

Re Northern Securities

AFFAIRE INTÉRESSANT :

**Les Règles des courtiers membres
de l'Organisme canadien de réglementation
du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)**

**Les Statuts de l'Association canadienne
des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM)**

et

**Northern Securities Inc., Victor Philip Alboini, Douglas Michael
Chornoboy et Fredrick Earl Vance**

2012 OCRCVM 33

Formation d'instruction
de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières
(conseil de section de l'Ontario)

Audience tenue le 18 mai 2012 à Toronto (Ontario)
Décision rendue le 18 mai 2012

Formation d'instruction

Fred Webber (président), F. Michael Walsh et Ron Smith

Comparutions

Brian H. Greenspan, Greenspan Humphrey Lavine, pour le personnel de l'OCRCVM

Jeffrey A. Kaufman, Fasken Martineau Dumoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., pour les intimés

DÉCISION SUR LA REQUÊTE EN ARRÊT DE LA PROCÉDURE

1. Introduction

¶ 1 Le deuxième jour de la présente audience disciplinaire, commencée devant la formation d'instruction (la formation) le lundi 7 mai 2012, un certain témoignage a été consigné au dossier, à la suite duquel les intimés ont présenté la requête décrite ci-dessous.

2. Le témoignage

¶ 2 Le témoignage qui est la source de la requête est le suivant : au cours de l'interrogatoire principal de Maureen Jensen, l'avocat de l'OCRCVM, James Douglas, a renvoyé la témoin à un courriel d'un certain M. Prior et lui a demandé : [TRADUCTION] « ... la mention du classement de Northern Securities comme une société à risque élevé, cela est-il monnaie courante à l'OCRCVM? »

¶ 3 La témoin a répondu : [TRADUCTION] « Ce que nous avons, c'est une analyse très détaillée du risque de toutes les sociétés, où nous faisons une évaluation du risque fondée sur une formule préétablie pour toutes les sociétés membres de l'OCRCVM, en fonction de la conduite des négociations, de la conduite des affaires et de la conduite financière et opérationnelle. Et on leur attribue une cote de risque. Et chaque société qui est classée

à risque élevé dans un, deux ou trois domaines reçoit une copie de ce rapport sur le risque chaque année. Aux trois ans, toutes les sociétés reçoivent une copie du rapport sur le risque. Et Northern Securities était classée société à risque très élevé. » On lui a ensuite demandé si c'était une bonne chose, à quoi elle a répondu : [TRADUCTION] « ... ça n'est pas une très bonne chose. C'est une mauvaise chose. »

¶ 4 On n'a pas formulé d'objection à ce témoignage à ce moment-là, mais pendant qu'il contre-interrogeait M^{me} Jensen, l'avocat des intimés, M. Brush, a indiqué à la formation que sa cliente venait juste de trouver le rapport sur les tendances en matière de risque (RTR) auquel avait renvoyé M^{me} Jensen, mais qu'il souhaitait discuter avec M. Douglas une question de procédure concernant le document. Après une brève pause, M. Brush a terminé son contre-interrogatoire de M^{me} Jensen, au cours duquel elle a confirmé que la cote de risque élevé de NSI provenait de son RTR.

3. La confidentialité du rapport sur les tendances en matière de risque

¶ 5 Le 10 mai, pendant l'interrogatoire principal d'un témoin de l'OCRCVM, M. Sasha Latka, l'une des avocates de l'OCRCVM, M^{me} Caitlin Sainsbury, a posé une question au sujet des sociétés à risque élevé et de la façon dont le niveau de risque est déterminé. En réponse, M. Latka a parlé d'un rapport sur les tendances en matière de risque, qui est rempli pour toutes les sociétés, dans lequel la cote de risque des sociétés est exposée. L'avocat des intimés, M. Brush, s'est opposé à tout témoignage au sujet des RTR et a dit qu'il envisageait une requête pour traiter la question à la fin de la preuve de l'OCRCVM. M. Douglas a répondu que l'OCRCVM n'avait pas présenté, et ne présenterait pas non plus, de RTR en preuve, puis a produit un document d'accompagnement standard, joint à tous les RTR de l'OCRCVM, qui, disait-il, traitait des aspects de confidentialité du RTR. Après une discussion entre les avocats et la formation sur la façon de procéder, M. Brush a encore mentionné la possibilité d'une requête concernant le témoignage de M^{me} Jensen; M. Douglas a répondu que M. Brush pourrait présenter sa requête à la fin de la preuve, mais que l'audience ne devrait pas être bloquée pendant qu'il envisageait une requête.

