu, l'enquête du commissaire est un processus continu qui ne peut être qu'à son étape d'évaluation préliminaire d'avant le procès;

(c) le commissaire a une obligation continue de divulguer, après la communication préalable, les faits pertinents importants qui dont il prend connaissance et qui contredisent les réponses données lors de l'interrogatoire préalable, sous réserve seulement du privilège d'intérêt public, essentiellement, dans ce contexte, l'identification des sources;

(d) Le Tribunal est l'arbitre qui décide de manière irrévocable du privilège d'intérêt public et a le pouvoir discrétionnaire de déroger au privilège d'intérêt public affirmé par le commissaire, mais n'étant pas d'accord avec l'avocate de l'UPG sur ce que l'UPG doit montrer pour annuler ce privilège.

[20] L'avocat de l'UPG a affirmé, en réponse, que la position adoptée par l'avocate du commissaire à l'audience devant moi n'était pas la position qu'elle avait adoptée au cours des communications préalables.

ANALYSE

[21] Avant de traiter des questions en litige, quelques commentaires au sujet de la communication préalable dans les affaires dont le Tribunal a été saisi sont de mise.

[22] En ce qui concerne l'objectif des communications préalables, dans *Directeur des enquêtes et des recherches c Southam Inc* (1991), 38 CPR (3d) aux pages 68 à 71, [1991] DTCC no 16 (QL) (Trib conc), la juge Reed a fait l'observation suivante :

La communication préalable a deux objectifs : (1) l'obtention d'admissions de sorte que les questions entre les parties puissent être réduites; (2) l'obtention par une partie de renseignements dont l'autre partie a connaissance. (note de bas de page omise)
[TRADUCTION]

Il est généralement bien accepté que l'objectif principal de la communication préalable est de permettre à la partie adverse de connaître les arguments auxquels elle doit répondre.

[23] Le juge McKeown, dans l'affaire *Canadian Pacifique*, précitée au paragraphe 15, a reconnu que l'un des objectifs de la communication préalable était de permettre à une partie de préparer ses

arguments.

[24] Dans la jurisprudence du Tribunal, lorsqu'il traitait de questions de concurrence, le juge McKeown dans *Commissaire de la concurrence c Air Canada* (le 22 mai 2002) CT2001002, Motifs et ordonnance concernant les questions examinées à une conférence préparatoire à l'audience les 2 et 3 mai 2002 [2002] DTCC n° 16 (QL) (Trib conc), a indiqué que le Tribunal exerce un pouvoir discrétionnaire sur le processus de la communication préalable dans les affaires dont il est saisi conformément à l'alinéa 21(2)d) des Règles. Il a reconnu qu'aucune partie n'a automatiquement le droit à la communication préalable et que le Tribunal est capable de rendre des ordonnances concernant la communication préalable lorsque le processus est souhaitable.

[25] J'ajoute que le juge McKeown dans *Directeur des enquêtes et recherches c Washington*, [1996] DTCC n° 24 (QL) (Trib conc), a reconnu qu'il était dans l'intérêt du public que les instances dont il était saisi soient menées d'une manière équitable et rapide et a conclu que le niveau de divulgation ordonné dépendra des circonstances.

[26] Je souscris également à ce que le juge Hugessen de la Section de première instance de la Cour fédérale a indiqué au sujet de l'interrogatoire préalable dans *Bande de Montana c Canada*, [2000] 1 CF 267, au paragraphe 5 :

L'interrogatoire préalable a pour objectif général de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction en permettant à chacune des parties de se renseigner pleinement, avant l'instruction, sur la nature exacte des positions de toutes les autres parties, de façon à pouvoir définir avec précision les questions qui se posent. Il est dans l'intérêt de la justice que chaque partie soit le mieux informée au sujet des positions des autres parties afin de ne pas être défavorisée en étant surprise à l'instruction. [...]

[27] Je passe maintenant à l'examen des questions en litige.

Question 1 —La revendication par le commissaire du privilège d'intérêt public est-elle fondée?

[28] Pour répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer le fondement de ce privilège.

[29] Les considérations de principe qui sous-tendent le privilège d'intérêt public dont peut jouir le commissaire en ce qui concerne les documents d'enquête acquis ou générés par le Bureau dans le cadre d'enquêtes effectuées en vertu du pouvoir conféré par la *Loi* ont été identifiées par le juge Strayer, au nom de la Cour d'appel fédérale, dans *D & B Companies of Canada c Directeur des enquêtes et recherches*, [1994] ACF n° 1643, (l'« **affaire Nielsen** »), au paragraphe 2 de cette décision.

[30] En citant la décision du Tribunal rendue par le juge McKeown, concernant l'appel dont il était saisi, refusant d'ordonner la production d'une plainte, ce qui a mené à l'enquête du directeur, mais aussi aux notes, documents et déclarations obtenus ou préparés par le directeur [actuellement le commissaire] ou son personnel provenant des réunions et discussions avec le plaignant et aux déclarations, notes, documents et correspondance obtenus ou préparés par le directeur provenant des réunions et des discussions avec les détaillants et fabricants des produits emballés et les entreprises qui mènent des études de marché canadiens et américains, le juge

Strayer a écrit à la page 355 :

