

A-149-17
2018 FCA 24

A-149-17
2018 CAF 24

Vancouver Airport Authority (*Appellant*)

Administration de l'aéroport de Vancouver
(*appelante*)

v.

c.

Commissioner of Competition (*Respondent*)

Commissaire de la concurrence (*intimé*)

INDEXED AS: VANCOUVER AIRPORT AUTHORITY v. COMMISSIONER OF COMPETITION

RÉPERTORIÉ : ADMINISTRATION DE L'AÉROPORT DE VANCOUVER c. COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

Federal Court of Appeal, Stratas, Boivin and Laskin J.J.A.—Ottawa, October 17, 2017; January 24, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Boivin et Laskin, J.C.A.—Ottawa, 17 octobre 2017 et 24 janvier 2018.

Competition — Appeal from Competition Tribunal order dismissing appellant's motion for disclosure of documents respondent refusing to produce in underlying competition proceedings against appellant for alleged abuse of dominant position — Respondent alleging that appellant controlling market for “galley handling” at airport — Withholding certain documents on basis of alleged public interest class privilege — Competition Tribunal upholding existence of alleged class privilege, documents thus not needing to be disclosed — Respondent arguing class privilege recognized in Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies), Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown) — What is legally required for a court to recognize a class privilege? — Claim to public interest privilege rejected — D & B Companies, Hillsdown not affirming existence of class privilege — If they had, these holdings can no longer stand in light of R. v. National Post, Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat — Competition Tribunal erring when describing D & B Companies, Hillsdown as “long standing and unanimous” on existence of class privilege, considering it binding — Not possible on case law for Court or Competition Tribunal to recognize new class privilege — Class privilege sought by respondent should only be granted by Parliament — Lesser measures under Competition Act, Competition Tribunal Rules available to protect confidentiality — Class privilege could not be recognized on basis of evidentiary record herein — Respondent not adducing evidence before Competition Tribunal establishing prerequisites of public interest class privilege — Competition Tribunal should have examined in rigorous way whether blanket confidentiality protection afforded by class privilege needed — “Sound policy rationales” not enough to recognize class privilege — Respondent not

Concurrence — Appel d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante — L'intimé a allégué que l'appelante contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport — Il a retenu certains documents au motif qu'il existait un privilège générique d'intérêt public — Le Tribunal de la concurrence a confirmé l'existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu'il n'était nécessaire de communiquer aucun des documents — L'intimé a affirmé que le privilège générique a été reconnu dans Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies) et Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown) — Il s'agissait de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique — La revendication visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public a été rejetée — Les arrêts D & B Companies et Hillsdown n'ont pas confirmé l'existence d'un privilège générique — S'ils l'avaient fait, cette conclusion ne tiendrait plus à cause de R. c. National Post et Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat — Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a décrit les arrêts D & B Companies et Hillsdown comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date » sur l'existence du privilège générique et a considéré qu'elle le liait — Il n'était pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique — Le privilège générique revendiqué par l'intimé ne devrait être accordé que par le législateur — La Loi sur la concurrence et les Règles du Tribunal de la concurrence prévoient des mécanismes de

establishing that blanket confidentiality protection absolutely necessary — Purported scope of privilege unnecessarily broad, detached from compelling public interest — Measures falling short of blanket class privilege might suffice to protect confidentiality interests — International competition authorities not finding it necessary to recognize class privilege over information supplied by third parties — Recognition of class privilege not depending on whether beneficiary of privilege prepared to act fairly — Appeal allowed.

This was an appeal from an order of the Competition Tribunal dismissing the appellant's motion seeking the disclosure of documents that the respondent refused to produce in the underlying competition proceedings against the appellant for alleged abuse of dominant position.

The respondent alleged that the appellant controls the market for “galley handling” at the airport. The respondent delivered an affidavit of documents in the competition proceeding disclosing that it had roughly 11 500 relevant documents in its possession, power or control. But the respondent was willing to produce fewer than 2000. Almost all of the remaining documents were withheld in whole or in part on the basis of an alleged public interest class privilege. The respondent subsequently waived privilege over roughly 8 300 documents. But 1200 documents remained withheld exclusively on the basis of the privilege. The motion for disclosure went forward and concerned these 1 200 documents. The appellant urged the Competition Tribunal to determine on a case-by-case or document-by-document basis whether a public interest privilege exists concerning any of the 1200 documents. In dismissing the motion, the Competition Tribunal upheld the existence of the alleged class privilege and, thus, none of the 1200 documents needed to be disclosed.

The respondent argued, *inter alia*, that the Court has already recognized a class privilege covering all documents and information supplied to the respondent from third party sources

moindre envergure pour protéger la confidentialité — Un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce — L'intimé n'a pas présenté une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les pré-alables du privilège générique d'intérêt public — Le Tribunal de la concurrence aurait dû examiner d'une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique était nécessaire — De « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d'un privilège générique — L'intimé n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité était absolument nécessaire — La portée alléguée du privilège est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux — Des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité — Les autorités internationales en matière de concurrence n'ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l'égard des renseignements fournis par des tiers — La reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante.

L'intimé a allégué que l'appelante contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport. L'intimé a produit un affidavit de documents dans le cadre de l'instance devant le Tribunal de la concurrence précisant qu'il avait environ 11 500 documents pertinents en sa possession, sous son autorité ou son contrôle. Mais l'intimé était disposé à en divulguer moins de 2 000. Presque tous les autres documents ont été retenus intégralement ou en partie au motif qu'il existait un privilège générique d'intérêt public. L'intimé a par la suite renoncé au privilège à l'égard d'environ 8 300 documents. Mais 1 200 documents n'ont pas été divulgués au seul motif du privilège. La requête en divulgation n'a pas été retirée et visait ces 1 200 documents. L'appelante a exhorté le Tribunal de la concurrence à décider au cas par cas ou document par document s'il existe un privilège d'intérêt public concernant l'un ou l'autre des 1 200 documents en cause. Lorsqu'il a rejeté la requête, le Tribunal de la concurrence a confirmé l'existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu'il n'était nécessaire de communiquer aucun des 1 200 documents.

L'intimé a affirmé notamment que la Cour a déjà reconnu le privilège générique visant l'ensemble des documents et renseignements fournis à l'intimé par des tiers pendant ses

during its investigations in *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)* and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*.

At issue were the legal requirements needed for a court to recognize a class privilege.

Held, the appeal should be allowed.

The respondent's claim to a public interest privilege over the documents he refused to disclose had to be rejected. *D & B Companies* must be seen in light of the standard of review the Court applied therein. The Court decided in *D & B Companies* that the Tribunal's recognition of a public interest privilege was owed deference and could not be interfered with. The Court did not affirm for itself, nor did it need to affirm for itself given the deferential standard of review, that a class privilege exists. *Hillsdown* is similar to *D & B Companies*. Had the Court in *D & B Companies* or *Hillsdown* affirmed that the public interest class privilege actually exists, these holdings can no longer stand in light of later Supreme Court of Canada cases such as *R. v. National Post and Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*. The Competition Tribunal erred in law when it described *D & B Companies*, *Hillsdown* and its own case law as "long standing and unanimous" on the existence of the class privilege, considered it binding, and relied upon it in dismissing the appellant's motion. It is not possible on the case law for this Court or the Competition Tribunal to recognize a new class privilege in these circumstances. The sort of class privilege the respondent seeks should only be granted by Parliament. Parliament's failure to enact the class privilege sought by the respondent is noteworthy. This provides another reason why this Court should not construct one itself. Lesser measures under the *Competition Act* and *Competition Tribunal Rules* are available to protect confidentiality, short of the extreme step of recognizing a public interest class privilege over all materials gathered by the respondent from third parties during his investigation.

Even if the threshold for judicial recognition of a class privilege were not as high as the Supreme Court has set it, a class privilege could not be recognized on the basis of the evidentiary record in this case. It was incumbent on the respondent to adduce evidence before the Competition Tribunal establishing the prerequisites of the public interest class privilege.

enquêtes dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)* et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*.

Il s'agissait de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique.

Jugement : l'appel doit être accueilli.

La revendication de l'intimé visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public à l'égard des documents qu'il a refusé de divulguer devait être rejetée. L'arrêt *D & B Companies* doit être examiné à la lumière de la norme de contrôle que la Cour a appliquée dans cette affaire. La Cour a conclu dans *D & B Companies* qu'il fallait faire preuve de retenue à l'égard de la décision du Tribunal de reconnaître un privilège d'intérêt public et que cette décision ne pouvait être modifiée. La Cour n'a pas elle-même affirmé qu'il existait un privilège générique, et elle n'avait pas à le faire vu la norme de contrôle déférente. L'arrêt *Hillsdown* est similaire à l'arrêt *D & B Companies*. Si la Cour avait affirmé dans les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown* qu'il existe un privilège générique d'intérêt public, cette conclusion ne tiendrait plus à cause d'arrêts ultérieurs de la Cour suprême comme *R. c. National Post et Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*. Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a décrit les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* ainsi que sa propre jurisprudence sur l'existence du privilège générique comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date », a considéré qu'elle le liait et s'est appuyé sur elle pour rejeter la requête de l'appelante. Il n'est pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique dans les présentes circonstances. Le genre de privilège générique revendiqué par l'intimé ne devrait être accordé que par le législateur. Il convient de noter l'omission du législateur d'établir le privilège générique revendiqué par l'intimé. C'est là une raison de plus pour la Cour de ne pas elle-même instituer un tel privilège. La *Loi sur la concurrence* et les *Règles du Tribunal de la concurrence* prévoient des mécanismes de moindre envergure pour protéger la confidentialité que la mesure extrême de reconnaître un privilège générique d'intérêt public à l'égard de l'ensemble des documents recueillis par l'intimé auprès de tiers pendant son enquête.

Même si le critère pour la reconnaissance par les tribunaux d'un privilège générique n'était pas aussi rigoureux que le critère établi par la Cour suprême, un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce. Il incombait à l'intimé de présenter une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les préalables du

It did not. The Competition Tribunal found that the class privilege asserted by the respondent had “sound policy rationales” based on previously decided case law. An examination of that case law shows only the most general, and often cursory, consideration of the matter. The Competition Tribunal should have examined in a rigorous way whether the blanket confidentiality protection afforded by a class privilege was needed in order to ensure a sufficiently uninhibited sharing of information by third party sources with the respondent. “Sound policy rationales” are not enough to recognize the class privilege. The respondent did not establish that blanket confidentiality protection is absolutely necessary for the preservation of that relationship. The purported scope of the privilege is unnecessarily broad and detached from the compelling public interest asserted by the respondent. If a document emanates from outside of the purportedly essential relationship between the respondent and third party sources, there is no need for the privilege to attach. In these circumstances, measures falling short of a blanket class privilege might suffice to protect the confidentiality interests and preserve the relationship between the respondent and third party sources who can assist his investigation. International competition authorities have not found it necessary to recognize a class privilege over information and documents supplied by third parties. This is a salient legal consideration to be taken into account when assessing whether a class privilege should be recognized. The Competition Tribunal erred when it considered that the experience of foreign competition authorities and domestic regulators was of “no moment”. Finally, the recognition of a class privilege does not depend on whether the beneficiary of the privilege is prepared to act fairly.

The motion was remitted to the Competition Tribunal for redetermination.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 10(3), 11, 19, 29(1), 66.1, 66.2, 79.
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1).
Competition Tribunal Rules, SOR/2008-141, rr. 22, 66, 68(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.

privilege générique d'intérêt public, ce qu'il n'a pas fait. Le Tribunal de la concurrence a conclu, sur le fondement de la jurisprudence, que le privilège générique revendiqué par l'intimé avait de « solides raisons de principe ». L'examen de cette jurisprudence montre uniquement qu'on a procédé à l'examen le plus général, et souvent superficiel, de la question. Le Tribunal de la concurrence aurait plutôt dû examiner d'une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique était nécessaire pour assurer une communication de renseignements suffisamment libre par les tiers à l'intimé. De « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d'un privilège générique. L'intimé n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité est absolument nécessaire à la préservation de la relation. La portée alléguée du privilège est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux revendiqué par l'intimé. Si le document ne provient pas d'une relation censément essentielle entre l'intimé et des tiers, il n'y a pas lieu d'y rattacher un privilège. Dans ces circonstances, des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité et à préserver la relation entre l'intimé et les tiers qui peuvent l'aider dans ses enquêtes. Les autorités internationales en matière de concurrence n'ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l'égard des renseignements et des documents fournis par des tiers. Il s'agit d'une considération juridique prépondérante dans l'appréciation de la question de savoir si un privilège générique devrait être reconnu. Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a jugé que l'expérience des autorités étrangères en matière de concurrence et des organismes de réglementation nationaux était « sans importance ». Enfin, la reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement.

La requête a été renvoyée au Tribunal de la concurrence pour qu'il rende une nouvelle décision.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 10(3), 11, 19, 29(1), 66.1, 66.2, 79.
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 13(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.
Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/2008-141, règles 22, 66, 68(1).

CASES CITED

APPLIED:

Carey v. Ontario, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33.

CONSIDERED:

R. v. Gruenke, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874; *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353, 176 N.R. 62 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] F.C.J. No. 1021 (QL) (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Shakov*, 2017 FCA 250; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition), 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Div. Ct.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Gruenke, [1991] 3 R.C.S. 263; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874; *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (QL) (C.A.); *Canada (Directeurs des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 1021 (QL) (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Shakov*, 2017 CAF 250; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES :

Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884; *Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Cour div.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. No. 484 (QL) (Div. gén.); *Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36

No. 484 (QL) (Gen. Div.); *Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (Sask. Q.B.); *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. No. 4089 (QL) (Div. Ct.); *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), aff'd 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. No. 2988 (QL); *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425, (1994), 55 C.P.R. (3d) 482 (T.D.), aff'd (1994), 56 C.P.R. (3d) 377, 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Sheriff v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 139, [2007] 1 F.C.R. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chair Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140; *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company*, 2003 Comp. Trib. 15, 28 C.P.R. (4th) 335; *Commissioner of Competition v. Sears Canada Inc.*, 2003 Comp. Trib. 19, [2003] C.C.T.D. No. 16 (QL), 28 C.P.R. (4th) 385; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

Admin. L.R. (2d) 273 (B.R. Sask.); *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. n° 4089 (QL) (Div. gén.); *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), conf. par 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. n° 2988 (QL); *CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1^{re} inst.), conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (QL) (C.A.); *Sheriff c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 139, [2007] 1 R.C.F. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chair Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140; *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2003 Trib. conc. 15; *Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2003 Trib. conc. 19; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

AUTHORS CITED

Cooper, Terrance G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
 Hubbard, Robert W., *The Law of Privilege in Canada*, looseleaf, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
 Kent Thomson, Charles Tingley and Anita Banicevic "Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe: An Experiment Gone Wrong" (2006), 31 *The Advocates' Quarterly* 67.
 Lederman, Sidney L., *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

DOCTRINE CITÉE

Cooper, Terrance G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
 Hubbard, Robert W., *The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
 Kent Thomson, Charles Tingley et Anita Banicevic, « Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe : An Experiment Gone Wrong » (2006), 31 *The Advocates' Quarterly* 67.
 Lederman, Sidney L., *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Wigmore on Evidence (McNaughton Rev. 1961), Vol. 8, at § 2285.