¶ 6 Des copies de la feuille de couverture sur la confidentialité ont été distribuées et une courte pause a eu lieu pour permettre à la formation d'examiner la feuille de couverture sur la confidentialité en vue de décider comment le témoin pourrait poursuivre sans faire référence au rapport sur les tendances en matière de risque.

¶ 7 À la reprise de l'audience, la feuille de couverture a été cotée comme pièce 14. Dans la partie pertinente, la pièce 14 disait :

« ... l'utilisation du Rapport est limitée comme suit :

Procédures juridiques et réglementaires

¶ 8 Ni le courtier membre ni l'OCRCVM, ni aucune personne agissant en leur nom, ne doit faire valoir ou utiliser le Rapport ni aucun élément qu'il contient, ni s'en remettre à ceux-ci dans une action juridique ou réglementaire (y compris les actions engagées par l'OCRCVM à l'égard d'un courtier membre ou d'une de ses personnes autorisées), étant entendu que rien n'empêche :

l'OCRCVM d'engager ou de poursuivre de telles actions ou d'autres actions réglementaires à la suite de ses enquêtes et examens autorisés de ses courtiers membres qui peuvent être basés sur des faits ou des informations qui sont les mêmes que les informations contenues dans le Rapport ou qui leur sont similaires ou qui sont reçues par l'OCRCVM autrement que dans le cadre de la préparation ou de la livraison du Rapport; ou ... »

¶ 9 La formation a décidé que la pièce 14 interdisait toute mention du RTR de NSI et de son contenu, qui étaient confidentiels et n'auraient pas dû être révélés par M^{me} Jensen. S'agissant du témoin qui était en train de témoigner, M^{me} Sainsbury pouvait poser des questions au sujet des faits sur lesquels se fondait le rapport, et le témoin pouvait y répondre, mais elle ne pouvait renvoyer au RTR lui-même ou à son contenu. Il faut noter que le RTR de NSI auquel M^{me} Jensen renvoyait manifestement n'avait pas été versé en preuve (et, de fait, ne l'a jamais été).

4. La requête des intimés

¶ 10 En raison du témoignage de M^{me} Jensen, le 15 mai, les intimés, par l'entremise d'autres avocats, M. Jeffrey Kaufman et M. Leslie Rose de Fasken Martineau, ont déposé un avis de requête demandant :

- a) [TRADUCTION] un ajournement de l'audience jusqu'à ce que soient tranchées les questions contenues dans la présente requête;
- b) une ordonnance suspendant l'audience aux motifs d'inéquité procédurale, de crainte raisonnable de partialité et/ou d'abus de procédure;
- c) une décision sur le point de savoir si la formation d'audience a la compétence de révoquer James Douglas et Borden Ladner Gervais comme avocats de l'OCRCVM;
- d) dans le cas où la formation d'instruction décide qu'elle a compétence, une ordonnance révoquant James Douglas et Borden Ladner Gervais comme avocats de l'OCRCVM;
- e) une ordonnance donnant des directives concernant les questions suivantes relatives à la requête :
 - i. Un échéancier fixant le calendrier de la présente requête;
 - ii. La nécessité que l'instruction de la requête se fasse à huis clos;
 - iii. Une ordonnance de mise sous scellés relativement aux renseignements confidentiels;
 - iv. Une décision sur le point de savoir si une formation d'instruction indépendante devrait instruire tout ou partie de la requête;
- f) une ordonnance, au besoin, abrégant le délai de notification et de dépôt des documents ci-joints.

¶ 11 Le fondement essentiel du redressement demandé est que [TRADUCTION] « [l]a formation d'instruction, par suite de l'atteinte à la confidentialité des RTR, a eu accès à des renseignements confidentiels très délicats et de nature incendiaire concernant les intimés, dans des circonstances où les intimés sont incapables de se défendre pleinement et efficacement. »

5. Les questions de compétence préliminaires

¶ 12 Avant de plaider la requête au fond, l'avocat des intimés a soulevé deux questions de compétence :

- 1) La formation n'a pas compétence pour instruire la requête en arrêt de la procédure exposée au point (b) de la requête; la question devrait être instruite par une formation différente;
- 2) La formation n'a pas compétence pour révoquer James Douglas et Borden Ladner Gervais comme avocats de l'OCRCVM ainsi qu'il est exposé au point (c) de la requête; la question devrait être jugée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) ou par les tribunaux judiciaires.