[...] Il [le juge McKeown] a rappelé les considérations d'ordre public justifiant ce privilège, à savoir que pour exercer les attributions que lui confère la Loi sur la concurrence, il faut que le Directeur puisse obtenir des renseignements de tel ou tel secteur industriel. Pour obtenir la coopération des gens de ces secteurs, il lui faut pouvoir recueillir des renseignements sous le sceau de la confiance, avec la possibilité de ne pas nommer ses informateurs sauf si, bien sûr, ceux-ci sont cités à témoigner dans le cadre d'une procédure engagée devant le Tribunal. Le président du Tribunal a également relevé que l'appelante avait eu largement l'occasion de prendre connaissance de la nature des documents en cause et des choses qu'elle serait tenue de démontrer, sans pour cela avoir à prendre connaissance des documents eux-mêmes. Le Directeur avait fourni à l'appelante des résumés de tous ces documents, y compris des renseignements obtenus auprès de membres de l'industrie en question, sans toutefois indiquer le nom de ces membres. Le Tribunal a offert de demander à l'un des juges membres du Tribunal, mais non chargé de cette affaire, d'examiner, si l'appelante en faisait la demande, les documents en question et les résumés qui en avaient été faits afin de s'assurer de la concordance entre les deux. L'appelante n'a formulé aucune demande en ce sens. En plus de ces renseignements, l'appelante a pu faire procéder à l'interrogatoire préalable du Directeur et de la plaignante, ainsi qu'à la communication de certains documents. Elle a également reçu une liste des témoins ainsi qu'un résumé des dépositions qu'ils devaient faire, et ce, trois semaines avant la comparution des témoins. Tout cela s'est fait conformément aux ordonnances du Tribunal. (je souligne)

[31] Le juge Strayer a ajouté au paragraphe 3 de cette décision :

J'estime que le juge président le Tribunal a correctement suivi et appliqué des décisions antérieures du Tribunal en décidant que les documents en cause appartenaient à une catégorie bénéficiant d'un privilège de non-divulgence. Dans l'affaire *Le Directeur c La compagnie Nutra Sweet et autres*, le juge Reed a décidé, au nom du tribunal, que la plainte déposée auprès du directeur, source de la demande déposée par celui-ci, appartenait à une catégorie de documents qui, en vertu de l'intérêt public, doivent bénéficier d'un privilège de non-divulgence. L'intérêt en question était décrit comme étant « la protection, au nom de l'intérêt public, de la confidentialité, afin de permettre aux plaignants de ne pas hésiter à porter plainte. » [...] (je souligne)

[32] Le juge Strayer a fait référence à une autre décision de la Cour d'appel fédérale dans *Directeur des enquêtes et recherches c Hillstown Holdings (Canada) Ltd*, [1991] ACF n° 1021, où le juge Heald a cité avec approbation la déclaration de la juge Reed dans la décision *Southam*, précitée au paragraphe 22, dans laquelle elle a écrit ce qui suit, à la page 84 de la décision publiée :

La question de savoir si le privilège relatif au litige s'applique ou non est toutefois quelque peu théorique, étant donné qu'à l'avis du Tribunal, le privilège d'intérêt public couvre une grande partie de ce que le directeur cherche à cacher des intimés. Le directeur refuse de fournir les notes d'entrevue particulières, de désigner les personnes interrogées et de révéler quand et par qui elles l'ont été. En même temps, il a accepté de remettre aux intimés un résumé de ce qui a été dit. Dans le domaine du droit de la concurrence, tout au

moins dans les cas de fusion et d'abus de position de force, les personnes interrogées peuvent être des clients éventuels ou présents des intimés, elles peuvent être des employées éventuelles ou présentes. Elles peuvent craindre des représailles si elles donnent au directeur des renseignements défavorables aux intimés. Plusieurs d'entre elles sont susceptibles d'être dans une position vulnérable à l'égard des intimés. Il est dans l'intérêt public de tenir confidentielles les notes de l'entrevue, sauf lorsque les personnes interrogées sont citées comme témoins dans une affaire ou par ailleurs désignées par la partie qui invoque le privilège. De plus, le directeur n'est pas tenu de préparer la cause des intimés en désignant pour eux des témoins possibles.

Il est concevable que, dans certains cas, la capacité d'un intimé de répondre à une affaire puisse être compromise si les renseignements concernant l'identité des personnes interrogées ou des renseignements détaillés au sujet de l'entrevue ne sont pas donnés (même s'il est difficile d'imaginer une situation où ce serait le cas). Quoi qu'il en soit, rien n'indique que ce soit le cas dans le présent litige. L'intérêt public qu'il y a à tenir confidentielles les détails des entrevues l'emportent sur tout avantage que pourraient en tirer les intimés. C'est particulièrement le cas étant donné que le directeur a accepté de fournir des résumés des renseignements pertinents. (je souligne)

[TRADUCTION]

[33] Le juge Strayer a conclu à la page 356 :

J'estime donc non seulement que la décision rendue par le juge McKeown en l'espèce est conforme aux décisions antérieures du Tribunal, mais aussi que cette Cour a déjà donné son aval à la démarche retenue par le Tribunal. En reconnaissant l'existence d'une catégorie de documents qui bénéficieraient d'un privilège de non-divulgence lié à l'intérêt public, j'estime que le Tribunal s'en est tenu aux principes du droit de la preuve. [...] Le Tribunal a décidé d'inclure les documents en question dans la catégorie des documents qui, en tant que renseignements fournis à des organismes du gouvernement par des gens de l'extérieur, devraient être protégés, afin de permettre à l'organisme en question de continuer à obtenir les renseignements dont il a besoin. S'il était utile pour le Tribunal, qui a à décider si un tel privilège se justifie, de disposer de certains éléments de preuve sur ce point, les tribunaux sont parvenus à une conclusion de cet ordre en se fondant sur leur propre analyse de l'objet des textes législatifs applicables et de la manière dont ils sont mis en œuvre. [...] En fait, le Tribunal disposait d'un élément de preuve, à savoir l'affidavit évoqué plus haut, dans lequel on faisait valoir que les documents en question avaient été obtenus sous le sceau de la confiance. Bien que cet affidavit ne contienne que de rares renseignements, je ne pense pas qu'il ait été contesté avec succès. (je souligne)