APPEAL from an order of the Competition Tribunal (2017 Comp. Trib. 6, 2017 CACT 6 (CanLII)) dismissing the appellant's motion seeking the disclosure of documents that the respondent refused to produce in the underlying competition proceedings against the appellant for alleged abuse of dominant position. Appeal allowed.

APPEARANCES

Calvin S. Goldman, Q.C., Julie Rosenthal and Ryan Cookson for appellant.
Jonathan Hood, Katherine Rydel, Ryan Caron, Antonio di Domenico and Jonathan Chaplin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada and Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The Vancouver Airport Authority appeals from the order dated April 24, 2017 of the Competition Tribunal (*per* Gascon J.): 2017 Comp. Trib. 6, 2017 CACT 6 (CanLII).

[2] In the Competition Tribunal, the Commissioner of Competition has brought competition proceedings against the Airport Authority for alleged abuse of dominant position. In proceedings such as these, parties whose conduct is impugned are entitled to pre-hearing disclosure. The Commissioner has disclosed many documents to the Airport Authority. But he has refused to produce roughly 1 200 documents. He says that these documents are covered by a class privilege that protects the confidentiality interests of those who have given him documents and information during his investigations.

Wigmore on Evidence (rév. McNaughton, 1961), vol. 8, at § 2285.

APPEL d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence (2017 Trib. conc. 6) rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Calvin S. Goldman, c.r., Julie Rosenthal et Ryan Cookson pour l'appelante.
Jonathan Hood, Katherine Rydel, Ryan Caron, Antonio di Domenico et Jonathan Chaplin pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada et Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : L'Administration de l'aéroport de Vancouver (l'Administration) interjette appel de l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence (le juge Gascon) le 24 avril 2017 (2017 Trib. conc. 6).

[2] Le commissaire de la concurrence a intenté, devant le Tribunal de la concurrence, une procédure à l'encontre de l'Administration concernant des allégations d'abus de position dominante. Dans de telles procédures, les parties dont la conduite est attaquée ont droit à une divulgation préalable. Le commissaire a divulgué de nombreux documents à l'Administration. Il a toutefois refusé d'en produire environ 1 200 au motif qu'ils sont visés par un privilège générique qui protège le droit à la confidentialité des personnes qui lui ont fourni des documents et des renseignements dans le cadre de ses enquêtes.

[3] In response, the Airport Authority brought a motion seeking disclosure of the documents. Before the Competition Tribunal, it submitted that the alleged class privilege does not exist and so the documents should be disclosed.

[4] In well-expressed, clear and comprehensive reasons, the Competition Tribunal found that the alleged class privilege exists. Key to its reasons is its application of earlier authorities of this Court that it believed confirmed the existence of a class privilege. By order dated April 24, 2017, the Competition Tribunal dismissed the Airport Authority's motion for disclosure.

[5] The Airport Authority appeals from that dismissal. The appeal turns on whether the alleged class privilege exists. I find that it does not. The earlier authorities of this Court that the Competition Tribunal invoked in support of its decision do not apply. In any event, they have been overtaken by later Supreme Court jurisprudence. This jurisprudence is against recognizing a class privilege in this case.

[6] Therefore, I would allow the appeal, quash the order of the Competition Tribunal and remit the motion to it for redetermination.

A. Background

[7] The Commissioner of Competition has applied to the Competition Tribunal for relief against the Airport Authority under section 79 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [the Act]. The relief stems from the Airport Authority's decision to allow only two in-flight caterers to operate at the Vancouver International Airport.

[8] In his application, the Commissioner alleges that the Airport Authority controls the market for "galley handling" at the airport, the Airport Authority acted with an anti-competitive purpose when deciding to permit only two in-flight caterers to operate at the airport,

[3] En réponse, l'Administration a présenté une requête en divulgation des documents. Elle a fait valoir devant le Tribunal de la concurrence que le privilège générique invoqué n'existe pas et que les documents devraient par conséquent être divulgués.

[4] Dans des motifs bien écrits, clairs et exhaustifs, le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence du privilège générique invoqué. Ses motifs étaient principalement axés sur l'application de la jurisprudence de notre Cour qui, selon lui, confirmait l'existence du privilège générique. Dans l'ordonnance du 24 avril 2017, le Tribunal de la concurrence a rejeté la requête en divulgation de l'Administration.

[5] L'Administration interjette appel de ce rejet. L'appel porte sur l'existence du privilège générique invoqué. Je conclus qu'il n'existe pas. La jurisprudence de notre Cour que le Tribunal de la concurrence a invoquée à l'appui de sa décision ne s'applique pas. Quoiqu'il en soit, elle a été supplantée par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême, dont l'application ne mène pas à la reconnaissance d'un privilège générique en l'espèce.

[6] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance du Tribunal de la concurrence et je lui renverrais la requête pour nouvelle décision.

A. Contexte

[7] Le commissaire de la concurrence a présenté au Tribunal de la concurrence une demande d'ordonnance fondée sur l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi), à l'encontre de l'Administration. Cette demande fait suite à la décision de l'Administration de permettre à seulement deux traiteurs aériens, soit des fournisseurs de services de restauration à bord des avions, de mener leurs activités à l'aéroport international de Vancouver.

[8] Dans sa demande, le commissaire allègue que l'Administration contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport, qu'elle a agi dans un but anticoncurrentiel lorsqu'elle a décidé de permettre à seulement deux traiteurs aériens de mener leurs

and a “substantial prevention or lessening of competition” has resulted, causing “higher prices, dampened innovation and lower service quality” [at paragraph 7].

[9] The Airport Authority denies the Commissioner’s allegations and defends against the relief sought. It asserts that it has been acting throughout to discharge its public interest mandate as a non-profit entity, including enhancing the airport’s ability to attract and retain flights, thereby generating economic development for Vancouver and, more broadly, for British Columbia and the rest of Canada. The Airport Authority adds that it determined, legitimately, that allowing additional caterers to operate at the airport would imperil the viability of the two already operating at the airport. It also alleges that it does not substantially or completely control the market for galley handling at the airport, it did not have an anti-competitive purpose, and its decision to restrict the number of caterers at the airport did not lessen competition or cause deleterious effects.

[10] In his investigation, the Commissioner of Competition obtained a number of orders under section 11 of the Act. These required four in-flight catering firms, two operating at the airport and two who want to operate at the airport, to produce to the Commissioner a broad array of documents.

[11] The Commissioner of Competition delivered an affidavit of documents in the proceeding. That affidavit disclosed that the Commissioner had roughly 11 500 relevant documents in his possession, power or control. But he was willing to produce fewer than 2 000. Most of these were the Airport Authority’s own documents.

[12] Almost all of the remaining documents, roughly 9 500, were withheld in whole or in part on the basis of an alleged public interest class privilege. These documents comprise much of the case the Commissioner has against the Airport Authority.

activités à l’aéroport; ce faisant, elle a « empêché ou diminué sensiblement la concurrence », ce qui a eu pour résultat de « hausse[r] les prix, freine[r] l’innovation et réduit la qualité du service » [au paragraphe 7].

[9] L’Administration nie les allégations du commissaire et conteste l’ordonnance demandée. Elle soutient avoir toujours agi conformément à son mandat de servir l’intérêt public en tant qu’organisme sans but lucratif. Elle a notamment cherché à renforcer la capacité de l’aéroport à attirer et à maintenir des vols, contribuant ainsi au développement économique de Vancouver et, plus largement, de la Colombie-Britannique et du reste du Canada. L’Administration ajoute qu’elle a légitimement conclu que le fait d’autoriser un plus grand nombre de traiteurs à l’aéroport compromettrait la viabilité des deux traiteurs qui mènent déjà leurs activités à l’aéroport. Elle allègue aussi qu’elle ne contrôle pas sensiblement ou complètement le marché de la restauration aérienne à l’aéroport, qu’elle n’a pas agi dans un but anticoncurrentiel et que sa décision de limiter le nombre de traiteurs à l’aéroport n’avait pas diminué la concurrence ou causé d’effets préjudiciables.

[10] Dans le cadre de son enquête, le commissaire de la concurrence a obtenu un certain nombre d’ordonnances au titre de l’article 11 de la Loi. Ces ordonnances exigeaient de la part de quatre entreprises de services de restauration en vol, deux menant leurs activités à l’aéroport et deux souhaitant exploiter leur entreprise à l’aéroport, qu’elles produisent un vaste éventail de documents auprès du commissaire.

[11] Le commissaire de la concurrence a produit un affidavit de documents dans le cadre de l’instance. Cet affidavit précisait que le commissaire avait environ 11 500 documents pertinents en sa possession, sous son autorité ou son contrôle, mais qu’il acceptait d’en divulguer moins de 2 000. La plupart des documents divulgués étaient les propres documents de l’Administration.

[12] Presque tous les autres documents, soit environ 9 500, ont été retenus intégralement ou en partie au motif qu’il existait un privilège générique d’intérêt public. Ces documents comprennent une bonne partie de la preuve que le commissaire entend utiliser contre l’Administration.

[13] The Airport Authority brought a motion for disclosure of the 9 500 documents. On the day the motion was to be heard, the Commissioner delivered an amended affidavit of documents. In that affidavit, he waived privilege over roughly 8 300 documents. This is 86 percent of the documents originally said to be covered by a class privilege. Roughly 1 200 documents—12 percent of the documents originally withheld—remained withheld exclusively on the basis of a public interest class privilege.

[14] The motion for disclosure went forward and concerned these 1 200 documents. The Commissioner continued to assert that these remaining documents were covered by a class privilege and could not be disclosed. The Commissioner [at paragraph 15] argued that this class privilege covered all “records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner’s investigation”.

[15] The Airport Authority urged the Competition Tribunal to reject the Commissioner’s assertion of a class privilege. In its view, the Competition Tribunal should instead determine on a case-by-case or document-by-document basis whether a public interest privilege exists concerning any of the 1 200 documents.

[16] In its decision, the Competition Tribunal disagreed with the Airport Authority and dismissed its motion for disclosure. It upheld the existence of the alleged class privilege and, thus, none of the 1 200 documents needed to be disclosed. Given this, it did not need to examine whether any of the individual documents were subject to public interest privilege on a case-by-case or a document-by-document basis.

[17] The Airport Authority appeals from the dismissal of its motion for disclosure to this Court. The appeal is under subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.

[13] L’Administration a présenté une requête en divulgation des 9 500 documents. Le jour où la requête devait être entendue, le commissaire a présenté un affidavit de documents modifié dans lequel il renonçait au privilège à l’égard d’environ 8 300 documents. Cela représente environ 86 p. 100 des documents qui, à l’origine, étaient censément visés par un privilège générique. Environ 1 200 documents, soit 12 p. 100 des documents initialement retenus, n’ont toujours pas été divulgués, au seul motif du privilège générique d’intérêt public.

[14] La requête en divulgation n’a pas été retirée : elle visait désormais ces 1 200 documents. Le commissaire a continué de faire valoir que ces documents étaient visés par un privilège générique et ne pouvaient pas être divulgués. Il a soutenu [au paragraphe 15] que ce privilège générique visait les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d’enquêtes [qu’il a] menées ».

[15] L’Administration a exhorté le Tribunal de la concurrence à rejeter la revendication de privilège générique du commissaire. À son avis, le Tribunal de la concurrence devrait plutôt décider au cas par cas ou document par document s’il existe un privilège d’intérêt public concernant l’un ou l’autre des 1 200 documents en cause.

[16] Dans sa décision, le Tribunal de la concurrence s’est dit en désaccord avec l’Administration et a rejeté sa requête en divulgation. Il a confirmé l’existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu’il n’était nécessaire de communiquer aucun des 1 200 documents. Vu cette conclusion, le Tribunal n’avait pas à juger au cas par cas ou document par document si l’un ou l’autre des documents était protégé par un privilège d’intérêt public.

[17] L’Administration interjette appel auprès de notre Cour du rejet de sa requête en divulgation. L’appel est présenté en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19.

B. Standard of review

[18] In appeals to this Court from the Competition Tribunal, legal questions are to be reviewed for correctness: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraphs 34 and 39; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185.

[19] In this appeal, the central question before us is what is legally required for a court to recognize a class privilege. This is a legal question to be reviewed for correctness. In my view, for the reasons that follow, the Competition Tribunal erred in answering this question. Alternatively, in recognizing a class privilege in the circumstances of this case and based on this evidentiary record, the Competition Tribunal proceeded on the basis of an error in law or in legal principle. Its decision cannot stand.

C. Preliminary considerations

[20] The submissions to us, truly excellent as they were, touched on many different concepts, some aspects of which were complex. These included the admissibility of evidence, pre-hearing disclosure obligations, and, more generally, procedural fairness obligations. The complexity was magnified by the fact that these concepts potentially have different content in court proceedings and administrative proceedings. At the outset, it is worth describing these concepts, how they operate and interrelate, and where they fit in the whole scheme of things.

(1) The admissibility of evidence

[21] In court proceedings, the “fundamental ‘first principle’” is that “all relevant evidence” going to the truth of the matter before the court “is admissible until proven otherwise”: *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at page 288, [1991] 6 W.W.R. 673, at page 688 and see,

B. Norme de contrôle

[18] Dans les appels de décisions du Tribunal de la concurrence interjetés devant notre Cour, les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte (*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, paragraphes 34 et 39; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185).