¶ 13 S'agissant de la première question, l'avocat de l'OCRCVM a renvoyé la formation au traité *Administrative Law in Canada* (Fifth Edition), de Sara Blake, qui donne un exposé du droit exact. À la page 119, l'auteur dit : [TRADUCTION] « Une allégation de préjugé doit être présentée d'abord au membre du tribunal. » À la page 120, l'auteur dit : [TRADUCTION] « Lorsqu'une allégation de préjugé est portée, le tribunal doit se prononcer sur l'allégation. S'il décide qu'il n'a pas de préjugé, il peut continuer l'audience. Il n'est pas obligé d'arrêter la procédure. » Cet exposé du droit n'a pas été contredit par les avocats des intimés et la formation a donc décidé qu'elle était la bonne formation pour instruire les questions soulevées au point (b) de la requête et que ces questions n'avaient pas à être tranchées par une formation différente.

¶ 14 S'agissant de la seconde question, l'avocat des intimés a adopté comme position que la formation n'avait pas la compétence de révoquer les avocats et que l'audience devrait donc être suspendue pendant qu'il portait la question devant la CVMO ou les tribunaux. L'avocat de l'OCRCVM a soutenu que la formation pouvait et devait trancher la question. Il semble que c'est une question entièrement nouvelle et on n'a invoqué

aucune règle particulière ou aucune jurisprudence dans un sens ou dans l'autre. On ne trouve rien dans les Règles de procédure de l'OCRCVM au sujet de la révocation des avocats, bien que l'article 3.2 traite du changement d'avocat par une partie et que l'article 3.3 traite du retrait de l'avocat. Toutefois, l'article 2 de la Règle 20 des courtiers membres et l'alinéa 1.5(a) des Règles de procédure confèrent à la formation de vastes pouvoirs en matière de procédure. La formation a décidé que ces règles lui donnent compétence pour révoquer les avocats si elle estime qu'il convient de le faire.

¶ 15 En outre, l'article 8.3 des Règles de procédure dispose : « après l'introduction de la procédure, elle [la requête] est jugée par la formation d'instruction [qui instruit l'affaire disciplinaire]. » Cela confirme notre décision que la formation est la juridiction appropriée pour juger les deux questions de compétence.

¶ 16 Ces conclusions sont aussi appuyées par la jurisprudence que l'avocat de l'OCRCVM a présentée à la formation dans son recueil de jurisprudence en opposition à la requête des intimés, en particulier une décision de la CVMO, datée du 23 octobre 2007, *Re TSX, Market Regulation Services Inc., Northern Securities Inc., Vic Alboini and Chris Shaule*, et les affaires qui y sont citées. Essentiellement, ces affaires ont décidé que les tribunaux administratifs peuvent examiner les limites de leur compétence et qu'ils sont en fait les juridictions les mieux placées pour le faire, du moins en première instance, et que leurs décisions peuvent ensuite faire l'objet du contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision correcte.

6. L'ajournement de l'instruction de la requête

¶ 17 L'avocat des intimés a indiqué à la formation qu'il lui fallait plus de temps pour bien préparer les documents à l'appui de la requête et a demandé l'ajournement de l'audience à cette fin. L'avocat de l'OCRCVM a répondu que l'audience ne devrait pas être ajournée pendant que l'avocat des intimés déterminait quand il serait prêt à plaider la requête. Après une courte pause, l'avocat des intimés a indiqué qu'il serait prêt à plaider la requête le 18 mai. La formation a reconnu que la procédure équitable exigeait non seulement l'équité à l'égard des intimés, qui suppose qu'on leur laisse suffisamment de temps pour bien préparer et présenter leur cause, mais aussi l'équité à l'égard de l'OCRCVM et du public, qui suppose qu'on ménage un traitement expéditif des affaires disciplinaires. La formation a décidé que le court ajournement demandé par les intimés ne constituerait pas une atteinte à l'équité à l'égard de l'OCRCVM ou de l'intérêt public et a donc accordé l'ajournement du 15 au 18 mai, date à laquelle la requête serait plaidée au fond. Les avocats ont aussi convenu que les intimés livreraient les documents à l'appui de la requête pour 14 h le 16 mai, l'avocat de l'OCRCVM livrerait ses documents pour 14 h le 17 mai et l'instruction de la requête se tiendrait le 18 mai à 10 h. Des arrangements ont aussi été pris pour que des copies de tous les documents soient livrées aux membres de la formation.