[34] Dans *Washington*, précitée au paragraphe 25, le juge McKeown est d'avis que la protection de la possibilité qu'a le directeur « d'[...] utiliser efficacement tous les outils disponibles [...] dans les enquêtes portant sur le problème potentiel de la concurrence est dans l'intérêt public » [TRADUCTION]. À son avis, certaines dispositions de la *Loi* soulignaient l'avis du législateur de cet intérêt public, tout comme la common law.

[35] L'avocat de l'UPG a soutenu que le commissaire n'avait pas satisfait au critère à quatre volets de *Wigmore* pour justifier l'existence du privilège d'intérêt public en l'espèce.

[36] Le critère *Wigmore*, tel qu'énoncé par la juge Reed dans *Directeur des enquêtes et recherches c NutraSweet Co.*, [1989] CCTD no 54 (QL) (Trib conc), tiré de *Slavutych*, précitée,

au paragraphe 18, est énoncé comme suit :

- (1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.
- (3) Les relations doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenues assidûment.
- (4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

[37] L'avocate de l'UPG a affirmé que le commissaire n'a fait aucune tentative dans ce cas de produire un élément de preuve montrant que le privilège d'intérêt public est applicable. Il n'a déposé aucun affidavit et n'a rien dit concernant le caractère confidentiel des renseignements factuels demandés par l'UPG et a dévié toutes les tentatives d'obtenir ces renseignements de M. Ouellet. Autrement dit, lors de l'interrogatoire préalable, il n'a pas laissé l'UPG examiner au motif du privilège, c'est-à-dire l'attente de confidentialité, la première partie du critère de *Wigmore*.

[38] Les avocats du commissaire répliquent que l'existence du privilège d'intérêt public qui se rattache à l'enquête du commissaire est un privilège générique reconnu que ce dernier n'est pas tenu de justifier au cas par cas dans chaque instance devant le Tribunal. Le privilège d'intérêt public a été identifié initialement par la juge Reed dans *NutraSweet*, précitée au paragraphe 36, au motif de la satisfaction du critère de *Wigmore* et réitéré par elle dans l'affaire de *Southam*, précitée au paragraphe 22, sans allusion au critère de *Wigmore*. Elle soutient que l'allusion au critère *Wigmore* et l'examen spécifique de ce critère ne sont nécessaires que lorsqu'on cherche à établir un nouveau privilège générique s'appuyant sur plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada.

[39] À mon avis, les avocats du commissaire expriment le bon point de vue sur cette question — l'existence d'un privilège générique reconnu, généralement lié à l'enquête du Bureau menée en vertu de la *Loi* en vue de faire respecter cette *Loi*, dispense de la nécessité d'établir l'existence de ce privilège à l'étape de la communication préalable dans chaque instance devant le Tribunal au cas par cas.

[40] Ce point de vue vient d'une simple lecture de la décision du juge Strayer au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *D & B Companies*, précitée au paragraphe 29, de l'existence d'un privilège générique au motif de l'intérêt public lié aux documents d'enquête du commissaire.

[41] Je fais remarquer que la Cour d'appel fédérale, dans la décision *D & B* précitée, a confirmé la décision du juge McKeown rendue au Tribunal, dans laquelle il a expressément statué que des décisions antérieures du Tribunal, ainsi qu'une décision antérieure de la Cour d'appel fédérale dans *Hillsdown*, précitée au paragraphe 32, avaient « établi ce privilège pour une catégorie de documents » [TRADUCTION].

Question en litige 2 — Faudrait-il déroger à ce privilège en l'espèce?

[42] L'avocate de l'UPG a cité sept facteurs qui devraient m'amener à exercer un pouvoir discrétionnaire que les deux parties affirment que je dois exercer en vue de déroger à l'utilisation du privilège d'intérêt public en tant que motif du refus de M. Ouellet de répondre à des questions

pertinentes.

[43] Ces facteurs sont également invoqués par l'UPG dans leur thèse selon laquelle le privilège d'intérêt public n'a pas été invoqué ici de façon appropriée. Il n'est pas nécessaire d'examiner ces facteurs à l'appui de cet argument qui aurait très bien pu être approprié si je devais examiner de nouveau la question de savoir si le privilège devait être établi en l'espèce. J'ai statué autrement sur la première question plus haut.

[44] Pour ce qui est de son premier facteur, l'avocate de l'UPG est d'avis que la raison d'être de l'intérêt public n'existe pas ici dans son ensemble étant donné que l'identité des sources des renseignements du commissaire est connue. Les dix-huit réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 sont connues parce que leurs réponses écrites ont été divulguées par le commissaire. Ces réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 proviennent des principaux intervenants dans l'industrie, ainsi, la plupart des sources importantes ont été divulguées.

[45] Pour le deuxième facteur, l'avocate de l'UPG soutient que le commissaire n'a jamais cherché à justifier le privilège et, en particulier, la nécessité de ce privilège en l'espèce qui est de protéger les renseignements fournis à titre confidentiel.