[19] Dans le présent appel, la question centrale dont nous sommes saisis est de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique. Il s’agit d’une question de droit à examiner selon la norme de la décision correcte. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur dans sa réponse. Subsidiairement, en reconnaissant, sur le fondement de la preuve au dossier, l’existence d’un privilège générique dans les circonstances, le Tribunal de la concurrence a appuyé sa décision sur une erreur de droit ou un principe de droit erroné. Sa décision ne saurait être confirmée.

C. Considérations préliminaires

[20] Les observations qui nous ont été présentées, que je trouve par ailleurs excellentes, visaient de nombreux concepts différents, dont certains aspects étaient complexes : admissibilité de la preuve, obligations en matière de divulgation préalable et, de manière plus générale, obligations en matière d’équité procédurale. La complexité est amplifiée du fait que ces concepts peuvent avoir un contenu différent dans les procédures judiciaires et dans les procédures administratives. Il convient d’entrée de jeu de décrire ces concepts, la façon dont ils fonctionnent et sont reliés, ainsi que leur situation dans un cadre général.

1) L’admissibilité de la preuve

[21] Dans les procédures judiciaires, le « “principe premier” fondamental » est que « tous les éléments de preuve pertinents » concernant la vérité de l’affaire dont la Cour est saisie « sont admissibles jusqu’à preuve du contraire » (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263,

e.g., *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, at paragraphs 79–82.

[22] There are exceptions to this first principle: sometimes relevant evidence is inadmissible. For example, hearsay is ordinarily inadmissible. Another exception is public interest privilege: evidence covered by a legally recognized public interest privilege is inadmissible.

[23] As in court proceedings, administrative proceedings are often directed at getting at the truth of the matter. What happened? Who did what? How was it done? Why? With what effects? As a general rule, within the limits of materiality and proportionality, administrative decision makers want to receive all possible evidence bearing on these questions. They too are on a quest for the truth of the matters before them and they often formulate their evidentiary rules with that in mind. This is certainly true for the administrative decision maker here, the Competition Tribunal.

[24] And just like courts, many administrative decision makers recognize exceptions to general rules of admissibility.

[25] The law of evidence before administrative decision makers is not necessarily the same as that in court proceedings. An administrative decision maker's power to admit or exclude evidence is governed exclusively by its empowering legislation and any policies consistent with that legislation: *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16; on how to interpret legislation that empowers administrators, see *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601. The empowering legislation, properly interpreted, might allow an administrative

page 288, et voir *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, paragraphes 79 à 82).

[22] Il existe des exceptions à ce principe premier : parfois, des éléments de preuve pertinents sont inadmissibles. Par exemple, le ouï-dire est habituellement inadmissible. Une autre exception est le privilège d'intérêt public : les éléments de preuve visés par un privilège d'intérêt public juridiquement reconnu sont inadmissibles.

[23] Comme les procédures judiciaires, les procédures administratives visent souvent à découvrir la vérité. Que s'est-il produit? Qui a fait quoi? Comment? Pourquoi? Quels en sont les effets? En règle générale, les décideurs administratifs souhaitent recevoir tous les éléments de preuve possibles touchant ces questions, dans la mesure où ces éléments respectent les critères de pertinence et de proportionnalité. Lorsqu'ils sont saisis d'une affaire, ces décideurs recherchent eux aussi la vérité et formulent souvent leurs règles de preuve en ayant cette préoccupation à l'esprit. C'est certainement le cas du décideur administratif en cause en l'espèce, le Tribunal de la concurrence.

[24] Tout comme les cours de justice, de nombreux décideurs administratifs reconnaissent que les règles d'admissibilité générales ont des exceptions.

[25] Le droit de la preuve applicable devant les décideurs administratifs n'est pas nécessairement le même que celui applicable dans les procédures judiciaires. Le pouvoir d'un décideur administratif d'admettre ou d'exclure des éléments de preuve est régi exclusivement par sa loi habilitante et les politiques adoptées conformément à cette loi (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, paragraphe 16; sur la façon d'interpréter la loi qui habilite les administrateurs, voir *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601). La loi

decision maker to admit material that courts would ordinarily reject as inadmissible.

[26] This being said, privileges designed to protect fundamental confidentiality interests such as legal professional privilege have the same force in administrative proceedings as in court proceedings. Any administrative decisions or legislation governing administrative decision makers that weakens or undercuts the privileges may be, respectively, unreasonable or infringe the protection of privacy interests in section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209.

[27] In the case before us, the Competition Tribunal recognizes, and all before us accept, that evidence covered by a legally recognized public interest privilege is inadmissible.

(2) Pre-hearing disclosure obligations: an aspect of procedural fairness

[28] Administrative proceedings must be procedurally fair. The level of procedural fairness that must be given varies according to a number of factors: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 23–28.

[29] Before us are administrative proceedings that are adjudicative in nature. Usually in such proceedings, the requirements of procedural fairness are high: *Baker*, at paragraph 23; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884. This is particularly so where the proceedings have the potential to significantly affect a party's interests: *Baker*, at paragraph 25; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R.

habilitante, bien interprétée, peut autoriser un décideur administratif à admettre des éléments que les cours de justice considéreraient habituellement comme inadmissibles et donc qu'elles rejetteraient.

[26] Cela dit, les privilèges visant à protéger les droits fondamentaux en matière de confidentialité, comme le secret professionnel de l'avocat, ont la même force dans les procédures administratives que dans les procédures judiciaires. Les décisions administratives ou les lois régissant les décideurs administratifs qui affaiblissent ces privilèges peuvent être considérées, respectivement, comme déraisonnables ou comme portant atteinte à la protection du droit à la vie privée visé à l'article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] (*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209).

[27] En l'espèce, le Tribunal de la concurrence reconnaît et accepte que les éléments de preuve visés par un privilège d'intérêt public juridiquement reconnu sont inadmissibles.

2) Obligations en matière de divulgation préalable : un aspect de l'équité procédurale

[28] Les procédures administratives doivent être équitables sur le plan de la procédure. Le niveau d'équité procédurale exigé varie en fonction d'un certain nombre de facteurs (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, at paragraphs 23 à 28).

[29] Nous sommes saisis de procédures administratives qui sont de nature juridictionnelle. Habituellement, dans le cadre de telles procédures, les exigences en matière d'équité procédurale sont rigoureuses (*Baker*, paragraphe 23; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884), particulièrement lorsque les procédures pourraient avoir des répercussions importantes sur les intérêts d'une partie (*Baker*, paragraphe 25; *Kane c.*

1105, at page 1113, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311, at page 322; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at page 667. The Competition Tribunal correctly found that “a high degree of procedural protection is needed in Tribunal proceedings because of its court-like process” and “[t]he Tribunal resides very close to, if not at, the ‘judicial end of the spectrum’, where the functions and processes more closely resemble courts and attract the highest level of procedural fairness” (at paragraph 169).

[30] The procedural fairness obligations require the Commissioner of Competition to disclose to the Airport Authority evidence that is relevant to issues in the proceedings. This is necessary for the Airport Authority to know the case it has to meet and to fairly defend itself against the allegations. Often—as the Commissioner has recognized in this case by releasing roughly 8 300 documents from his investigatory file—this includes exculpatory material or other material resting in the investigatory file that could assist the party whose conduct is impugned in testing the evidence called by the Commissioner or in building its own case: see, e.g., in other contexts, *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Div. Ct.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. No. 484 (QL) (Gen. Div.), at paragraph 43; *Thompson v. Chiropractors’ Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (Sask. Q.B.), at paragraphs 3–6; *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. No. 4089 (QL) (Div. Ct.), at paragraph 6; *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), at paragraph 23, affd 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. No. 2988 (QL). In some cases, there may be limits on the obligation to disclose based on materiality, proportionality, applicable legislative standards and the nature of the proceedings: *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425, (1994), 55 C.P.R. (3d) 482 (T.D.), affd (1994), 56

Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique, [1980] 1 R.C.S. 1105, page 1113; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), page 667). Le Tribunal de la concurrence a conclu avec raison qu’« il faut prévoir un degré élevé de protection procédurale dans les instances dont le Tribunal est saisi en raison de son processus similaire à celui d’une cour de justice » et que « [l]e Tribunal se situe très près de “l’extrémité judiciaire de l’échelle” — si ce n’est à l’extrémité même —, où les fonctions et les processus ressemblent davantage à ceux des cours de justice et commandent la plus grande mesure d’équité procédurale » (paragraphe 169).

[30] Le commissaire de la concurrence est tenu, en raison de ses obligations en matière d’équité procédurale, de communiquer à l’Administration les éléments de preuve qui sont pertinents quant aux questions en litige, et ce, pour que l’Administration connaisse la preuve à laquelle elle doit répondre et puisse se défendre de façon équitable contre les allégations. Souvent — comme le commissaire l’a reconnu en l’espèce en communiquant environ 8 300 documents de son dossier d’enquête —, la divulgation comprend des documents disculpatoires ou d’autres documents du dossier d’enquête qui pourraient aider la partie dont la conduite est attaquée à vérifier la preuve invoquée par le commissaire ou à étoffer sa propre preuve (voir, par exemple, dans d’autres contextes, *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Cour div.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. n° 484 (QL) (Div. Gén.), paragraphe 43; *Thompson v. Chiropractors’ Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (B.R. Sask.), paragraphes 3 à 6; *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. n° 4089 (QL) (Div. gén.), paragraphe 6; *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), paragraphe 23, conf. par 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. n° 2988 (QL)). Dans certains cas, il peut exister des limites à l’obligation en matière de divulgation selon la pertinence, la proportionnalité, les normes législatives applicables et la nature de l’instance

C.P.R. (3d) 377, 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Sheriff v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 139, [2007] 1 F.C.R. 3.

(3) The relationship between issues of admissibility and issues of pre-hearing disclosure

[31] The obligation to disclose is not necessarily limited by the law of admissibility. Material that is inadmissible can be subject to a disclosure obligation.

[32] To illustrate this, suppose that an authority such as the Commissioner of Competition possesses a document written by one person recounting a discussion with a particular individual. Although that document may be hearsay and arguably inadmissible to prove the contents of what the particular person said, nevertheless the requirements of procedural fairness may require that it be disclosed. The document may be extremely useful, indeed necessary, to the party whose conduct is impugned in the proceedings.

[33] For example, during a party's pre-hearing preparation, it may decide that it should interview the particular individual whose words are recounted in the document. Perhaps it may decide to call that person as a witness so that the truth of what was said is in evidence. Maybe the fact that the discussion took place at a particular time is an important fact in the scheme of things. And perhaps the document will be necessary to put to an adverse witness during cross-examination.

[34] However, sometimes inadmissible evidence cannot be disclosed. One instance is where privileges that protect fundamentally important interests in confidentiality apply, the privileges have not been waived, and no other exception recognized by law applies. For example, unless legal professional privilege has been waived, material covered by it is normally confidential for all purposes, in just about all circumstances; only

(*CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1^{re} inst.), conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (QL) (C.A.); *Sheriff c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 139, [2007] 1 R.C.F. 3).

3) La relation entre les questions d'admissibilité et les questions de divulgation préalable

[31] L'obligation de divulgation n'est pas nécessairement limitée par le droit en matière d'admissibilité. Des documents inadmissibles peuvent être visés par une obligation de divulgation.

[32] À titre d'illustration, supposons qu'une autorité telle que le commissaire de la concurrence soit en possession d'un document dans lequel l'auteur relate une discussion avec une personne donnée. Même si ce document constitue possiblement du oui-dire et qu'on pourrait faire valoir qu'il est inadmissible comme preuve de la teneur des propos de la personne en question, les exigences en matière d'équité procédurale peuvent néanmoins commander la divulgation de ce document. Celui-ci pourrait s'avérer extrêmement utile, voire nécessaire, pour la partie dont la conduite est attaquée.

[33] Par exemple, pendant son travail préparatoire, une partie pourrait décider que la personne dont les propos sont rapportés dans le document devrait être interrogée. Elle pourrait décider de citer cette personne à comparaître pour que les propos qui ont véritablement été tenus figurent dans la preuve. Il se peut que le moment particulier où a eu lieu la discussion ait de l'importance. Il est aussi possible que le document soit nécessaire au contre-interrogatoire d'un témoin de la partie adverse.

[34] Cependant, il arrive parfois que la preuve inadmissible ne puisse pas être divulguée. C'est le cas notamment lorsque s'appliquent des privilèges protégeant des droits fondamentalement importants en matière de confidentialité, qu'on n'a pas renoncé aux privilèges et qu'aucune autre exception reconnue en droit ne s'applique. Par exemple, à moins que l'on ait renoncé au secret professionnel de l'avocat, les documents protégés

the rarest of circumstances will displace the privilege, such as criminal cases where innocence is at stake as a result of the non-disclosure: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 43.

[35] The central issue before us is whether the 1 200 remaining documents that the Commissioner refuses to disclose are covered by a public interest class privilege. Assuming the privilege exists, the Commissioner holds the privilege and has not waived it. At least no one has argued waiver either by explicit act or implied conduct: see, e.g., *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraphs 253–262 (dissenting, but the majority not disagreeing with the legal principle). Accordingly, in the circumstances of this case, if the class privilege exists, *prima facie* the Commissioner need not disclose any documents covered by it. If the class privilege does not exist and the Commissioner wants to maintain confidentiality over individual documents that were said to be in that class, the Commissioner will have to claim a public interest privilege on a document-by-document or case-by-case basis.

D. The public interest privilege claimable on a document-by-document or case-by-case basis compared with a class privilege: how do they differ?

[36] What is the nature of public interest privilege, claimable on a document-by-document or case-by-case basis? When does it exist?

[37] Certain basic principles are at stake in a claim for public interest privilege. In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 647, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161, at page 169, the Supreme Court identified a basic tension resting at the heart of a claim for public interest privilege:

par celui-ci sont normalement confidentiels dans à peu près toutes les circonstances; ce n'est que dans de rares circonstances que le privilège sera écarté, par exemple dans des affaires criminelles où l'innocence de l'accusé est en jeu en raison de la non-divulgence (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, paragraphe 43).