7. La requête

¶ 18 Avant le commencement de l'instruction de la requête au fond, l'avocat de l'OCRCVM a présenté un autre avocat, M. Brian Greenspan, du cabinet Greenspan Humphrey Lavine, qui traiterait la requête pour l'OCRCVM. L'instruction de la requête a alors commencé. M. Kaufman a indiqué à la formation que les seuls points de la requête que les intimés plaideraient au fond étaient les points (b), demande d'arrêt de la procédure, et (e)(iv), nécessité qu'une autre formation instruisse la requête. Les points (a), ajournement, (e)(i), échéancier, et (f), livraison des documents, avaient déjà été décidés le 15 mai; M. Kaufman a dit à la formation qu'il n'insisterait pas sur les points (c), compétence de révoquer les avocats ou (d), révocation des avocats, mais qu'il en traiterait par voie d'appel; le point (e)(ii) était théorique, puisque seuls les parties et leurs avocats étaient présents, et M. Kaufman a dit qu'ils décideraient s'ils allaient reprendre le point (e)(iii), ordonnance de mise sous scellés, devant une autre juridiction.

Point (b), suspension de l'audience

¶ 19 Trois motifs d'arrêt de l'audience ont été présentés par les intimés :

1. l'atteinte à l'équité procédurale,
2. la crainte raisonnable de préjugé,

3. l'abus de procédure.

L'atteinte à la confidentialité

¶ 20 À titre de question préliminaire, les intimés ont affirmé que la présentation en preuve du RTR et de sa conclusion que NSI était une société à risque élevé constitue une atteinte à la confidentialité à laquelle on ne peut remédier et le redressement approprié consiste dans l'arrêt de la procédure. Il faut noter qu'aucun RTR n'a été mis en preuve et que l'OCRCVM a indiqué à l'audience qu'il ne comptait pas le faire. Par conséquent, la requête concerne seulement la mention, dans le témoignage de M^{me} Jensen, du fait que NSI avait une cote de risque élevé. Cette mention était en réponse à une question concernant un renvoi à un courriel provenant d'un certain Michael Prior qui mentionnait des cotes de risque élevé. La formation avait déjà décidé que le RTR et son contenu étaient confidentiels et ne pouvaient faire partie de la preuve dans l'audience, mais que les faits ou les informations qui sont les mêmes que les informations contenues dans le RTR ou qui leur sont similaires ne sont pas confidentiels et peuvent être présentés en preuve. Autre élément pertinent par rapport à la position des intimés, ceux-ci doivent eux aussi respecter la confidentialité du RTR et de son contenu et ils ne peuvent donc pas y renvoyer pour contredire le témoignage de M^{me} Jensen.

¶ 21 Il s'agit de savoir si l'atteinte à la confidentialité donne droit à l'arrêt de la procédure, comme le soutiennent les intimés, ou si elle est simplement une question de preuve de sorte que la formation peut faire abstraction de la preuve irrégulière. Dans son mémoire, l'OCRCVM a dit qu'il [TRADUCTION] « ne cherche pas à invoquer le classement de Northern dans un RTR comme société à risque élevé et invite la formation à faire expressément abstraction de toute preuve relative à cette déduction qu'on peut faire du témoignage de Maureen Jensen ou de Sasha Latka. » Par conséquent, si l'atteinte à la confidentialité provenant de M^{me} Jensen (et de M. Latka, le cas échéant) constitue une question de preuve, la formation n'accordera aucun poids à cet élément de preuve.

L'atteinte à l'équité procédurale et/ou l'abus de procédure

¶ 22 Au soutien de leur position que l'atteinte à la confidentialité devrait donner droit à l'arrêt de l'audience, les intimés ont cité l'arrêt *Slavutych c. Baker et al.* [1976] 1 RCS 254. Dans cette affaire, l'appelant, professeur d'université, avait été licencié à la suite des recommandations d'un conseil d'arbitrage, fondées sur des remarques très insultantes faites par l'appelant sur un formulaire confidentiel appelé « formulaire relatif à la permanence »; le formulaire avait été rempli par l'appelant à la condition expresse qu'il soit traité confidentiellement et qu'il soit détruit une fois que le comité sur la permanence l'aurait considéré. Il n'a pas été détruit et a constitué le fondement sur lequel le conseil d'arbitrage a justifié le licenciement.

¶ 23 La cour a statué que le formulaire confidentiel relatif à la permanence aurait dû être déclaré irrecevable et que, puisqu'il constituait le seul fondement du licenciement, le licenciement devrait être annulé. En l'espèce, la mention du fait que NSI était cotée comme une société à risque élevé dans un RTR n'était pas [TRADUCTION] « hautement préjudiciable », comme le disent les intimés dans leur argumentation au soutien de la requête, et ne constituait que l'un des nombreux éléments de preuve que la formation doit prendre en compte pour se prononcer sur les diverses allégations, mais la formation en fera abstraction de toute façon. Cette mention est donc bien loin de constituer le fondement sur lequel les allégations seront jugées.