[46] Le troisième facteur mis en avant par l'avocate de l'UPG se rapporte au fondement du privilège — de protéger les informateurs de la crainte de représailles. L'avocate de l'UPG soutient que la crainte de représailles n'existe pas en l'espèce eu regard aux entités présentes — les compagnies de chemin de fer, des organismes gouvernementaux tels que la CCG et la CCB, les gros concurrents dans le port de Vancouver, et les sociétés céréalieres indépendantes qui sont protégées parce qu'elles ont des relations contractuelles avec les terminaux dans le port de Vancouver.

[47] Les décisions contradictoires du Tribunal sont le quatrième facteur exhorté par l'avocate de l'UPG. Ce conflit concerne l'existence d'une attente de confidentialité en raison de l'article 29 de la *Loi*.

[48] Le cinquième facteur a trait au niveau de divulgation que l'UPG a reçu du commissaire. L'avocat de l'UPG soutient que le représentant du commissaire était muselé lors de la communication préalable par l'affirmation du privilège d'intérêt public. L'UPG a été empêchée lors de la communication préalable, selon l'avocate de l'UPG, de connaître les arguments du commissaire et les renseignements pertinents qu'il détient et sur lesquels il s'appuie ou qui nuisent à sa position.

[49] Le sixième facteur traite du préjudice causé à l'UPG. L'UPG soutient qu'elle a subi un préjudice en raison de l'utilisation du privilège d'intérêt public par le commissaire pour contrôler le moment de la divulgation et que ce qui a effectivement été divulgué a entraîné (1) son incapacité d'obtenir tous les faits pertinents que détenait le commissaire au moment de la communication préalable; (2) son incapacité d'obtenir un engagement de la part du commissaire de divulguer tout fait pertinent qu'il a en sa possession de façon continue, même si ces faits sont liés à, ou contredisent, des renseignements pour lesquels il y a eu renonciation au privilège; (3) son incapacité d'obtenir effectivement des admissions concernant des faits importants; et (4) son incapacité de poser les questions appropriées concernant les documents pour lesquels il y a eu renonciation au privilège.

[50] L'absence de préjudice pour le commissaire — le fait que son enquête n'est pas entravée — est le septième facteur. L'avocate de l'UPG soutient qu'il n'y a aucun préjudice à exiger que

le commissaire, comme c'est le cas normalement lors d'une communication préalable ordinaire, divulgue tous les faits pertinents en sa possession, et on peut répondre à toute préoccupation qu'il puisse avoir en gardant les renseignements au niveau A de confidentialité.

[51] En traitant de cette question, j'adopte la norme élevée avancée par les avocats du commissaire à laquelle l'UPG doit satisfaire pour convaincre le Tribunal de déroger à l'exercice du privilège d'intérêt public en l'espèce.

[52] Cette norme a été mentionnée pour la première fois par la juge Reed dans la décision *Southam*, précitée au paragraphe 22, dans laquelle elle a exprimé l'avis qu'il fût « concevable que, dans certains cas, la capacité d'un intimé de répondre à une affaire pourrait être compromise si les renseignements concernant l'identité des personnes interrogées ou des renseignements détaillés au sujet de l'entrevue ne sont pas donnés ». Elle pensait qu'il était difficile d'imaginer une situation où ce serait le cas.

[53] La juge Simpson, dans *Directeur des enquêtes et recherches c Canadien Pacific Ltd*, 1997] DTCC no 39 (QL) (Trib conc), a déclaré que l'intérêt public le privilège « prévaudra à moins de passer outre plus convaincante par un intérêt concurrent ».

[54] Dans la décision *Washington*, précitée au paragraphe 25, le juge McKeown a tiré la même conclusion en reprenant le commentaire de la juge Reed dans *Southam*, précitée au paragraphe 22, le juge McKeown s'est exprimé en ces termes, au paragraphe 9 :

Washington et al affirment que les réponses demandées sont des faits pertinents qu'ils aimeraient avoir. Ce n'est pas suffisant pour l'emporter sur l'intérêt public considérable en jeu. Nous sommes d'accord avec la juge Reed que des circonstances assez convaincantes seront nécessaires pour l'emporter sur le facteur de l'intérêt public. Contrairement au directeur, qui part généralement de la position de ne rien connaître sur l'industrie et doit obtenir tous ses renseignements de tiers, les défendeurs sont eux-mêmes des participants à cette industrie. Ils ont déjà beaucoup de connaissances au sujet de ses opérations et les acteurs et intervenants potentiels. Nous constatons également que le directeur dans ce cas a fourni un résumé des renseignements obtenus à partir des entrevues avec les défendeurs, comme c'était le cas dans *Southam*. (je souligne)

[TRADUCTION]

[55] L'avocate de l'UPG n'a pas réussi à me convaincre que les sept facteurs avancés sont suffisants pour l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du Tribunal afin d'annuler, en l'espèce, un privilège dont le fondement a été reconnu comme étant dans l'intérêt public. À mon avis, il existe de meilleurs moyens et moins dramatiques pour s'assurer de la capacité de l'UPG de répondre à la cause du commissaire. Ces meilleurs moyens et moins dramatiques tiennent à l'application correcte des principes de la communication préalable élaborés par notre Tribunal au cours des années pour régler la tension créée par l'exercice de ce privilège, principes dont l'objectif est de s'assurer que le processus du Tribunal soit équitable.

[56] Je ne suis pas d'accord avec l'avocate de l'UPG sur la validité de certains des facteurs mis en avant et, dans d'autres cas, s'ils sont valables, si on peut dire, en fait, qu'ils se posent en l'espèce.