[35] La question centrale dont nous sommes saisis est celle de savoir si les 1 200 documents restants que le commissaire refuse de divulguer sont visés par un privilège générique d'intérêt public. En supposant que ce privilège existe, le commissaire détient le privilège et n'y a pas renoncé. À tout le moins, personne n'a soutenu qu'il y a eu renonciation découlant d'un acte explicite ou d'une conduite implicite (voir, par exemple, *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, paragraphes 253 à 262 (motifs dissidents, mais la majorité n'était pas en désaccord avec le principe juridique)). Par conséquent, en l'espèce, si le privilège générique existe, le commissaire n'a pas, de prime abord, à divulguer les documents visés par celui-ci. Si le privilège générique n'existe pas et que le commissaire souhaite maintenir la confidentialité de documents particuliers qui devraient selon lui bénéficier d'une telle protection, le commissaire devra revendiquer un privilège d'intérêt public document par document ou au cas par cas.

D. Privilège d'intérêt public pouvant être revendiqué document par document ou au cas par cas, et privilège générique : en quoi sont-ils différents?

[36] Quelle est la nature du privilège d'intérêt public qui peut être revendiqué document par document ou au cas par cas? Quand existe-t-il?

[37] Certains principes de base entrent en jeu lorsqu'est revendiqué un privilège d'intérêt public. Dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, page 647, la Cour suprême a relevé une opposition fondamentale au cœur des revendications de privilège d'intérêt public :

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest.

[38] Another formulation of this is found in a classic British authority:

It is universally recognised that here there are two kinds of public interest which may clash. There is the public interest that harm shall not be done to the nation or the public service by disclosure of certain documents, and there is the public interest that the administration of justice shall not be frustrated by the withholding of documents which must be produced if justice is to be done.

(*Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874, at page 880.)

[39] A leading Canadian text puts the matter this way:

...The court, therefore, must balance the possible denial of justice that could result from non-disclosure against the injury to the public arising from disclosure of public documents which were never intended to be made public. [Footnote omitted.]

(Lederman, Bryant and Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 1074.)

[40] We engage with these competing interests by rigorously assessing a claim for public interest privilege using four criteria:

.... First, the [evidence] must originate in a confidence.... Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined in the *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 2, at p. 2755, as “diligent[ly] ... deliberately and consciously”). Finally ... the court must consider whether in the instant case the public interest served by [confidentiality over the

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués.

[38] Voici une autre façon dont cette opposition a été décrite dans un arrêt britannique classique :

[TRADUCTION] Il est universellement admis ici qu'il y a deux types d'intérêt public qui peuvent être en conflit. Il y a l'intérêt public à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'État ou à la puissance publique par la révélation de certains documents et il y a l'intérêt public à ce que l'administration de la justice ne soit pas entravée par le refus de divulguer des documents qui devraient l'être si justice devait être rendue.

(*Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874, page 880.)

[39] Dans un texte canadien faisant autorité, on l'explique ainsi :

[TRADUCTION] [...] La cour doit par conséquent mettre en balance le déni de justice que pourrait entraîner la non-divulcation et l'atteinte à l'intérêt public découlant de la divulgation de documents publics qui n'étaient aucunement destinés à être rendus publics. [Note en bas de page omise.]

(Lederman, Bryant et Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd. (Markham (Ontario): LexisNexis, 2014), page 1074.)

[40] Nous examinons ces intérêts contradictoires en évaluant de façon rigoureuse la revendication de privilège d'intérêt public en fonction de quatre critères :

[...] Premièrement, les [éléments de preuve] doivent avoir été transmi[s] confidentiellement [...] Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adverbe qui évoque l'application constante et la persévérance (selon le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6^e éd. 2007), vol. 2, p. 2755, le terme anglais

evidence] outweighs the public interest in getting at the truth.

(*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 53, citing *Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev. 1961), Vol. 8, at § 2285.)

[41] The four criteria from Wigmore are not “carved in stone” but rather provide a “general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court”: *Gruenke*, at page 290 of S.C.R., page 689 of W.W.R., cited with approval in *National Post*, at paragraph 53; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, at paragraph 54.

[42] No one disputes that the Commissioner could try to claim public interest privilege over the 1 200 remaining documents on a document-by-document or case-by-case basis. But in this case, as his primary position, the Commissioner does not assert that documents are covered by a case-by-case privilege.

[43] Instead, the Commissioner says that the 1 200 documents are part of a group of 9 500 documents, all of which are covered by a class privilege. In this case, the class is said to cover all “records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner’s investigations” [at paragraph 15].

[44] The Commissioner says that this class privilege is necessary. Without it, those complaining about anti-competitive conduct, fearing reprisal, would be reluctant to complain to the Commissioner and offer candid evidence in support of their complaints.

« *sedulous[ly]* » utilisé par Wigmore signifie : « *diligent[ly]* [...] *deliberately and consciously* ». Enfin, [...] le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en [maintenant la confidentialité des éléments de preuve] l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité.

(*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 53, citant *Wigmore on Evidence*, rév. McNaughton, 1961, vol. 8, § 2285.)

[41] Les quatre critères de *Wigmore* ne sont pas « gravés dans la pierre », mais constituent « un cadre général à l’intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l’affaire particulière soumise à la cour » (*Gruenke*, R.C.S., page 290, cité avec approbation dans l’arrêt *National Post*, paragraphe 53; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, paragraphe 54).

[42] Nul ne conteste le fait que le commissaire pouvait tenter de revendiquer document par document ou au cas par cas un privilège d’intérêt public sur les 1 200 documents restants. Cependant, dans la présente affaire, la thèse principale du commissaire n’est pas que les documents sont visés par un privilège au cas par cas.

[43] Le commissaire affirme plutôt que les 1 200 documents font partie d’un groupe de 9 500 documents qui sont tous visés par un privilège générique. Dans l’affaire qui nous occupe, le commissaire a soutenu que ce privilège générique visait tous les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d’enquêtes menées par le commissaire » [au paragraphe 15].

[44] Le commissaire affirme que ce privilège générique est nécessaire. Sans ce privilège, les personnes qui se plaignent d’un comportement anticoncurrentiel hésiteraient, par crainte de représailles, à porter plainte auprès du commissaire et à présenter un témoignage franc à l’appui de leurs plaintes.

[45] A class privilege applies if the documents and information fall within a class that legally qualifies for blanket protection from disclosure. Documents and information are protected from disclosure only because of their membership in a protected class; their contents and the circumstances surrounding them do not otherwise matter. In the words of the Supreme Court, a class privilege applies “without regard to the particulars of the situation” and “is insensitive to the facts of the particular case”: *National Post*, at paragraph 42.

[46] Class privileges are granted because of the need to protect a particular relationship of importance. “Once the relevant relationship is established between the confiding party and the party in whom the confidence is placed, privilege presumptively cloaks in confidentiality matters properly within its scope without regard to the particulars of the situation”: *National Post*, at paragraph 42. The class protection is granted because “[a]nything less than this blanket confidentiality” would “fail to provide the necessary assurance[s]” to parties in the relationship to perform as they must within the relationship: *National Post*, at paragraph 42; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521, at paragraphs 39–40.

[47] In contrast, a case-by-case or document-by-document public interest privilege looks at the nature of a particular document or information and the circumstances surrounding it, not its membership in a class. A party claiming the privilege over certain documents must make an affirmative case, document-by-document, to successfully shield them from disclosure. Unlike a class privilege, this sort of privilege offers no presumptive or default protection from disclosure.

[48] So, for example, take the relationship of legal professional and client, established for the purpose of the giving and obtaining of legal advice. Loosely put, the law recognizes that the entire class of all communications within that relationship, including all documents relating to the giving or seeking of legal advice, must

[45] Il y a un privilège générique si les documents et les renseignements appartiennent à une catégorie qui peut, en droit, faire l'objet d'une protection générale contre la divulgation. Les documents et les renseignements sont protégés contre la divulgation uniquement parce qu'ils appartiennent à une catégorie protégée; leurs contenus et les circonstances n'ont du reste aucune importance. Pour reprendre les termes de la Cour suprême, un privilège générique s'applique « sans égard aux circonstances » et « ne dépend pas des faits de l'espèce » (*National Post*, paragraphe 42).

[46] Des privilèges génériques sont accordés parce qu'il est nécessaire de protéger des relations particulières considérées comme importantes. « En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances » (*National Post*, paragraphe 42). La protection générique est accordée, car, « sans cette confidentialité générale, il serait impossible de donner [aux parties à la relation] la garantie nécessaire » pour qu'elles puissent jouer leur rôle dans la relation (*National Post*, paragraphe 42; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521, paragraphes 39 et 40).

[47] À l'inverse, pour conclure à l'existence d'un privilège d'intérêt public au cas par cas ou document par document, il faut s'intéresser à la nature du document ou du renseignement en cause ainsi qu'aux circonstances, et non à son appartenance à une catégorie. La partie qui revendique le privilège à l'égard de certains documents doit présenter une preuve affirmative, document par document, pour réussir à les protéger contre la divulgation. Contrairement à un privilège générique, ce genre de privilège n'offre aucune protection présumée ou par défaut contre la divulgation.

[48] Prenons, par exemple, la relation entre un avocat et son client, établie en vue de donner et de recevoir des conseils juridiques. Le droit reconnaît que la catégorie entière formée de l'ensemble des communications issues de cette relation, y compris tous les documents liés à la fourniture ou à l'obtention de conseils juridiques,

be protected on a default, blanket basis from disclosure. The blanket nature of the privilege provides certainty. If only case-by-case or document-by-document privilege could be claimed, uncertainty would be created about whether some information or documents within the relationship might have to be disclosed. The uncertainty might lead clients not to seek legal advice or the legal advice would have to be couched or be less than frank, or both. The effect? The democratic right of people to ascertain their full legal rights and make well-informed decisions would suffer, with resulting damage to the administration of justice. The paramount importance of the relationship between legal professionals and their clients and the vital objectives served by it justify the blanket, presumptive, default protection of confidentiality that class privilege provides.

[49] Due to the breadth and generality of a class privilege, it can be blunt, sweeping and indiscriminate in operation and, thus, can work against the truth-seeking purpose of a court or administrative proceeding. A case-by-case or document-by-document privilege—tailored and case-specific as it is—can be more consistent with the truth-seeking purpose.

[50] The Supreme Court put this point as follows:

... while the result of any privilege is to impede the search for truth, and thereby to run the risk of an injustice to the persons opposed in interest to the claimant, a class privilege is more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis. It does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances.

(*National Post*, at paragraph 46.)

[51] In *Carey*, the Supreme Court expressed concern about the “absolute character of [a class] protection ... without regard to subject matter, to whether [the documents] are contemporary or no longer of public interest, or to the importance of their revelation for the

doit être protégée par défaut et d’une manière générale contre la divulgation. La nature générale du privilège offre de la certitude. Si on ne pouvait revendiquer qu’un privilège au cas par cas ou document par document, il y aurait incertitude quant à savoir si certains renseignements ou documents issus de la relation pourraient être divulgués. À cause de cette incertitude, des clients pourraient s’abstenir de demander des conseils juridiques ou encore les conseils juridiques pourraient être présentés de façon ambiguë ou pas tout à fait honnête, ou les deux. Quel effet cela aurait-il? Le droit démocratique de chacun de vérifier la pleine étendue de ses droits juridiques et de prendre des décisions bien éclairées en souffrirait, ce qui nuirait à l’administration de la justice. L’importance primordiale de la relation entre les avocats et leurs clients et les objectifs essentiels de cette relation justifient la protection générale, présumée et par défaut, de la confidentialité que le privilège générique confère.

[49] En raison de l’ampleur et de la généralité du privilège générique, son application peut être sans nuance, large et aveugle et, par conséquent, il peut constituer un obstacle à la recherche de la vérité, qui est un des objectifs des procédures judiciaires ou administratives. Le privilège au cas par cas ou document par document — adapté et propre à l’affaire en cause — peut être plus conforme à l’objectif de recherche de vérité.

[50] Voici l’explication que donne la Cour suprême à ce sujet :

[...] bien qu’un privilège, quel qu’il soit, ait pour effet de nuire à la recherche de la vérité, et de créer de ce fait un risque d’injustice pour les personnes dont l’intérêt est opposé à l’intérêt de celui qui l’invoque, un privilège générique est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas. Il n’est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances.

(*National Post*, paragraphe 46.)

[51] Dans l’arrêt *Carey*, la Cour suprême du Canada a exprimé des réserves à l’égard du « caractère absolu de la protection [générique] [...] sans égard au sujet en cause, sans se demander si [les documents] sont d’actualité ou [s’ils] ne présentent plus aucun intérêt pour

purpose of litigation” (at page 659 of S.C.R., page 178 of D.L.R.).

[52] Because of these concerns, traditionally courts have been reluctant to find class privileges. Only “very few” class privileges have been found: *National Post*, at paragraph 42. The Supreme Court has gone as far as to say that public interest claims on a class basis will have “little chance of success”: *Carey*, at page 655 of S.C.R., page 175 of D.L.R. Class privileges can be found only where there is “clear and compelling evidence [they are] necessary” or “really necessary”: *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420, at page 446; *Conway*, above, at page 888.

[53] Recently, the Supreme Court has set the threshold for finding new class privileges as high as can be. New class privileges can be recognized only if they are supported by policy rationales as compelling as the class privilege over solicitor-client communications: *National Post*, at paragraph 42; *Guenke*, at page 288 of S.C.R., page 688 of W.W.R. How compelling is that? The policy rationale behind solicitor-client privilege is an interest protected by our highest law, the Constitution, specifically the privacy interest under section 8 of the Charter: *Lavallee, Rackel & Heintz*, above.

[54] Commenting on this, Lederman *et al.*, above, observe that new class privileges demand “that the external social policy in question is of such unequivocal importance that it cannot be sacrificed before the altar of the courts” [footnote omitted] (at page 919).

[55] The Supreme Court also suggests that class privileges—privileges that are “more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis” and cannot “be tailored to fit the circumstances”—are inapt where

le public, ou sans tenir compte de l’importance que leur divulgation peut avoir dans un procès » (page 659).