¶ 24 Par conséquent, l'arrêt *Slavutych* n'appuie pas la requête en arrêt de la procédure des intimés.

¶ 25 Les intimés disent ensuite que l'inclusion d'un élément confidentiel dans la preuve présentée à la formation constitue un abus de procédure. Le redressement nécessaire d'un tel abus est l'arrêt de la procédure. Tous les décideurs publics sont tenus d'une obligation générale d'équité et [TRADUCTION] « il est bien établi que la formation doit accorder au membre l'équité procédurale », à l'appui de quoi les intimés citent les affaires *Deeb v. IIROC*, 2012 ONSC1014 (CanLII) et *Blencoe c. Colombie-Britannique*, [2000] 2 R.C.S. 307 aux paragraphes 107 à 109. L'obligation d'équité procédurale est un principe élémentaire de droit et il n'y a pas lieu de s'y attarder. Dans l'arrêt *Blencoe*, la question était de savoir si un retard dans une procédure en matière de droits de la personne constituait un abus de procédure et si l'arrêt de la procédure était un redressement approprié. On peut établir des distinctions entre l'espèce et l'arrêt *Blencoe* du point de vue factuel, mais l'arrêt *Blencoe* est riche en enseignements sur la théorie de l'abus de procédure et sur les cas dans lesquels l'arrêt de la

procédure constitue le redressement à appliquer. Par exemple, au paragraphe 180, le juge LeBel dit :

« Quiconque demande l'arrêt des procédures assume un lourd fardeau... L'arrêt des procédures ne devrait pas généralement être considéré comme la seule réparation possible ni même comme la forme de réparation préférée... Il serait plus prudent de limiter l'arrêt des procédures aux cas où l'équité même de l'audience est compromise et où le délai dans les procédures menant à l'audience constituerait un abus de procédure grossier ou scandaleux... Pour qu'un arrêt puisse être ordonné afin de remédier à un abus déjà commis, l'abus doit être tel que la seule poursuite de l'affaire choquera le sens de la justice de la société... »

¶ 26 En l'espèce, l'admission de la mention de la cote de risque élevé dans le RTR (qui est simplement la cote attribuée à NSI par l'OCRCVM et n'établit pas comme un fait que NSI est une société à risque élevé), dans le contexte d'un volume considérable d'éléments de preuve à prendre en compte, surtout dans le cas où il est possible d'en faire abstraction et où, de fait, on en fera abstraction, ne compromet d'aucune façon « l'équité des procédures », ne constitue d'aucune façon « un abus de procédure grossier et scandaleux » et ne choque pas « le sens de la justice de la société ». L'atteinte à la confidentialité devrait être traitée comme une question de preuve et la formation en fera abstraction. Il n'est pas justifié d'accorder l'arrêt de la procédure.

¶ 27 Les intimés invoquent aussi l'arrêt *R. c. Jewitt* [1985] 2 R.C.S. 128 et la décision *Chyz v. Appraisal Institute of Canada* [1985] S.J. No. 820 à l'appui de la requête. Nous avons examiné ces deux décisions qui ne présentent pas de principes différents de ceux qu'on trouve dans l'arrêt *Blencoe* et ne modifient pas l'application de ces principes à l'espèce.

¶ 28 Les intimés soutiennent aussi que [TRADUCTION] « l'inclusion d'éléments de preuve non pertinents et irrecevables, comme en l'espèce, constitue un excès de compétence de la part de la formation et un abus de la procédure de la formation », sur le fondement de l'arrêt *Dallington v. Calgary*, [1976] 1 W.W.R. 319; 1975 Carswell Alta 93. On peut établir des distinctions entre l'affaire *Dallington* et l'espèce dans la mesure où la commission d'appel, dans l'affaire *Dallington*, a admis et pris en compte des éléments de preuve non pertinents, ce qu'elle n'était pas autorisée à faire en vertu de sa loi constitutive. Le sommaire résume les conclusions de la façon suivante :

[TRADUCTION]

« ... L'admission d'éléments de preuve non pertinents qui étaient hautement préjudiciables, jointe au fait que la commission d'appel n'avait pas à motiver sa décision de sorte qu'il était impossible de déterminer le poids accordé aux éléments de preuve non pertinents, a entraîné un excès de compétence de la commission d'appel. L'admission de n'importe quel élément de preuve non pertinent n'entraînera pas nécessairement un excès de compétence, mais lorsque la cour peut raisonnablement conclure que des éléments de preuve non pertinents ont été admis et pris en compte pour arriver à la décision, un excès de compétence a eu lieu et la décision de la commission d'appel doit être annulée. »

¶ 29 En l'espèce, la preuve relative au RTR n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres et la formation ne le prendra pas en compte. Par conséquent, l'arrêt *Dallington* n'appuie pas la position des intimés.