[57] Le premier facteur n'est pas établi parce que, même si l'identité d'un grand nombre des sources de renseignements tierces du commissaire est connu, l'identité des autres ne l'est pas. L'UPG reconnaît ce fait. Ce qui est plus important, c'est que la portée du privilège d'intérêt public ne se limite pas à la protection de la source des renseignements, mais, à mon avis, à moins qu'ils ne soient divulgués, protège l'information elle-même.

[58] À mon avis, la proposition selon laquelle le privilège d'intérêt public couvre l'information elle-même a été reconnu par le Tribunal dans plusieurs cas :

(a) La juge Reed dans la décision *Southam*, précitée au paragraphe 22, a écrit à la page 84 de l'affaire mentionnée qu'il était dans l'intérêt public de « [...]tenir confidentielles les notes de l'entrevue pour protéger l'efficacité de son enquête » [TRADUCTION];

(b) Le juge McKeown dans la décision *Washington*, précitée au paragraphe 25, a statué que les détails des entrevues « [...] tombent décidément sous la catégorie du privilège d'intérêt public [...] » [TRADUCTION];

(c) dans la même affaire, le juge McKeown se préoccupait du fait que le résumé soit à un niveau de généralité de façon à ne pas révéler « [...] les détails mêmes qu'on cherche à protéger par le privilège [...] » [TRADUCTION];

(d) Le juge Noël dans *Directeur des enquêtes et recherches c Canadien Pacifique*, [1997] DTCC no 28 (QL) (Trib conc) a affirmé que l'argument de Canadien Pacifique selon lequel le privilège ne couvre pas les renseignements fournis sous l'effet d'une contrainte légale n'est pas fondé, et que l'effet du privilège est d'habiliter le directeur [actuellement le commissaire] « [...] à exercer droit de regard sur les renseignements qui lui sont confiés, réduisant ainsi le risque de divulgation et protégeant l'efficacité du processus d'enquête » [TRADUCTION].

[59] Le deuxième facteur n'est pas pertinent étant donné que j'ai conclu que le privilège est un privilège générique reconnu et établi qui protège l'enquête du commissaire.

[60] Je crois l'avocate de l'UPG que le troisième facteur restreint trop la raison d'être du privilège au seul fait de protéger les informateurs de la crainte de représailles. La raison d'être du privilège comprend également la protection contre la divulgation de l'information, sous réserve des contraintes d'utilisation au procès, de manière à encourager les informateurs à être francs et honnêtes au sujet de ce qu'ils divulguent au Bureau.

[61] Quant au quatrième facteur, je ne pense pas que l'équilibre des intérêts concurrents repose sur des contradictions invoquées dans la jurisprudence en ce qui concerne les attentes en matière de confidentialité. Le seuil de la confidentialité a été atteint lorsque la juge Reed a examiné le critère de *Wigmore* lors de l'établissement du privilège générique pour la première fois dans *NutraSweet*, précitée au paragraphe 36.

[62] Pour ce qui est du cinquième facteur, je suis convaincu que l'UPG a reçu une divulgation significative de renseignements. Elle a reçu le résumé confidentiel du commissaire de tous les faits pertinents, bons ou mauvais, sous une forme regroupée qui lui a été transmise lors de son enquête de la transaction et son avocat reconnaît une obligation continue de divulgation.

[63] Mon examen de l'ensemble de la transcription de la procédure d'interrogatoire préalable me convainc que l'UPG, lors de l'interrogatoire préalable, a reçu une divulgation importante, même si cette divulgation était plus limitée qu'elle n'aurait dû l'être, une préoccupation que j'aborderai plus loin dans les présents motifs.

[64] L'UPG est d'avis que le privilège a été mal appliqué et a bloqué des réponses à des questions pertinentes. Selon mon évaluation, la position de l'UPG a un certain fond, mais pas au point d'établir un préjudice irréparable qui ne peut être rectifié qu'en éliminant entièrement le privilège, étouffant ainsi sa raison d'être.

[65] Pour les motifs susmentionnés, je refuse de déroger à l'exercice du privilège d'intérêt public en l'espèce.

Question en litige 3 — Renonciation

[66] L'avocat de l'UPG soutient que, si les renseignements recueillis pour la demande du commissaire font l'objet du privilège d'intérêt public, le commissaire a complètement renoncé à ce privilège pour quatre motifs et ne peut plus empêcher la divulgation de tout renseignement pertinent.

[67] Premièrement, le recours à ces renseignements constitue une renonciation au privilège. Elle affirme que l'UPG a le droit de connaître les renseignements factuels sur lesquels s'appuie le commissaire pour prendre les décisions à ce jour, et cite quatre exemples.

[68] Le premier exemple donné par l'avocate de l'UPG est que le commissaire s'est appuyé sur les renseignements recueillis comme fondement pour poser des questions au représentant de l'UPG, M. John Dewar, lors de l'interrogatoire préalable, et il s'est également appuyé sur ces renseignements aux fins d'informer ses experts.

[69] Le deuxième exemple, à l'appui de la revendication d'une renonciation, dont elle prétend que c'est la revendication la plus solide, est la divulgation volontaire par le commissaire de dix-huit réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 avec le document à l'appui. L'effet de cette divulgation volontaire est une renonciation par le commissaire qui porte sur une vaste gamme de domaines et de questions qui sont pertinents.

[70] Le troisième exemple pour conclure à la renonciation est survenu lorsque M. Ouellet a été interrogé et a fourni des réponses.

[71] Un quatrième exemple concerne deux questions qui sont survenues lorsque les avocats du commissaire ont fourni des renseignements au Tribunal au cours de leur plaidoyer.