[52] En raison de ces réserves, les tribunaux ont traditionnellement été réticents à reconnaître des privilèges génériques. Le droit ne reconnaît que « très peu » de privilèges génériques (*National Post*, paragraphe 42). La Cour suprême est allée jusqu’à dire que, lorsque l’intérêt public est invoqué pour ne pas communiquer un document du fait de son appartenance à une catégorie, « les chances [de succès] sont minces » (*Carey*, page 655). Les privilèges génériques ne peuvent être reconnus que s’il existe [TRADUCTION] « une preuve claire et convaincante [qu’ils sont] nécessaire[s] » ou « réellement nécessaire[s] » (*R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420, page 446; *Conway* [précité], page 888).

[53] Récemment, la Cour suprême du Canada a établi le critère le plus exigeant qu’on puisse prévoir pour la reconnaissance de nouveaux privilèges génériques : on ne peut reconnaître de nouveaux privilèges génériques que s’ils reposent sur des raisons de principe aussi impérieuses que celles qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l’avocat et son client (*National Post*, paragraphe 42; *Gruenke*, page 288). À quel point ces raisons de principe doivent-elles être impérieuses? La raison de principe qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat est un droit protégé par notre loi suprême, la Constitution, plus particulièrement le droit à la protection de la vie privée visé à l’article 8 de la Charte (*Lavallee, Rackel & Heintz*, précité).

[54] Sur cette question, Lederman *et al.*, précité, font remarquer que les nouveaux privilèges génériques exigent [TRADUCTION] « que la politique sociale externe en question soit d’une telle importance sans équivoque qu’elle ne puisse être sacrifiée sur l’autel des tribunaux » [note en bas de page omise] (page 919).

[55] La Cour suprême affirme également que le privilège générique — privilège qui « est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas » et qu’on ne peut pas « adapter aux circonstances » — ne convient pas

the relationship said to give rise to the need for blanket confidentiality varies in practice and depends upon the circumstances: *National Post*, at paragraphs 44–46; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at pages 97–98, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, at page 223. Further, the existence of a comparable class privilege in “other common law jurisdictions with whom we have strong affinities” can assist in the determination: *National Post*, at paragraphs 43, 47–48.

[56] The extremely high threshold for the recognition of class privileges means that to date only four have been recognized—legal professional privilege, litigation privilege, informer privilege and settlement privilege: *Lizotte*, above, at paragraphs 33–36.

[57] As well, this extremely high threshold has led the Supreme Court to opine that “in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *National Post*, at paragraph 42. For good measure, the Supreme Court repeated this in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at paragraph 87.

[58] *Harkat* shows how high the threshold for establishing a class privilege now is. In *Harkat* the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] concerning security certificates fell before the Supreme Court for consideration.

[59] Broadly speaking, security certificates are issued against those who are reasonably believed to have come to Canada, among other things, for the purpose of engaging in terrorism. Once the certificates are issued, the Federal Court must assess their reasonableness. If the security certificate is found to be reasonable, the certificate becomes the equivalent of an order requiring the person named in the certificate to be removed from Canada.

[60] Often in the Federal Court proceedings to assess reasonableness much sensitive evidence is adduced.

lorsque la relation qui nécessiterait une protection générale de la confidentialité varie en pratique et dépend des circonstances (*National Post*, paragraphes 44 à 46; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, pages 97 et 98). Par ailleurs, l’existence d’un privilège générique comparable dans « d’autres ressorts de common law avec lesquels nous avons de grandes affinités » peut aider le tribunal à tirer sa conclusion (*National Post*, paragraphes 43, 47 et 48).

[56] En raison du critère extrêmement rigoureux applicable à la reconnaissance des privilèges génériques, seuls quatre privilèges ont été reconnus jusqu’à présent : le secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige, le privilège de l’indicateur de police et le privilège relatif au règlement (*Lizotte*, précité, paragraphes 33 à 36).

[57] En outre, ce critère extrêmement rigoureux a mené la Cour suprême à affirmer qu’« à l’avenir, tout nouveau “privilège” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » (*National Post*, paragraphe 42). Pour faire bonne mesure, la Cour suprême l’a répété dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, au paragraphe 87.

[58] L’arrêt *Harkat* montre à quel point le critère pour établir un privilège générique est désormais rigoureux. Dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême devait se pencher sur les dispositions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] concernant les certificats de sécurité.

[59] De façon générale, les certificats de sécurité sont délivrés contre les personnes dont on a des motifs raisonnables de croire qu’elles sont venues au Canada notamment dans le but de se livrer à des actes terroristes. Une fois que les certificats sont délivrés, la Cour fédérale doit évaluer leur caractère raisonnable. Si elle juge que le certificat de sécurité est raisonnable, le certificat devient l’équivalent d’une ordonnance exigeant que la personne qui y est nommée soit renvoyée du Canada.

[60] Souvent, de nombreux éléments de preuve très sensibles sont présentés dans le cadre d’instances de

This can include evidence from human intelligence sources—evidence of the highest level of sensitivity. Improper disclosure of that sort of evidence can have the highest of consequences: the lives of sources whose identities are revealed can be put at grave risk. It is notorious in international intelligence circles that improper disclosure has sometimes killed human intelligence sources.

[61] A stronger policy rationale for a class privilege imposing blanket confidentiality over a class of evidence can scarcely be imagined. But in *Harkat*, the Supreme Court—citing its reluctance to recognize new class privileges in *National Post*—declined to recognize a class privilege covering evidence from human intelligence sources. As in *National Post*, it held that if a class privilege is warranted, Parliament, not the courts, should enact one (at paragraph 87):

Nor, in my view, should this Court create a new privilege for [Canadian Security Intelligence Service] human sources. This Court has stated that “[t]he law recognizes very few ‘class privileges’” and that “[i]t is likely that in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to [Canadian Security Intelligence Service] human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that [Canadian Security Intelligence Service] human sources’ identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and [Canadian Security Intelligence Service] or to encourage sources to come forward to [Canadian Security Intelligence Service] (see [dissenting] reasons of Abella and Cromwell JJ. [in *Harkat*]), it can enact the appropriate protections.

[62] In light of these authorities, it is perhaps not far from the truth to say that it is now practically

la Cour fédérale sur la raisonnable du certificat. Il peut s’agir d’éléments de preuve provenant de sources humaines, dont le niveau de sensibilité est particulièrement élevé. La divulgation inappropriée de ce genre d’éléments de preuve peut avoir des conséquences extrêmement graves : la vie des sources dont l’identité est révélée peut être mise en péril. Il est notoire dans les cercles du renseignement international que des divulgations inappropriées ont déjà coûté la vie à des sources.

[61] On peut difficilement imaginer de raison de principe plus importante pour justifier un privilège générique prévoyant la confidentialité générale d’une catégorie d’éléments de preuve. Toutefois, dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême, après avoir cité le passage de l’arrêt *National Post* faisant état de sa réticence à reconnaître de nouveaux privilèges génériques, a refusé de reconnaître un privilège générique visant les éléments de preuve provenant de sources humaines. Comme dans l’arrêt *National Post*, elle a conclu que, si un privilège générique est justifié, le législateur, et non les tribunaux, devrait le formuler (paragraphe 87) :

À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité]. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de “privilèges génériques” » et qu’« [i]l est probable qu’à l’avenir, tout nouveau privilège “générique” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d’étendre un privilège aux sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité] : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d’un privilège l’identité des sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité] et les renseignements connexes, que ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le [Service canadien du renseignement de sécurité] ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs [dissidents] des juges Abella et Cromwell [dans *Harkat*]), il peut adopter les mesures de protection voulues.

[62] À la lumière de ces précédents, on ne s’éloigne sans doute pas beaucoup de la vérité en affirmant qu’il

impossible for a court, acting on its own, to recognize a new class privilege.

E. Analysis

[63] Based on the foregoing principles, the Commissioner's claim to a public interest privilege over the roughly 1 200 documents he has refused to disclose must be rejected. I offer several reasons in support of this conclusion.

– I –

[64] The Commissioner stresses that he is not asking this Court to recognize a new class privilege. He says that this Court has already recognized a class privilege covering all documents and information supplied to the Commissioner from third party sources during the Commissioner's investigation: *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353, 176 N.R. 62 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsgate Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] F.C.J. No. 1021 (Q.L.) (C.A.).

[65] The Commissioner adds that in cases like *National Post*, the Supreme Court has not cast doubt on already recognized class public interest privileges, such as the one recognized in *D & B Companies* and *Hillsgate*.

[66] Thus, to the Commissioner, this case is a simple one: we need only apply the class privilege recognized in *D & B Companies* and *Hillsgate*.

[67] The Competition Tribunal stated, properly, that it is bound by decisions of our Court. Accordingly, it considered itself bound by this Court's recognition of the class privilege in *D & B Companies* and *Hillsgate*. It applied the class privilege to the 1 200 documents and refused to order that they be disclosed.

est désormais pratiquement impossible pour une cour de reconnaître de son propre chef un nouveau privilège générique.

E. Analyse

[63] Sur le fondement des principes susmentionnés, la revendication du commissaire visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public à l'égard de quelque 1 200 documents qu'il a refusé de divulguer doit être rejetée, et ce, pour plusieurs motifs.

– I –

[64] Le commissaire insiste sur le fait qu'il ne demande pas à notre Cour de reconnaître un nouveau privilège générique. Il affirme que notre Cour a déjà reconnu le privilège générique visant l'ensemble des documents et renseignements fournis au commissaire par des tiers pendant ses enquêtes (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (Q.L.) (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsgate Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 1021 (Q.L.) (C.A.)).

[65] Le commissaire ajoute que, dans des affaires comme *National Post*, la Cour suprême n'a pas mis en doute les privilèges génériques d'intérêt public déjà reconnus, comme celui reconnu dans les arrêts *D & B Companies* et *Hillsgate*.

[66] En conséquence, le commissaire estime que l'affaire est simple : nous n'avons qu'à appliquer le privilège générique reconnu dans les arrêts *D & B Companies* et *Hillsgate*.

[67] Le Tribunal de la concurrence a déclaré à juste titre qu'il était lié par les décisions de notre Cour. Par conséquent, il se considérait lié par les arrêts de notre Cour *D & B Companies* et *Hillsgate*, dans lesquels le privilège générique était reconnu. Il a donc appliqué ce privilège aux 1 200 documents et a refusé d'ordonner leur divulgation.

[68] The Airport Authority disagrees with both the Commissioner and the Competition Tribunal. It submits that this Court's decisions in *D & B Companies* and *Hillsdown* do not recognize the class privilege the Commissioner seeks to assert in this case. In those cases, this Court applied a deferential standard of review and decided only that the Competition Tribunal had made, in today's terms, a reasonable decision. Whether the Competition Tribunal was *correct* in recognizing the class privilege was not before this Court. After *D & B Companies* and *Hillsdown*, the standard of review changed to correctness as a result of *Superior Propane* and *Tervita*, both above. Thus, according to the Airport Authority, the case at bar is the first time this Court has been called upon to assess on the standard of correctness whether the Commissioner has the class privilege it asserts.

[69] In the alternative, the Airport Authority says that if those cases do recognize the class privilege, *D & B Companies* and *Hillsdown* can no longer be seen as good authority because they have been overborne by later Supreme Court jurisprudence: *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (circumstances where this Court may depart from earlier authorities); *National Post*.

[70] I agree with the Airport Authority. First, I shall examine *D & B Companies*.

[71] *D & B Companies* must be seen in light of the standard of review this Court applied in that case. In *D & B Companies*, this Court applied a deferential standard of review. It stated that "a certain curial deference is due to tribunals even on statutory appeals when the issue in question, whether factual or legal, is within the particular expertise of the Tribunal" (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.). In this Court's view, the necessary balancing of the interests between disclosure and confidentiality drew upon "special expertise in the problems of protecting competition in the market place" and, thus, was within the preserve of the Competition Tribunal (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.). Accordingly, the Court "should not lightly substitute

[68] L'Administration est en désaccord avec le commissaire et le Tribunal de la concurrence. Elle soutient que les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* de notre Cour ne reconnaissent pas le privilège générique que le commissaire revendique en l'espèce. Dans ces affaires, notre Cour a appliqué une norme de contrôle déférente et a uniquement conclu que le Tribunal de la concurrence avait rendu, pour utiliser les termes employés de nos jours, une décision raisonnable. La Cour n'avait pas à juger si le Tribunal de la concurrence avait rendu la décision *correcte* en reconnaissant le privilège générique. Après les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown*, la norme de contrôle a changé et est devenue la norme de la décision correcte à la suite des arrêts *Supérieur Propane* et *Tervita*, précités. Selon l'Administration, dans la présente affaire, notre Cour est appelée pour la première fois à examiner, selon la norme de la décision correcte, la question de savoir si le commissaire jouit du privilège générique qu'il revendique.

[69] À titre subsidiaire, l'Administration affirme que, si ces affaires reconnaissent le privilège générique, *D & B Companies* et *Hillsdown* ne peuvent plus être considérés comme des arrêts de principe, car ils ont été contredits par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême (*Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (circonstances justifiant que notre Cour s'écarte de la jurisprudence); *National Post*).

[70] Je suis d'accord avec l'Administration. J'examinerai pour commencer l'arrêt *D & B Companies*.

[71] L'arrêt *D & B Companies* doit être examiné à la lumière de la norme de contrôle que notre Cour a appliquée dans cette affaire, à savoir une norme de contrôle déférente. La Cour a déclaré qu'« il y a lieu de s'en remettre, dans une certaine mesure, à l'expertise des tribunaux administratifs à chaque fois que la question en cause, qu'il s'agisse d'une question de fait ou d'une question de droit, relève de l'expertise du Tribunal en question » (paragraphe 5). Elle était d'avis que l'équilibre nécessaire entre les intérêts de la divulgation et ceux de la confidentialité reposait sur « sa connaissance particulière des problèmes que soulève la protection de la concurrence au sein du marché » et, par conséquent, était la chasse gardée du Tribunal de la concurrence

its own views of the proper balance in these circumstances” (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.).

[72] This Court also observed that class privileges “are created as a matter of policy” and the assessment of policy was “within the competence” of the Competition Tribunal, not the Court (at page 358 of C.P.R., paragraph 7 of N.R.). In its view, the Supreme Court decision in *Gruenke*, above, on the recognition of class privileges generally, was not inconsistent with what the Tribunal had done (at page 358 of C.P.R., paragraph 7 of N.R.).