¶ 30 Les intimés prennent ensuite la position que [TRADUCTION] « ...les conclusions non étayées établies par l'OCRCVM dans les RTR préjugent des conclusions précises que l'OCRCVM demande à la formation d'audience de tirer à l'encontre du courtier membre, dans des circonstances où le courtier membre ne peut réfuter ces conclusions. »

¶ 31 Cela est simplement inexact sur le plan des faits. Aucun des chefs de l'avis d'audience ne demande ou n'exige que la formation conclue que le courtier membre était une société à risque élevé. Si cette conclusion contenue dans un RTR devait être considérée par la formation, elle ne constituerait qu'un élément de preuve parmi un grand nombre d'autres que la formation considérerait. Mais la formation n'en tiendra aucun compte, de sorte qu'il n'y a rien à réfuter pour les intimés, et il n'est pas survenu d'abus de procédure par suite du témoignage de M^{me} Jensen ou de M. Latka.

La crainte raisonnable de préjugé

¶ 32 Le dernier argument des intimés est que [TRADUCTION] « ... l'inclusion d'éléments de preuve non pertinents et irréguliers crée aussi un préjugé irréparable. Le seul redressement pour un tel préjugé est l'arrêt de la procédure. » Le mémoire des intimés cite ensuite le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice c. L'Office national de l'énergie* [1978] 1 R.C.S. 369 à la page 394, qui formule le critère pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de préjugé :

« la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. ... ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le décideur, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

¶ 33 C'est là une formulation correcte du critère à appliquer en l'espèce. Même si cette opinion du juge de Grandpré était une dissidence, elle constitue une formulation plus claire du critère que l'opinion de la majorité, écrite par le juge en chef Laskin, qui a aussi jugé que le critère « se fonde sur la préoccupation constante qu'il ne faut pas que le public puisse douter de l'impartialité des organismes ayant un pouvoir décisionnel, et je considère que cette préoccupation doit se retrouver en l'espèce puisque l'Office national de l'énergie est tenu de prendre en considération l'intérêt du public. » Le critère et le fondement du critère sont applicables à cette audience.

¶ 34 Ce critère de la crainte raisonnable de préjugé est un critère objectif, comme le notent les intimés, et c'est sur ce fondement objectif que la formation s'appuie en l'espèce.

¶ 35 Les intimés soutiennent ensuite que, si l'on applique ce critère, il existe dans cette procédure une crainte raisonnable de préjugé, et citent à l'appui les arrêts *Slavutych* (précité) et *Kaburda v. College of Dental Surgeons of British Columbia*, [1979] B.C.J. No. 488 (C.A. C.-B.) et la décision *Lee v. Canadian Kennel Club Appeal Committee*, 2003ABQB 51.

¶ 36 En général, les affaires de crainte raisonnable de préjugé se divisent en quatre catégories : (1) l'intérêt financier dans l'issue, (2) les relations avec des personnes intéressées dans l'affaire, (3) les faits connus de sources extérieures et le fait d'être mêlé aux questions en litige, et (4) les commentaires ou le comportement inappropriés. Les intimés n'allèguent pas que la présente affaire entre dans l'une de ces catégories et aucune de celles-ci ne semble applicable. De l'avis de la formation, les affaires citées par les intimés n'appuient pas leur position. L'arrêt *Slavutych* n'a pas traité de la crainte raisonnable de préjugé. Il traitait seulement des conséquences de l'admission en preuve de renseignements confidentiels et pour le reste ne s'applique pas à l'espèce, comme nous l'avons indiqué ci-dessus.

¶ 37 Selon le mémoire des intimés, [TRADUCTION] « selon... l'arrêt *Slavutych*, la preuve inadmissible ne peut informer la décision de la formation; mais le témoignage fait maintenant partie du dossier. Dans la mesure où l'on ne peut défaire ce qui est fait, la formation ne peut pas dés-entendre la preuve préjudiciable. » Ainsi qu'il a déjà été noté, dans l'affaire *Slavutych*, la preuve contestée constituait le seul fondement de la décision alors qu'en l'espèce si la preuve contestée devait être considérée, ce qui ne sera pas le cas, elle ne constituerait qu'un élément de preuve parmi un grand nombre; il existe de nombreuses situations où un tribunal judiciaire ou administratif entend un témoignage dont il doit faire abstraction et est parfaitement capable de le faire. Dans ces affaires, la preuve contestée ne donne pas droit à un arrêt de la procédure, elle est plutôt traitée comme une question de preuve dont le tribunal peut choisir de ne pas tenir compte. Le mémoire de l'OCRCVM et son recueil de jurisprudence citent au soutien de cette position plusieurs affaires qu'il n'est pas nécessaire d'examiner plus amplement. La formation peut faire abstraction et fera abstraction de la cote de risque élevé de NSI mentionnée dans le témoignage de M^{me} Jensen (et de M. Latka); cela n'aura pas d'effet sur sa décision.