[72] L'avocate de l'UPG a plaidé contre la reconnaissance par le Tribunal d'une renonciation partielle en l'espèce, qui permettrait au commissaire, par exemple de :

(a) renoncer au privilège de façon sélective sur certaines réponses en vertu de l'article 11 et non sur d'autres;

(b) renoncer au privilège de façon sélective sur des renseignements fournis par des informateurs en vertu de l'article 11 sans renoncer à tout le privilège sur tous les renseignements fournis par cette personne;

(c) renoncer de façon sélective à certains renseignements particuliers, mais maintenir le privilège sur d'autres renseignements qui révèlent que les renseignements en question sont inexacts ou trompeurs.

[73] Trois affaires au Tribunal ont été citées à l'appui de l'argument de l'UPG sur le fait que le recours aux renseignements équivaut à une renonciation au privilège. Selon ma lecture de ces cas, ils font allusion au recours ou aux renseignements lors de l'audition d'une demande comme des aspects exigeant une renonciation. Ce point a été élucidé par le juge Rothstein dans *Directeur des enquêtes et recherches c Supérieur Propane Inc*, [1998] DTCC n° 17, au paragraphe 6 :

Bien que ce ne soit pas une audience sur le fond, il s'agit d'une audience convoquée à la demande du directeur pour obtenir des mesures de redressement provisoires d'urgence avant qu'une demande soit déposée aux termes de l'article 92. Le directeur n'est pas encore prêt à divulguer l'identité de la source des renseignements sur lesquels il s'appuie pour persuader le Tribunal d'accorder l'ordonnance qu'il demande aux termes de l'article 100. Cette position est incompatible avec la remarque incidente du juge McKeown dans *Canadien Pacifique* et celle de la juge Reed dans *Southam*. [...]

En effet, le poids et l'importance des renseignements fournis par les informateurs sont essentiels dans l'évaluation qui doit être effectuée par le Tribunal et cela touche l'identité et la fiabilité des sources des renseignements. Bien qu'il soit peut-être possible de traiter l'information à titre confidentiel, si l'information doit être prise et utilisée par le Tribunal, il y aura renonciation au privilège.

[TRADUCTION]

[74] Pour ce motif, le recours aux renseignements reçus au cours de son enquête pendant la communication préalable ou aux fins d'une séance d'information des experts par le commissaire ne constitue pas une renonciation.

[75] À mon avis, l'argument de l'UPG en faveur d'une renonciation totale au motif des réponses fournies par M. Ouellet au cours de l'interrogatoire préalable ou divulguées au Tribunal au cours du plaidoyer est sans fondement.

[76] Ce type de divulgation est soit nécessaire dans le cas des réponses lors de l'interrogatoire préalable ou attendu dans le cas d'une instance du Tribunal et ne compte pas comme un pas dans la direction d'une reconnaissance d'une renonciation totale.

[77] Comme l'a reconnu l'avocate, l'argument le plus solide de l'UPG est le fait que le commissaire a divulgué une quantité importante de documents à l'UPG sous forme de réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 provenant des principaux intervenants du secteur. Certains de ces documents, tels qu'ils sont reconnus par l'avocate de l'UPG, appuient la cause de l'UPG.

[78] Il y a deux aspects à l'argument de l'UPG : (1) la question de savoir si à première vue, la divulgation des réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 constituait une renonciation totale au privilège d'intérêt public en raison de la portée et du niveau de cette divulgation, ou non; et (2) la question de savoir si le Tribunal considérerait qu'une renonciation au privilège

d'intérêt public a eu lieu soit parce que le commissaire s'en servait pour obtenir un avantage inéquitable ou parce que le fait de l'autoriser donnerait une image trompeuse ou parce que le commissaire a pris des positions incohérentes sur sa demande.

[79] Je suis d'accord avec les avocats du commissaire que l'UPG n'a pas réussi à prouver une renonciation totale du privilège d'intérêt public sur l'ensemble de son enquête simplement en raison de sa divulgation volontaire des réponses au questionnaire en vertu de l'article 11.

[80] Une intention contraire est révélée lorsqu'on examine l'ensemble de l'affidavit documentaire du commissaire. Dans cet affidavit le commissaire affirme le privilège sur une grande catégorie de documents qui relèvent traditionnellement de la catégorie de l'intérêt public, puis énumère à l'annexe II des documents pertinents pour lesquels il n'invoque pas le privilège, mais pour lesquels la divulgation des documents serait limitée par le paragraphe 16(2) des Règles. C'est là que l'on trouve les documents liés à l'article 11.

[81] L'intention qui se manifeste de l'affidavit documentaire du commissaire est de faire valoir le privilège d'intérêt public traditionnel sur des catégories reconnues de documents tirés de son enquête sur l'acquisition et d'exclure seulement les documents en vertu de l'article 11 ou d'y renoncer.

[82] Le Tribunal maintiendra le privilège d'intérêt public à moins qu'il ne soit démontré sans la divulgation de l'ensemble de l'enquête du commissaire que les réponses au questionnaire en vertu de l'article 11 sont trompeuses ou qu'elles ont été conçues par le commissaire pour tirer un avantage injuste. Je n'en ai aucune preuve.