[73] In my view, this Court decided in *D & B Companies* that the Tribunal’s recognition of a public interest privilege was owed deference and could not be interfered with. This Court did not affirm for itself, nor did it need to affirm for itself given the deferential standard of review, that a class privilege exists.

[74] *Hillsdown* is similar to *D & B Companies*. There, the Competition Tribunal did not allow disclosure of certain interview notes. It relied on an earlier Tribunal decision that acknowledged the need to keep certain notes confidential in the public interest so that those making a complaint would not suffer reprisal. This Court applied a deferential standard in its review of the Tribunal’s decision, finding “no reviewable error” because the conclusion was “reasonably open” to the Tribunal (at paragraphs 1–2). In *Hillsdown*, this Court did not affirm for itself that a class privilege exists.

[75] I would add that had this Court in *D & B Companies* or *Hillsdown* affirmed that the public interest class privilege actually exists, these holdings can no longer stand in light of later Supreme Court cases such as *National Post* and *Harkat*. To some extent this point has been made during the discussion of these cases earlier in these reasons at paragraphs 46–62. And this point will be developed further below when I measure

(paragraphe 5). Par conséquent, la Cour « ne devrait pas à la légère substituer sa propre appréciation de l’équilibre qui convient dans de pareilles circonstances » (paragraphe 5).

[72] Notre Cour a également déclaré que des privilèges génériques « ont été créés pour des motifs d’ordre public » et que l’appréciation de ces motifs d’intérêt public relevait de la compétence du Tribunal de la concurrence, et non de celle de la Cour (paragraphe 7). Selon elle, la conclusion de la Cour suprême dans l’arrêt *Gruenke*, précité, sur la reconnaissance des privilèges génériques en général n’était pas incompatible avec ce que le Tribunal avait fait (paragraphe 7).

[73] À mon avis, notre Cour a conclu dans l’arrêt *D & B Companies* qu’il fallait faire preuve de retenue à l’égard de la décision du Tribunal de reconnaître un privilège d’intérêt public et que cette décision ne pouvait être modifiée. La Cour n’a pas elle-même affirmé qu’il existait un privilège générique, et elle n’avait pas à le faire vu la norme de contrôle déférente.

[74] L’arrêt *Hillsdown* est similaire à l’arrêt *D & B Companies*. Dans cette affaire, le Tribunal de la concurrence n’a pas autorisé la divulgation de certaines notes d’entrevue. Il s’appuyait sur une décision antérieure du Tribunal dans laquelle on avait reconnu la nécessité de préserver, dans l’intérêt du public, la confidentialité de certaines notes pour protéger les personnes qui portent plainte contre les représailles. Notre Cour a appliqué une norme de contrôle déférente pour son examen de la décision du Tribunal, n’a relevé aucune « erreur donnant lieu à révision », car la conclusion « s’offrait raisonnablement » au Tribunal (paragraphes 1 et 2). Dans l’arrêt *Hillsdown*, notre Cour n’a pas elle-même affirmé l’existence d’un privilège générique.

[75] J’ajouterais que, si notre Cour avait affirmé dans les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown* qu’il existe un privilège générique d’intérêt public, cette conclusion ne tiendrait plus à cause d’arrêts ultérieurs de la Cour suprême comme *National Post* et *Harkat*. L’analyse de ces arrêts aux paragraphes 46 à 62 des présents motifs le démontre dans une certaine mesure. Je reviendrai sur cette question lorsque j’examinerai la revendication du

the Commissioner's claim for a class privilege against these cases.

[76] The Commissioner cites other cases that support the existence of the public interest class privilege it asserts: *Canada (Commissioner of Competition) v. Chats Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922, at paragraph 15; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883, at paragraphs 11 and 25; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535, at paragraph 27; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21, at paragraphs 3–6; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140, at paragraph 59. None of these bind this Court. All of these rely directly or indirectly upon *D & B Companies*, *Hillsdown*, or both.

[77] In dismissing the Airport Authority's motion for disclosure, the Competition Tribunal described *D & B Companies*, *Hillsdown* and its own case law as "long-standing and unanimous" on the existence of the class privilege, considered it binding, and relied upon it in dismissing the Airport Authority's motion (at paragraph 5). This was an error in law.

– II –

[78] It is not possible on the jurisprudence for this Court or the Competition Tribunal to recognize a new class privilege in these circumstances. See the discussion at paragraphs 46–62, above. The blunt, sweeping nature of a class privilege, even over the public interest in the truth-finding function of the Competition Tribunal, is not supportable in these circumstances. Further, as both *National Post* and *Harkat* suggest, these days the sort of class privilege the Commissioner seeks should only be granted by Parliament.

commissaire relativement à un privilège générique au regard de ces affaires.

[76] Le commissaire cite d'autres affaires qui étayent l'existence du privilège générique d'intérêt public qu'il revendique : (*Canada (Commissioner of Competition) v. Chats Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922, paragraphe 15; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883, paragraphes 11 et 25; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535, paragraphe 27; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21, paragraphes 3 à 6; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Ltd.*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140, paragraphe 59). Aucune de ces décisions, qui s'appuient toutes directement ou indirectement sur les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown*, ne lie la Cour.

[77] Pour rejeter la requête en divulgation de l'Administration, le Tribunal de la concurrence a décrit les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* ainsi que sa propre jurisprudence sur l'existence du privilège générique comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date », a considéré qu'elle le liait et s'est appuyé sur elle pour rejeter la requête de l'Administration (paragraphe 5). Ce faisant, il a commis une erreur de droit.

– II –

[78] Il n'est pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de notre Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique dans les présentes circonstances (voir l'analyse aux paragraphes 46 à 62 des présents motifs). La nature sans nuance et large du privilège générique, qui l'emporte même sur l'intérêt du public à ce que le Tribunal de la concurrence exerce sa fonction de rechercher la vérité, n'est pas justifiable dans les circonstances. En outre, comme l'indiquent les arrêts *National Post* et *Harkat*, de nos jours, le genre de privilège générique revendiqué par le commissaire ne devrait être accordé que par le législateur.

[79] Parliament has already spoken to confidentiality and privilege concerns in the Act. Its failure to enact the class privilege the Commissioner seeks is noteworthy. This provides another reason why this Court should not construct one itself.

[80] The *Competition Act* and *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, provide a scheme to address the Commissioner's concerns about confidentiality and privilege. For example, the Act requires inquiries to be private (subsection 10(3)), allows third parties to claim solicitor-client privilege (section 19), demands that the Bureau keep a wide range of information obtained confidential (subsection 29(1)) and provides protection for whistleblowing employees against employer reprisals (sections 66.1–66.2). The Rules explain that the public is entitled to access all documents filed or received in evidence subject only to a confidentiality order (sections 22, 66).

[81] These avenues to protect confidentiality under the Act and Rules also show that lesser measures are available, short of the extreme step of recognizing a public interest class privilege over all materials gathered by the Commissioner from third parties during his investigation: see also the discussion in *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company*, 2003 Comp. Trib. 15, 28 C.P.R. (4th) 335, at paragraph 69.

– III –

[82] Even if the threshold for judicial recognition of a class privilege were not as high as the Supreme Court has set it, a class privilege could not be recognized on the basis of the evidentiary record in this case.

[83] In order to establish a class privilege covering all documents and information received from third parties during his investigations, the Commissioner must prove that the relationship between him and third party sources warrants blanket confidentiality protection. In

[79] Le législateur a déjà prévu des mesures relatives à la confidentialité et au privilège dans la Loi. Il convient de noter qu'il n'a pas établi le privilège générique revendiqué par le commissaire. C'est là une raison de plus pour notre Cour de ne pas elle-même instituer un tel privilège.

[80] La *Loi sur la concurrence* et les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, prévoient des mécanismes pour répondre aux préoccupations du commissaire en matière de confidentialité et de privilège. Par d'exemple, la Loi exige que les enquêtes soient conduites en privé (paragraphe 10(3)), autorise les tiers à invoquer le secret professionnel liant l'avocat à son client (article 19), exige que le Bureau préserve la confidentialité d'une vaste gamme de renseignements obtenus (paragraphe 29(1)) et prévoit pour les employés dénonciateurs une protection contre les représailles de l'employeur (articles 66.1 et 66.2). Les Règles prévoient que, sous réserve de toute ordonnance de confidentialité, le public peut consulter tous les documents déposés ou reçus en preuve (articles 22 et 66).

[81] Ces moyens de protéger la confidentialité en vertu de la Loi et des Règles montrent également qu'il existe des mesures de moindre envergure que la mesure extrême de reconnaître un privilège générique d'intérêt public à l'égard de l'ensemble des documents recueillis par le commissaire auprès de tiers pendant son enquête (voir aussi l'analyse effectuée dans *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2003 Trib. conc. 15, au paragraphe 69).

– III –

[82] Même si le critère pour la reconnaissance par les tribunaux d'un privilège générique n'était pas aussi rigoureux que le critère établi par la Cour suprême, un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce.

[83] Pour établir l'existence d'un privilège générique protégeant l'ensemble des documents et des renseignements reçus de tiers pendant ses enquêtes, le commissaire doit prouver que la relation entre les tiers et lui-même justifie une protection générale de la

practical terms, like the example of the legal professional and client discussed at paragraph 48 above, the Commissioner must prove that anything less than blanket confidentiality protection would substantially impair the relationship, thereby frustrating the Commissioner's ability to discharge his legislative responsibilities.

[84] The Commissioner says just that. He says that if anything less than blanket confidentiality protection were afforded to documents and information supplied by third party sources, there might be reprisals or the threat of reprisals against them. Thus, third party sources might be less inclined to act. And the Commissioner would be less able to discharge the important responsibilities Parliament has assigned to him in the *Competition Act*. The public interest would suffer.

[85] The Commissioner did not file any evidence before the Competition Tribunal establishing these matters. Thus, in this case, there is no evidentiary basis to support the existence of a class privilege. On this evidentiary record, a class privilege cannot be recognized. Given the consequences of recognizing a class privilege and the high threshold that must be met, the unsworn say-so of the Commissioner in submissions cannot suffice.

[86] In upholding the existence of the class privilege, the Competition Tribunal appeared to assume that the prerequisites for it were met (at paragraph 62). Is this permissible?

[87] In the abstract, I accept that, provided procedural fairness obligations are respected, some administrative decision makers in some circumstances can make assessments without evidence, relying on facts gleaned from their own experience and expertise in their field. As discussed earlier, the rigorous evidentiary requirements in court proceedings do not necessarily apply in certain administrative proceedings: it depends on the text, context and purpose of the legislation that governs the administrative decision maker.

confidentialité. En pratique, comme dans l'exemple de l'avocat et de son client dont il a été question au paragraphe 48, le commissaire doit prouver qu'une protection de moindre envergure compromettrait sensiblement la relation, faisant ainsi obstacle à la capacité du commissaire de s'acquitter de ses responsabilités légales.

[84] C'est exactement ce qu'affirme le commissaire. Il soutient que, si une protection de moindre envergure qu'une protection générale était accordée aux documents et aux renseignements obtenus de tiers, ces derniers pourraient être la cible de représailles ou de menaces de représailles. Par conséquent, ils pourraient se montrer moins enclins à agir. Ce faisant, le commissaire verrait réduite sa capacité de s'acquitter des responsabilités importantes que le législateur lui a confiées dans la Loi, et l'intérêt public en souffrirait.

[85] Le commissaire n'a produit aucune preuve devant le Tribunal de la concurrence étayant ces affirmations. Par conséquent, aucune preuve en l'espèce ne justifie l'existence d'un privilège générique. En se fondant sur la preuve au dossier, on ne saurait reconnaître un privilège générique. Vu les conséquences liées à la reconnaissance d'un privilège générique et le critère rigoureux auquel il faut satisfaire, les affirmations du commissaire dans ses observations, lesquelles affirmations n'ont pas été faites sous serment, ne sauraient suffire.

[86] Pour confirmer l'existence du privilège générique, le Tribunal de la concurrence semblait supposer qu'il avait été satisfait aux préalables d'un tel privilège (paragraphe 62). Avait-il raison?

[87] En théorie, dans la mesure où les obligations en matière d'équité procédurale sont respectées, je reconnais que certains décideurs administratifs puissent procéder dans certaines circonstances à des appréciations en l'absence d'éléments de preuve, en s'appuyant sur les faits tirés de leur propre expérience et expertise dans le domaine. Comme nous l'avons vu précédemment, les exigences rigoureuses en matière de preuve ne s'appliquent pas nécessairement dans certaines procédures administratives; leur application dépend du texte,

du contexte et de l'objet de la loi qui régit le décideur administratif.

[88] In another case, I put this point as follows:

The investigator [of the Public Service Commission] did not need specific evidence [that if a vacant public service position were advertised, candidates would apply]. Parliament did not vest decision-making authority over this subject-matter in a body of generalist judges sitting in court who will need evidence of every last thing. Rather, Parliament chose to vest decision-making authority in the Public Service Commission, including investigators employed by it—a body acting within a specialized area of employment, armed with expert appreciation of the nature and functioning of this area.

The Commission knows the skills and capabilities of people who apply for various types of public service positions and the operational needs and pressures bearing upon a staffing decision. From this, the Commission can determine whether an advertising process likely would have found qualified candidates for the position in a timely way.

To insist that the Commission have the sort of evidence a court would require on every element of this determination is to ossify and over-judicialize a process that Parliament intended to be fair and more informal, one enriched by knowledge and insights built from years of administrative specialization and expertise. We should not depart from the decades-old principle of administrative law that “[t]he purposes of beneficent legislation must not be stultified by unnecessary judicialization”: *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355 at p. 373, 21 O.R. (2d) 292 at p. 310 (C.A.).

(*Canada (Attorney General) v. Shakov*, 2017 FCA 250, at paragraphs 94–96 (dissenting, but the majority not disagreeing with the legal principle).)