¶ 38 L'arrêt *Kaburda* n'est d'aucun secours aux intimés. Cet arrêt a conclu qu'il existait une crainte raisonnable de préjugé fondée sur la participation à la procédure disciplinaire d'un cabinet d'avocats dans une situation où il existait un conflit d'intérêts manifeste du fait que le cabinet agissait pour une partie dont l'intérêt était opposé à celui de la partie contre laquelle des plaintes avaient été portées. L'affaire *Kaburda* semble entrer

dans l'une des catégories (2) et (3) indiquées ci-dessus ou dans les deux et elle diffère de l'espèce de manière si fondamentale qu'elle est sans application. De même, l'affaire *Lee* n'est pas applicable à l'espèce en ce qu'elle portait sur une preuve non pertinente et irrégulière sollicitée par le comité, et qui, selon ce qu'a conclu la cour, a influencé le comité.

¶ 39 La formation décide qu'aucune personne raisonnable ne pourrait conclure que la formation, consciemment ou inconsciemment, ne déciderait pas de façon impartiale. Il n'existe pas de crainte raisonnable de préjugé et il n'existe pas de fondement pour un arrêt de la procédure.

¶ 40 La formation décide que le témoignage de M^{me} Jensen portant que NSI était cotée comme une société à risque élevé, cette cote étant contenue dans un RTR (et toute mention du même genre contenue dans le témoignage de M. Latka), ne donne droit à l'arrêt de la procédure pour aucun des motifs invoqués par les intimés, que ce soit l'inéquité procédurale, la crainte raisonnable de préjugé et/ou l'abus de procédure. Il faut plutôt le traiter comme une question de preuve. Si la formation avait été au courant de son caractère confidentiel avant que le témoignage de M^{me} Jensen en fasse mention, cet élément aurait été jugé inadmissible; comme sa nature confidentielle a été révélée une fois que cet élément a été mis en preuve, la formation ne lui accordera aucun poids. De même, la formation fera abstraction de toute mention du même genre dans le témoignage de M. Latka.

Le point (e)(iv), Compétence de la formation à l'égard de la confidentialité

¶ 41 Bien que la formation ait déjà statué qu'elle avait la compétence pour instruire la présente requête, M. Kaufman a dit qu'il souhaitait revenir sur la question. Le dernier paragraphe du mémoire des intimés dit :

[TRADUCTION]

Un organisme de réglementation n'a pas la compétence pour décider si des renseignements sont protégés par un privilège ou la confidentialité. Aussi toute décision sur ce point doit-elle être prise par un tribunal judiciaire. La seule façon de trancher la question est d'examiner le document confidentiel, ce qui, en l'espèce, ne peut être fait par la formation d'instruction.

¶ 42 Au soutien de leur position, les intimés ont cité l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574. Dans l'affaire *Blood Tribe*, une employée qui avait été congédiée a demandé des renseignements à son employeur. Sa demande a été refusée et l'employée a déposé une plainte auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée (la commissaire), qui a demandé le dossier à l'employeur. L'employeur a fourni tout le dossier, sauf les documents à l'égard desquels il invoquait le privilège du secret professionnel de l'avocat. La commissaire a alors ordonné la production des documents protégés en se fondant sur l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), qui confère au commissaire le pouvoir d'obliger une personne à produire tout document « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives » et de « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements... indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ».

¶ 43 Pour disposer de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la commissaire, la question, telle qu'elle est formulée par le juge Binnie, est de résoudre le conflit entre, d'une part, le pouvoir que la loi accorde au commissaire d'avoir accès aux renseignements personnels au sujet d'une personne visée par une plainte et, d'autre part, le droit de la personne visée par la plainte de préserver la confidentialité des communications avec l'avocat. La Cour suprême du Canada (CSC) a statué que « si l'on applique aux termes généraux utilisés dans la LPRPDE les principes appropriés d'interprétation des lois, le droit de la personne... visée par la plainte de préserver la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat doit l'emporter. » La commissaire n'avait pas le pouvoir de contraindre la production de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat était revendiqué.