[83] La conclusion que je tire est la même que celle du juge Sharpe, qui était à l'époque à la Division générale de la Cour de l'Ontario, dans la décision *Transamerica Life Insurance Company c Canada Life Assurance Company* (1995), 27 OR (3d) 291, une affaire concernant une renonciation alléguée du privilège d'intérêt public affirmé par Canada en ce qui concerne des documents détenus par le Bureau du surintendant des institutions financières, où il indique à la page 13 que « ce n'est clairement pas énoncé dans la loi que la production d'un document d'un dossier entraîne une renonciation au privilège qui se rattache à d'autres documents dans le même dossier. » [TRADUCTION] Il a conclu comme suit :

Il faut appliquer la règle relative à la renonciation s'il existe une indication qu'une partie tente d'obtenir un avantage injuste ou de donner une idée trompeuse au moyen d'une communication sélective. Toutefois, une partie ne devrait pas être pénalisée ou empêchée d'effectuer la divulgation la plus complète possible. À mon avis, une application trop facile de la règle relative à la renonciation sert uniquement à empêcher les parties à un litige d'effectuer la communication la plus complète possible.
[TRADUCTION]

[84] Je répète que je ne suis saisi d'aucun élément de preuve de la sorte.

[85] Je ne pense pas que l'argument de l'UPG concernant la renonciation à un seul sujet soit pertinent aux faits de l'espèce. Cette dernière a fait l'objet de commentaires négatifs ou, tout au moins, d'une demande restreinte d'une conclusion selon laquelle dans toutes les circonstances, la conduite d'une partie, et j'aimerais l'appliquer à la communication préalable, elle peut être invoquée de façon à induire en erreur soit la cour ou le plaideur de sorte à exiger la conclusion que le privilège a été abandonné. (voir *Power Consolidated (China) Pulp Inc c British Columbia*

Ressources Investment Corp, [1988] BCJ n° 1988 (C.A. C.-B.)).

[86] Une partie de l'argument de l'UPG concernant la renonciation, qui concerne la renonciation de façon sélective, s'applique également à son allégation de l'abus du privilège d'intérêt public dans le cadre de cet interrogatoire préalable précisément, qui est la prochaine et dernière question à examiner.

Question en litige 4— Y a-t-il eu abus du privilège d'intérêt public?

[87] La plainte de l'UPG est que la façon et la mesure dans laquelle le privilège d'intérêt public a été utilisé lors de la communication préalable en l'espèce va à l'encontre de son objet.

[88] L'avocate de l'UPG soutient que le commissaire n'a pas le droit de se servir de ce privilège de ne pas divulguer sa cause lors de la communication préalable, ainsi que l'information importante pertinente en sa possession et l'utiliser pour éviter ses obligations ordinaires dans le cadre de la communication préalable. La seule exception est le cas où la divulgation de ces faits peut divulguer l'identité de la personne.

[89] Je suis d'accord avec cette proposition de base, dans le contexte de la communication préalable, même si pour les motifs susmentionnés j'ai décidé que le privilège d'intérêt public porte sur les renseignements recueillis par le commissaire au cours de son enquête.

[90] À mon avis, pour atténuer la sévérité de l'incidence qu'une application rigide du privilège d'intérêt public aurait sur le processus de la communication préalable et afin de promouvoir une préparation efficace au procès qui assure que le procès sera mené efficacement et sans heurts, réduit au maximum en éliminant les surprises autant que possible, le Tribunal exige, avant la communication préalable, la production de documents aussi bien qu'un sommaire regroupé des principaux faits pertinents recueillis au cours de l'enquête du commissaire.

[91] L'objet de cette divulgation est évident : la défenderesse est placée dans la position de savoir quels faits le commissaire a recueillis jusqu'à ce moment-là, y compris ceux qui l'ont mené à déposer la demande en se fondant sur l'EMFI.

[92] La communication préalable du commissaire doit être significative et de façon générale les règles ordinaires de la communication préalable dans les affaires civiles devraient s'appliquer, sous réserve uniquement à l'exercice des différents privilèges dont jouit le commissaire, y compris à la fois le privilège relatif au litige et le privilège d'intérêt public.

[93] Le commissaire a divulgué des renseignements qu'il a sur le cas au moyen de résumés et de productions. À mon avis, lors de la communication préalable, il ne devrait pas tenter de réduire cette divulgation en ne répondant pas à des questions qui cherchent des faits pertinents dont le commissaire a connaissance découlant de ces productions. L'application du privilège d'intérêt public, dans le processus de la communication préalable, devrait se limiter à refuser de divulguer les faits que le commissaire détient qui révéleraient la source de l'information. Il faut donner des réponses généralisées.

[94] J'ai examiné l'ensemble de la transcription des interrogatoires préalables et conclus de manière générale que les interrogatoires préalables ont procédé comme ce serait le cas normalement dans des affaires civiles, sous réserve des contraintes des privilèges et les objections disponibles à l'interrogatoire préalable ordinaire.

[95] Je déduis les disputes entre les avocats, et il y a eu beaucoup, et n'attache pas trop d'importance aux changements de position pour autant que ces changements aient renforcé le processus de la communication préalable et autrement ont été corrigés, comme ils semblent l'être dans ce cas lorsque les avocats du commissaire ont convenu de fournir, et ce en tant qu'obligation continue liée à la communication préalable, des renseignements que le commissaire reçoit par la suite, qui est contraire au témoignage présenté lors de l'interrogatoire préalable, à condition qu'ils ne divulguent pas la source des renseignements. Si un tel cas devait survenir, le commissaire est tenu d'informer l'UPG qu'il a des renseignements contraires sans les divulguer.

[96] Les deux avocats, au début de l'interrogatoire préalable de M. Ouellet, ont tenté de réclamer leur territoire. L'avocate de l'UPG n'a pas reconnu le privilège d'intérêt public et a cherché des réponses à des questions là où la source des renseignements fournis par le commissaire serait connue. Ces questions ont été contestées d'une façon appropriée.