[89] Even accepting for argument’s sake that the Competition Tribunal can sometimes draw on its own experience and expertise to make certain assessments

[88] Dans une autre affaire, je formule la question de la façon suivante :

Point n’était besoin pour l’enquêtrice [de la Commission de la fonction publique] de disposer d’une preuve [montrant que, si un poste vacant dans la fonction publique était annoncé, des personnes poseraient leur candidature]. Le législateur n’a pas conféré le pouvoir décisionnel en la matière à un corps de juges généralistes exigeant, du prétoire, des preuves de chaque élément. Le législateur a choisi de conférer ce pouvoir à la Commission de la fonction publique — et, par extension, aux enquêteurs qu’elle emploie —, un organe compétent dans le domaine spécialisé de l’emploi, disposant de connaissances expertes de la nature et des rouages de ce domaine.

La Commission connaît les aptitudes des personnes qui postulent à des emplois variés au sein de la fonction publique et les exigences et tensions opérationnelles qui interviennent dans une décision de dotation. Ainsi, la Commission est à même de décider si un concours annoncé aurait généré des candidats qualifiés à bref délai.

En insistant que la Commission dispose d’une preuve de la nature de celle qu’une cour de justice exigerait relativement à chaque élément d’une telle conclusion, on ossifie et on judiciaire à outrance une procédure que le législateur voulait au contraire équitable et souple, une procédure qui bénéficie de connaissances et perspectives découlant d’années de spécialisation administrative et d’expertise. Nous ne devrions pas nous écarter du principe de droit administratif, vieux de nombreuses décennies, selon lequel [TRADUCTION] « [l]es objets d’une loi conférant des avantages ne doivent pas être compromis par une judiciarisation excessive » (*Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355, p. 373, 21 O.R. (2d) 292, p. 310 (C.A.)).

(*Canada (Procureur général) c. Shakov*, 2017 CAF 250, paragraphes 94 à 96 (motifs dissidents, mais la majorité n’est pas en désaccord avec le principe juridique).)

[89] Même si on accepte pour les besoins de la discussion que le Tribunal de la concurrence puisse parfois s’inspirer de sa propre expérience et expertise pour

in certain circumstances, I am not persuaded that the Competition Tribunal could do so here on its own or by adopting its earlier decisions on this issue.

[90] I accept that the Competition Tribunal might be in a position to accept in a general way that third party sources *might* have a fear of reprisal if they assist the Commissioner in an investigation. But the Competition Tribunal is in no position to make definitive conclusions without evidence about the Commissioner's relationship with third party sources if the class privilege is not recognized. In particular, without evidence it cannot conclude that the fear of reprisal *actually* exists, third party sources *will* be less inclined to assist, and the Commissioner *will* be prevented from carrying out his investigation and enforcement mandate under the *Competition Act*.

[91] The knowledge about third parties' possible fear of reprisal if they cooperate lies with the Commissioner that deals with third party sources, not the Competition Tribunal. From its legislative mandate and the cases it hears, the Competition Tribunal is not well placed to know whether third party sources are reluctant to complain to the Commissioner. But the Commissioner is. It was incumbent on the Commissioner to adduce evidence on this point and allow the Airport Authority to test it.

[92] The Competition Tribunal's decision in this case and the Tribunal decisions it relies upon all assume that a public interest class privilege is necessary in order to cause third party sources to come forward and be candid. But in another public interest privilege context, the Supreme Court has cast doubt on the validity of assumptions about the need for candour, particularly where a blanket privilege over a broad class of documents is sought: *Carey*, above, at page 659 of S.C.R., page 178 of D.L.R. In *Carey*, Justice La Forest put it this way (at page 657 of S.C.R., page 176 of D.L.R.):

procéder à certaines appréciations dans certaines circonstances, je ne suis pas convaincu en l'espèce qu'il pouvait le faire de son propre chef ou en suivant ses décisions antérieures sur cette question.

[90] J'admets qu'il se peut que le Tribunal de la concurrence accepte, de façon générale, que des tiers *puissent* craindre des représailles s'ils aident le commissaire dans une enquête. Toutefois, le Tribunal de la concurrence ne peut pas tirer des conclusions définitives en l'absence d'éléments de preuve concernant la relation entre le commissaire et les tiers si le privilège générique n'est pas reconnu. Plus particulièrement, en l'absence d'éléments de preuve, il ne peut pas conclure qu'il existe *réellement* une crainte de représailles, que les tiers *seront* moins enclins à offrir leur aide et que le commissaire *sera* empêché de mener son enquête et de remplir son mandat d'application de la loi en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

[91] C'est le commissaire, étant donné qu'il traite avec les tiers, qui est le mieux placé pour juger des craintes de représailles que ceux-ci peuvent éprouver s'ils collaborent avec lui, et non du Tribunal de la concurrence. Compte tenu de son mandat légal et des affaires qu'il entend, le Tribunal de la concurrence n'est pas bien placé pour savoir si les tiers sont réticents à formuler des plaintes auprès du commissaire, mais ce dernier l'est. Il incombait au commissaire de présenter une preuve à cet égard et de permettre à l'Administration de la vérifier.

[92] La décision du Tribunal de la concurrence dans la présente affaire et les décisions du Tribunal sur lesquelles il s'appuie tiennent toutes pour acquis qu'un privilège générique d'intérêt public est nécessaire pour faire en sorte que les tiers se manifestent et soient francs. Toutefois, dans un autre contexte d'intérêt public, la Cour suprême a mis en doute la validité des suppositions concernant la nécessité de franchise, notamment lorsqu'un privilège générique à l'égard d'une catégorie de documents est demandé (*Carey*, précité, page 659). Dans l'arrêt *Carey*, le juge La Forest s'est exprimé ainsi (page 657) :

I am prepared to attach some weight to the candour argument but it is very easy to exaggerate its importance. Basically, we all know that some business is better conducted in private, but generally I doubt if the candidness of confidential communications would be measurably affected by the off-chance that some communication might be required to be produced for the purposes of litigation. Certainly the notion has received heavy battering in the courts.

[93] In these circumstances, I conclude that it was incumbent on the Commissioner to adduce evidence before the Competition Tribunal establishing the prerequisites of the public interest class privilege. It did not.

[94] The Competition Tribunal found that the class privilege asserted by the Commissioner had “sound policy rationales” (at paragraph 20) based on previously decided jurisprudence. An examination of that jurisprudence, particularly Competition Tribunal jurisprudence, shows only the most general, and often cursory, consideration of the matter, with the possible exception of *Commissioner of Competition v. Sears Canada Inc.*, 2003 Comp. Trib. 19, [2003] C.C.T.D. No. 16 (QL), 28 C.P.R. (4th) 385. Rather, in these cases, the Competition Tribunal should have examined in a rigorous way whether the blanket confidentiality protection afforded by a class privilege—one that protects from disclosure all documents gathered from third party sources in the course of the Commissioner’s investigation—was needed in order to ensure a sufficiently uninhibited sharing of information by third party sources with the Commissioner: see Kent Thomson, Charles Tingley and Anita Banicevic, “Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe: An Experiment Gone Wrong” (2006), 31 *The Advocates’ Quarterly* 67, at page 104.

[95] And “sound policy rationales” are not enough to recognize the class privilege. It will be recalled that the policy rationales supporting a class privilege must be as compelling as those supporting the class privilege over solicitor-client communications and these are extremely compelling, at the level of constitutionally protected interests: see discussion at paragraphs 53–54, above.

Je suis prêt à reconnaître un certain poids à l’argument relatif à la franchise, mais il est bien facile d’en exagérer l’importance. Nous savons tous, au fond, qu’il vaut mieux traiter certaines affaires en privé, mais, en général, je doute que la faible possibilité qu’une communication quelconque puisse avoir à être produite aux fins d’un procès ait un effet appréciable sur la franchise de communications confidentielles. Indubitablement, cette notion a été mise à rude épreuve par les tribunaux.

[93] Dans ces circonstances, je conclus qu’il incombe au commissaire de présenter une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les préalables du privilège générique d’intérêt public, ce qu’il n’a pas fait.

[94] Le Tribunal de la concurrence a conclu, sur le fondement de la jurisprudence, que le privilège générique revendiqué par le commissaire avait de « solides raisons de principe » (paragraphe 20). Toutefois, l’examen de cette jurisprudence, particulièrement celle du Tribunal de la concurrence — à l’exception peut-être de la décision *Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2003 Trib. conc. 19 —, montre uniquement qu’on a procédé à l’examen le plus général, et souvent superficiel, de la question. Dans ces affaires, le Tribunal de la concurrence aurait plutôt dû examiner d’une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique — privilège qui protège contre la divulgation de l’ensemble des documents obtenus de tiers dans le cadre des enquêtes du commissaire — était nécessaire pour assurer une communication de renseignements suffisamment libre par les tiers au commissaire (voir Kent Thomson, Charles Tingley et Anita Banicevic, « Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe : An Experiment Gone Wrong » (2006), 31 *The Advocates’ Quarterly* 67, page 104).

[95] En outre, de « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d’un privilège générique. Il convient de rappeler que les raisons de principe justifiant un privilège générique doivent être aussi sérieuses que celles qui sous-tendent le privilège générique protégeant les communications entre l’avocat et son client, et ces raisons sont extrêmement

[96] The gist of the Competition Tribunal's finding on the alleged public interest class privilege appears in paragraph 62 of its reasons:

By its very nature, the Commissioner's mandate and statutory functions require the collection of commercially sensitive information from businesses and actors in various sectors of the economy. In undertaking his investigations of alleged anti-competitive conduct, the Commissioner requires the input from the industry and from various players in the marketplace, including customers, suppliers and competitors of persons under investigation. The Commissioner thus relies on the cooperation of these third parties and on information provided by them, either voluntarily or through compulsion. Disputed matters coming before the Tribunal, such as applications challenging an alleged abuse of dominance, mergers alleged to be anti-competitive or civil arrangements between competitors, involve situations where customers, suppliers and competitors in the marketplace may be at a commercial disadvantage *vis-à-vis* the respondents targeted by the Commissioner. Protecting their identities and information through public interest privilege claims reduces the risk of witness intimidation or reluctance to provide information, and thus preserves the effectiveness of the Competition Bureau's investigations. To gain and secure this cooperation, sources of information must not be concerned about fear of reprisal in the marketplace or other potential adverse consequences, and must be satisfied that their information will be kept in confidence and their identities will not be exposed, unless they are called as witnesses. This is true whether the information is provided voluntarily or pursuant to a Section 11 order.

[97] In my view, this is nothing more than an expression that a class privilege would be desirable in increasing the flow of useful information to the Commissioner. Nowhere does the Competition Tribunal find that blanket confidentiality protection is necessary for the preservation of the relationship or the continuance of the information flow. As we shall see in the next section of

impérieuses puisqu'elles tiennent de droits protégés par la Constitution (voir l'analyse aux paragraphes 53 et 54).

[96] L'essentiel de la conclusion du Tribunal de la concurrence sur le privilège générique d'intérêt public revendiqué figure au paragraphe 62 des motifs de sa décision :

Par sa nature même, le mandat du commissaire et ses fonctions de nature législative nécessitent l'obtention de renseignements commercialement délicats auprès d'entreprises et d'intervenants dans divers secteurs de l'économie. Lorsqu'il ouvre une enquête sur le fondement d'allégations d'agissements anticoncurrentiels, le commissaire doit obtenir la participation de l'industrie et des divers intervenants sur le marché, dont les clients, les fournisseurs et les concurrents des personnes visées par l'enquête. Le commissaire se fonde donc sur la coopération de ces tierces parties et sur les informations qu'elles fournissent, volontairement ou sous contrainte. Les affaires contestées dont le Tribunal est saisi, comme les demandes contestant une allégation d'abus de position dominante, les fusions que l'on allègue être anticoncurrentielles ou des ententes civiles conclues entre concurrents, mettent en cause des situations où les clients, les fournisseurs et les concurrents dans le marché peuvent être en position de désavantage commercial à l'égard des parties intimées qui sont ciblées par le commissaire. La protection de leur identité et de leurs informations par la voie de revendications d'un privilège de l'intérêt public réduit le risque que les témoins soient intimidés ou qu'ils répugnent à fournir des informations, et préserve donc l'efficacité des enquêtes menées par le Bureau de la concurrence. Pour que celui-ci obtienne et assure cette coopération, les sources d'information ne doivent pas éprouver une crainte de représailles dans le marché ni songer à d'autres conséquences préjudiciables potentielles, et doivent être convaincues que leurs informations seront tenues confidentielles et que leur identité ne sera pas exposée, à moins qu'elles ne soient appelées à témoigner. Tel est le cas, peu importe que les renseignements soient fournis volontairement ou en conformité avec une ordonnance fondée sur l'article 11.

[97] À mon avis, le Tribunal indiquait uniquement qu'un privilège générique serait souhaitable en vue d'accroître la quantité de renseignements utiles que reçoit le commissaire. Il ne conclut aucunement que la protection générale de la confidentialité est nécessaire à la préservation de la relation ou au maintien de la quantité de renseignements reçus. Comme nous le verrons dans

these reasons, even if the Competition Tribunal could have acted without evidence I doubt that it could have made such a finding.

– IV –

[98] Even putting aside the absence of a satisfactory evidentiary record and taking the Commissioner's submissions at face value, the Commissioner has not established that blanket confidentiality protection is absolutely necessary for the preservation of the relationship. The Commissioner falls short in a number of respects.

[99] The relationship between the Commissioner and third party sources very much depends upon the circumstances, the type of assistance sought and the nature of the particular investigation. For example, sometimes cooperation from a third party source is voluntary; other times it is not. In such circumstances, a rigid class privilege is inapt; a case-by-case or document-by-document privilege may be more appropriate: see *National Post*, at paragraphs 43 and 47–49 and *Bisaillon*, above, at pages 97–98; and see the discussion in these reasons at paragraph 55, above. Perhaps due to the fact that a determination of public interest privilege often depends on the specific circumstances and particular documents in issue, some opine that while public interest privilege is possible on a case-by-case basis, a public interest class privilege is not: Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (looseleaf Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2017), at §3.20; of interest is that these commentators are aware that the Commissioner asserts a public interest class privilege (see Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (looseleaf Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2017), at §3.50.50).

[100] The class privilege the Commissioner asserts applies even in the case of evidence it compels from third parties under section 11 of the *Competition Act*. When a witness is compelled to cooperate fully with an investigation, there is far less need to motivate a party to come forward or be any more forthcoming in providing

la prochaine section des présents motifs, même si le Tribunal de la concurrence avait pu agir en l'absence de preuve, je doute qu'il aurait pu tirer une telle conclusion.