¶ 44 Les motifs sont les suivants. Premièrement, une disposition législative conférant des pouvoirs dans des termes aussi généraux que ceux employés à l'article 12 de la LPRPDE ne confère pas un droit d'accès aux documents visés par le secret professionnel de l'avocat, même à la seule fin de déterminer si le secret professionnel est invoqué à bon droit. Ce rôle est réservé aux tribunaux judiciaires. Des termes exprès sont nécessaires pour passer outre au privilège et on n'en trouve pas à l'article 12 de la LPRPDE.

¶ 45 Deuxièmement, une décision sur la revendication du privilège de la part de la commissaire, qui « est un enquêteur administratif et non une autorité décisionnelle, constituerait une violation du privilège ». De l'avis de la commissaire, la levée du privilège deviendrait la norme et non l'exception dans son travail quotidien. Même les tribunaux refusent d'examiner des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat pour statuer sur l'existence du privilège, à moins que ce soit nécessaire pour trancher la question en toute justice.

¶ 46 Troisièmement, il existe des mesures moins attentatoires, notamment le renvoi à la Cour fédérale.

¶ 47 La formation décide que l'arrêt *Blood Tribe* est sans application à l'espèce pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'espèce concerne la communication de renseignements confidentiels, non la violation du secret professionnel de l'avocat. Ainsi qu'a statué la CSC, « [l]e secret professionnel de l'avocat est essentiel au bon fonctionnement du système de justice... les personnes aux prises avec un problème juridique se refuseront souvent à dévoiler la totalité des faits à un avocat s'ils n'ont pas une garantie de confidentialité "aussi absolu[e] que possible" », et elle a renvoyé aux arrêts *R. c. McClure* [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14 et *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61. Les renseignements qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat sont traités comme plus sacro-saints que les renseignements confidentiels. Par exemple, dans l'arrêt *Stevens c. Canada (Premier ministre)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 85, la cour dit au paragraphe 16 :

« ... le secret des communications entre l'avocat et son client ne doit pas être assimilé à une garantie de confidentialité. Il est plus juste de dire que ce privilège est un type de confidentialité : le concept de secret a un sens étroit et très fort alors que celui de garantie de confidentialité est plus large et plus susceptible d'exception. »

et au paragraphe 21 :

la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat « est très forte tant que le revendiquant du privilège demeure dans ce cadre. S'il ne s'agit que d'une revendication de la confidentialité, la protection, bien que plus large, n'est pas absolue et doit être déterminée compte tenu d'une série différente de critères. »

¶ 48 Deuxièmement, la CSC a insisté sur le fait que la commissaire était une fonctionnaire d'un organisme administratif, non une autorité décisionnelle, et a décidé qu'il appartient aux tribunaux, non à un fonctionnaire d'un organisme administratif, de trancher la question du privilège. La formation constitue un organisme juridictionnel et, à cet égard, l'espèce doit donc être distinguée de l'affaire *Blood Tribe*.

¶ 49 Troisièmement, l'arrêt *Blood Tribe* était fondé sur l'interprétation de pouvoirs particuliers conférés par l'article 12 de la LPRPDE. Les pouvoirs de la formation de se prononcer sur la communication de renseignements confidentiels se fondent sur les règles de l'OCRCVM.

¶ 50 Il se peut qu'un tribunal judiciaire examinant le cas d'un organisme judiciaire (non un organisme administratif) comme la formation, une simple atteinte à la confidentialité (non au secret professionnel de l'avocat) et les règles de l'OCRCVM (non l'article 12 de la LPRDE) décide que la formation n'a pas cette compétence. Mais la formation ne trouve rien dans l'arrêt *Blood Tribe* qui la persuade de changer sa décision antérieure portant qu'elle a compétence pour statuer sur le point de savoir si la confidentialité s'applique ou non aux renseignements visés en l'espèce et sur les conséquences d'une atteinte à la confidentialité. En fait, les distinctions existant entre l'affaire *Blood Tribe* et l'espèce, ainsi que notre interprétation des autres affaires citées, nous amènent à conclure que les tribunaux judiciaires confirmeraient notre décision antérieure, s'ils avaient à en effectuer le contrôle.

8. La décision

¶ 51 La formation décide que la requête des intimés exposée dans l'avis de requête est rejetée (y compris les points (c), (d) et (e)(iii) que l'avocat des intimés a choisi de ne pas traiter), mais à l'exclusion des points (a), (e)(i) et (f) qui ont été tranchés avant l'instruction de la requête et du point (e)(ii) qui est théorique.

Fait le 18 mai 2012.

Fred Webber, président

F. Michael Walsh, membre

Ron Smith, membre