[97] L'avocate du commissaire a clairement exposé les contraintes du privilège d'intérêt public sur le processus de la communication préalable, comme elle avait le droit de le faire. Cependant, à mon avis, elle a peut-être été trop assidue en invoquant rapidement son application sans chercher, dans certains cas, à clarifier si les renseignements pourraient être fournis d'une manière générale ou sans même laisser M. Ouellet répondre s'il avait des renseignements pour commencer, ce qui aurait rendu théorique l'utilisation du privilège d'intérêt public, mais qui aurait servi de base à une application significative des obligations continues de divulgation du commissaire. Comme l'a exprimé l'avocate de l'UPG lors de la communication préalable, le fait que le commissaire n'a aucune connaissance sur un sujet peut être utile dans le cadre de la préparation du procès en raison du confort qu'offre l'obligation de divulgation continue.

[98] Il y a un certain nombre de propositions mises de l'avant par les avocats du commissaire avec lesquelles je ne suis pas d'accord.

[99] Premièrement, à la page 72 de la transcription, l'avocate de l'UPG a déclaré, lors de la communication préalable, qu'elle pensait que c'était une nouvelle proposition selon laquelle le commissaire avait le droit de « passer dans un cas comme celui-ci et renoncer au privilège d'une façon sélective et choisir quels renseignements il va divulguer [...] et en effet, cacher sous le boisseau tous les faits qui vont à l'encontre de la position du Bureau en l'espèce, mais produire ceux qui, selon vous, vont l'appuyer. » [TRADUCTION] Les avocats du commissaire ont répondu qu'en ce qui les concerne, c'était la loi.

[100] L'application correcte du privilège d'intérêt public est variable à mon avis. Dans certaines circonstances, il se peut bien que le commissaire ait le pouvoir discrétionnaire de bonne foi d'insister sur tout le poids de ce privilège et juger approprié de ne pas y renoncer. Toutefois, lors de la communication préalable, son utilisation doit être adaptée aux fins de la communication préalable, mais pas au point de révéler la source des renseignements. Je suis d'avis qu'au cours de la communication préalable, le commissaire est tenu de révéler tous les faits à sa connaissance, y compris ceux qui sont contraires à sa position.

[101] Deuxièmement, je n'accepte pas la proposition selon laquelle le commissaire n'est pas tenu de révéler sa cause lors de la communication préalable et peut attendre de la divulguer au moyen des sommaires des dépositions des témoins qu'il a l'intention d'appeler.

[102] Je ne suis pas convaincu par l'argument voulant que le commissaire ne connaisse véritablement ses arguments qu'au moment où les dépositions de témoins doivent être fournies. Je reconnais l'asymétrie qui existe. Une défenderesse telle que l'UPG a une connaissance approfondie du secteur — ses propres opérations ainsi que celles de ses concurrents.

[103] Le commissaire a peu ou pas de connaissances du secteur. C'est pourquoi il doit enquêter sur le secteur avant de présenter une demande. Mais une fois qu'il a présenté cette demande, il sait pourquoi il la présente et sur quels faits et quel droit elle est fondée. Le représentant du commissaire doit répondre aux questions de fait pertinentes qui relèvent de sa cause sous réserve de l'affirmation du privilège d'intérêt public circonscrit d'une façon appropriée dans son application au contexte de l'interrogatoire préalable.

[104] Pour couvrir un dernier point, en ce qui concerne les obligations du commissaire après la présentation des sommaires des dépositions des témoins, à mon avis, fondé sur la jurisprudence du Tribunal citée par son avocat, il ne doit divulguer, s'il ne l'a pas déjà fait auparavant, que les renseignements sur lesquels le témoin va parler. Il n'y a aucune obligation de divulguer, le cas échéant, tous les renseignements fournis au commissaire par le futur témoin. Ce point fera l'objet d'un contre-interrogatoire en bonne et due forme lors du procès. En outre, le privilège relatif au litige peut également être rattaché à ces renseignements.

Autres questions

[105] D'autres questions ont été soulevées dans le mémoire des parties. Toutefois, elles n'ont pas été abordées lors du plaidoyer et dans les circonstances, il ne conviendrait pas que j'y réponde. De plus, le fait qu'elles demeurent ou non une source de difficultés entre les parties dépendra de l'incidence qu'aura la présente décision.

[106] Le Tribunal demeure à la disposition des parties si ces questions doivent être poursuivies.

[107] POUR LES MOTIFS SUSMENTIONNÉS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIVIT :

(a) chacune des parties doit immédiatement réévaluer le refus du commissaire au motif du privilège d'intérêt public;

(b) le Tribunal ordonne une nouvelle comparution de M. Ouellet, aux dépens du commissaire, en vue de répondre aux questions auxquelles il a refusé de répondre d'une façon inappropriée et incompatible avec les présents motifs dans les sept (7) jours suivant la date de la présente ordonnance ou dans le délai dont les parties peuvent convenir;

(c) Aucuns dépens ne sont adjugés en ce qui concerne la présente requête.

SIGNÉ à Ottawa, ce 27^e jour de septembre 2002.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le membre judiciaire présidant l'audience.

COMPARUTIONS :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence
John L. Syme
Melanie L. Aitken
Arsalaan Hyder

Pour la défenderesse :

l'Union des producteurs de grain Limitée
Sandra A. Forbes

Pour l'intervenante :

Commission canadienne du blé

N'est pas représentée — observation écrite déposée seulement