– IV –

[98] Même s'il était fait abstraction de l'absence de dossier de preuve convaincant et que les observations du commissaire étaient acceptées d'emblée, celui-ci n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité est absolument nécessaire à la préservation de la relation. Les arguments présentés par le commissaire sont contestables à plusieurs égards.

[99] La relation entre le commissaire et les tiers dépend en grande partie des circonstances, du type d'aide recherché et de la nature de l'enquête particulière. Par exemple, la collaboration d'un tiers peut être volontaire comme involontaire. Dans de telles circonstances, un privilège générique strict est inadéquat, et un privilège au cas par cas ou document par document pourrait s'avérer plus approprié (voir *National Post*, paragraphes 43 et 47 à 49, et *Bisaillon*, précité, pages 97 et 98; voir également l'analyse au paragraphe 55 des présents motifs). Peut-être parce qu'une décision relative à un privilège d'intérêt public dépend souvent des circonstances particulières et des documents particuliers en cause, d'aucuns sont d'avis que, bien qu'un privilège d'intérêt public soit possible au cas par cas, un privilège générique d'intérêt public ne l'est pas (Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2006 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 2017), § 3.20; il est intéressant de souligner que ces auteurs savent que le commissaire revendique un privilège générique d'intérêt public (voir Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2006 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 2017), § 3.50.50).

[100] Le privilège générique que revendique le commissaire s'applique même dans le cas d'éléments de preuve qu'il obtient de tiers par suite d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Lorsque l'on ordonne à un témoin de collaborer pleinement à une enquête, il est loin d'être

evidence: the candour rationale for protection is markedly reduced or, in some situations, even eliminated. In the words of one commentator, “if [an] agency can obtain ... information by compulsion of statute then the sources cannot be said to ‘dry up’ if the confidentiality is breached”: T.G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora, Ont: Canada Law Book, 1990, at page 56.

[101] Similarly, the class privilege is said to apply regardless of whether any promise or undertaking of confidentiality was made to persons with information and documents and whether they relied upon any such promise or undertaking in providing documents and information. This makes no sense:

Where the information is provided to government agencies by outsiders, there is a greater prospect that the providers of that information may be less frank or will not provide the information at all if there is a prospect of disclosure. Of course, where no expectation of confidentiality exists, the candour argument is without merit. [Emphasis added; footnote omitted.]

(Lederman, above, at page 1079; see also *Gruenke*, at pages 291–292 of S.C.R., page 691 of W.W.R.)

[102] Indeed, there is material suggesting that those providing information to the Commissioner can never have any assurance or expectation of confidentiality. In proceedings before the Competition Tribunal, the Commissioner has consistently taken the view that “anyone providing information to the [Commissioner] either voluntarily or pursuant to an order under section 11 [of the Act] must expect that such information may be used by the [Commissioner] in the administration of the Act including the bringing of applications before this Tribunal under the Act”: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, at page 316 (Comp. Trib.).

aussi nécessaire de l’encourager à se manifester ou à faire preuve de plus franchise dans son témoignage : la raison d’être de la protection — la franchise — est considérablement réduite, voire éliminée, dans certaines situations. Pour reprendre les termes d’un auteur, [TRADUCTION] « si [un] organisme peut obtenir [...] des renseignements par l’effet contraignant d’un texte législatif, on ne saurait dire que les sources “s’assèchent” en cas de manquement à la confidentialité » (T.G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 1990, page 56).

[101] De manière semblable, le privilège générique est censé s’appliquer sans égard au fait qu’on ait promis aux personnes en possession des renseignements et des documents de protéger la confidentialité ou qu’on ait pris un engagement en ce sens et sans égard à la question de savoir si ces personnes se sont fondées sur de telles promesses ou de tels engagements pour fournir les documents et les renseignements, ce qui n’a aucun sens :

[TRADUCTION] Lorsque les renseignements sont fournis à des organismes gouvernementaux par des tiers, il y a de plus grandes chances que les personnes qui fournissent ces renseignements puissent être moins franches ou qu’elles ne fournissent pas les renseignements s’il y a une possibilité de divulgation. Bien entendu, lorsqu’il n’y a aucune attente en matière de confidentialité, l’argument relatif à la franchise est sans fondement. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

(Lederman, précité, page 1079; voir aussi *Gruenke*, pages 291 et 292.)

[102] En fait, selon certains documents, les personnes qui fournissent des renseignements au commissaire ne peuvent jamais avoir de garanties ou d’attentes en matière de confidentialité. Dans les procédures devant le Tribunal de la concurrence, le commissaire a toujours adopté le point de vue selon lequel quiconque lui fournit des renseignements, volontairement ou en application d’une ordonnance rendue en vertu de l’article 11 de la Loi, doit s’attendre à ce que ces renseignements puissent être utilisés par lui pour appliquer la Loi, y compris pour présenter une demande devant le Tribunal en vertu de la Loi (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, page 316 (Trib. conc.)).

[103] Further, as the facts of this case demonstrate, the alleged public interest class privilege, if asserted by the Commissioner, is waivable by the Commissioner and only the Commissioner at any time. Thus, there is no assurance of confidentiality. This differs from the informer class privilege, which the law recognizes. Informer class privilege belongs jointly to the Crown and to the informer and cannot be waived without the informer's consent: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, at paragraph 15.

[104] Further, the purported scope of the privilege—"records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner's investigations"—is unnecessarily broad and detached from the compelling public interest asserted by the Commissioner. At the very least, there must be some nexus between these documents and the identity of a third party source and/or information provided by those third party sources to be captured by any public interest privilege. If a document emanates from outside of the purportedly essential relationship between the Commissioner and third party sources, there is no need for the privilege to attach.

[105] In these circumstances, measures falling short of a blanket class privilege might suffice to protect the confidentiality interests and preserve the relationship between the Commissioner and third party sources who can assist his investigation. For example, it may be possible for confidentiality to be protected by redactions of documents, undertakings of confidentiality, sealed volumes of documents, or *in camera* sessions.

[106] At the hearing of this appeal, we asked the parties whether any other regulator, competition or otherwise, domestic or foreign, has found it necessary to assert the sort of class privilege the Commissioner seeks here. The parties were unable to identify even one. Nor is this Court aware of any.

[107] In particular, American, European, Australian and New Zealand competition authorities have not

[103] En outre, comme les faits de la présente espèce le démontrent, si le commissaire avait le pouvoir d'exercer le privilège générique d'intérêt public qu'il revendique, il pourrait aussi y renoncer à tout moment — à sa seule discrétion. Il n'y aurait donc aucune garantie de confidentialité, contrairement au privilège générique de l'indicateur de police. Ce privilège, reconnu par le droit, appartient conjointement à la Couronne et à l'indicateur, et la première ne peut y renoncer sans le consentement du second (*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, paragraphe 15).

[104] De plus, la portée alléguée du privilège, soit les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d'enquêtes [qu'il a] menées », est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux revendiqué par le commissaire. Il doit y avoir à tout le moins un certain lien entre les documents et l'identité des tiers ou les renseignements fournis par eux pour que ces documents soient visés par un privilège d'intérêt public. Si le document ne provient pas d'une relation censément essentielle entre le commissaire et des tiers, il n'y a pas lieu d'y rattacher un privilège.

[105] Dans ces circonstances, des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité et à préserver la relation entre le commissaire et les tiers qui peuvent l'aider dans ses enquêtes. Par exemple, il est possible de protéger la confidentialité en caviardant des documents, en s'engageant à la confidentialité, en scellant des volumes de documents ou en tenant des séances à huis clos.

[106] À l'audience sur le présent appel, nous avons demandé aux parties si d'autres organismes de réglementation, en matière de concurrence ou autre, nationaux ou étrangers, avaient jugé qu'il était nécessaire de reconnaître le genre de privilège générique que le commissaire revendique en l'espèce. Les parties n'ont pu en nommer un seul. Notre Cour n'en connaît pas non plus.

[107] En particulier, les autorités états-uniennes, européennes, australiennes et néo-zélandaises en matière

found it necessary to recognize a class privilege over information and documents supplied by third parties. Like the Commissioner here, these authorities gather sensitive information from customers, suppliers and competitors of the party under investigation, with every possibility of retaliation against them for supplying the information. The same is true for domestic agencies which regulate fields such as securities, tax, the environment, human rights and occupational health and safety. All these competition authorities and domestic regulators are able to conduct investigations and make orders without the benefit of a class privilege over information and documents supplied by third parties.

[108] In my view, this is a salient legal consideration to be taken into account when assessing whether a class privilege should be recognized. The Supreme Court has suggested that the experience of foreign jurisdictions and whether they have recognized a class privilege in other circumstances should be examined when considering whether to recognize a class privilege: see discussion earlier in these reasons at paragraph 55 and *National Post*, at paragraphs 43, 47–48. These considerations go directly to the issue whether blanket confidentiality protection is necessary or warranted for the preservation of the relationship between the Commissioner and third party sources.

[109] Contrary to this, the Competition Tribunal considered that the experience of foreign competition authorities and domestic regulators was of “no moment” (paragraph 20). This was a legal error.

– V –

[110] The Commissioner attempts to support the existence of the alleged class privilege by suggesting that he does not cause any procedural unfairness. The Commissioner reviews the documents covered by the class privilege and exercises his discretion to provide the documents necessary to fulfil his procedural fairness

de concurrence n’ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l’égard des renseignements et des documents fournis par des tiers. Comme le commissaire, ces autorités recueillent des renseignements sensibles auprès de clients, de fournisseurs et de concurrents de la partie visée par l’enquête, chacun s’exposant à des représailles pour avoir fourni ces renseignements. Il en va de même des organismes nationaux qui réglementent des domaines comme les valeurs mobilières, l’impôt, l’environnement, les droits de la personne ou la santé et la sécurité au travail. Toutes ces autorités en matière de concurrence et tous ces organismes de réglementation nationaux sont en mesure de mener des enquêtes et de rendre des ordonnances sans jouir d’un privilège générique protégeant les renseignements et les documents fournis par des tiers.

[108] À mon avis, il s’agit d’une considération juridique prépondérante dans l’appréciation de la question de savoir si un privilège générique devrait être reconnu. Selon la Cour suprême, lorsqu’ils sont appelés à décider s’il convient de reconnaître un privilège générique, les tribunaux devraient tenir compte de l’expérience des ressorts étrangers et chercher à savoir si on a reconnu dans ces ressorts un privilège générique dans d’autres circonstances (voir l’analyse au paragraphe 55 des présents motifs et *National Post*, paragraphes 43, 47 et 48). Ces considérations visent directement la question de savoir si une protection générale en matière de confidentialité est nécessaire ou justifiée pour la préservation de la relation entre le commissaire et des tiers.

[109] Le Tribunal de la concurrence a jugé à l’inverse que l’expérience des autorités étrangères en matière de concurrence et des organismes de réglementation nationaux était « sans importance » (paragraphe 20). Il s’agit d’une erreur de droit.

– V –

[110] Pour étayer l’existence du privilège générique revendiqué, le commissaire fait valoir que celui-ci n’est source d’aucun manquement à l’équité procédurale. Le commissaire examine les documents visés par le privilège générique et exerce son pouvoir discrétionnaire de fournir les documents nécessaires pour s’acquitter

obligations. Respondents to competition proceedings brought by the Commissioner receive summaries of the information supplied by third party sources and, later, witness statements if any third party sources are called to testify. Concerns about the adequacy of the summaries can be brought before the Competition Tribunal. Further, if the Commissioner intends to rely on a privileged document at a hearing, it must disclose the document: subsection 68(1) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141.

[111] As an illustration of fairness, the Commissioner points to what it did in this case. While some 9 500 documents were covered by the public interest privilege, the Commissioner exercised his discretion to waive the privilege over roughly 8 300 of these documents and disclose them to the respondent. Summaries of undisclosed documents were vetted and provided to the Airport Authority.

[112] As the discussion of case law above shows, the recognition of a class privilege does not depend on whether the beneficiary of the privilege is prepared to act fairly. And the Commissioner cannot defend a class privilege on the basis that it does not create procedural unfairness if there is no sufficient, proven reason for the class privilege to exist in the first place. In any event, fairness is in the eye of the beholder: the Airport Authority believes that the withholding of the 1 200 documents is working unfairness.

[113] There is something to this. If the class privilege urged by the Commissioner is recognized, something incongruous emerges: Competition Tribunal proceedings are subject to procedural fairness obligations at the highest level, akin to court proceedings, yet the Commissioner can unilaterally assert a class privilege and withhold all documents obtained from third parties in his investigation—here, the entire case against the Airport Authority—unless the Commissioner unilaterally decides to waive the privilege over some of the documents. Thus, as far as disclosure of the case

de ses obligations d'équité procédurale. Les défendeurs dans des procédures en matière de concurrence intentées par le commissaire reçoivent des résumés des renseignements fournis par les tiers et, ultérieurement, les déclarations des témoins si des tiers sont appelés à témoigner. Si des questions sont soulevées quant au caractère adéquat des résumés, elles peuvent être portées à l'attention du Tribunal de la concurrence. De plus, si le commissaire a l'intention de se fonder sur un document protégé à l'audience, il doit divulguer le document (paragraphe 68(1) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141).

[111] Pour illustrer l'équité du processus, le commissaire a souligné ce qu'il a fait en l'espèce. Quelque 9 500 documents étaient visés par le privilège d'intérêt public, mais le Commissaire a exercé son pouvoir discrétionnaire pour renoncer au privilège sur environ 8 300 de ces documents et les divulguer à la partie défenderesse. Les résumés des documents non divulgués ont été vérifiés et fournis à l'Administration.

[112] Comme le montre l'analyse de la jurisprudence effectuée précédemment, la reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement. Le commissaire, par ailleurs, ne peut pas défendre un privilège générique au motif qu'il n'est pas source de manquements à l'équité procédurale s'il n'existe aucun motif suffisant et établi justifiant l'existence du privilège générique en premier lieu. Quoi qu'il en soit, l'équité est affaire de point de vue : l'Administration estime que la non-divulgence des 1 200 documents est un exemple flagrant de manquement à l'équité.

[113] L'Administration n'a peut-être pas totalement tort. Si le privilège générique auquel prétend le commissaire était reconnu, il en ressortirait quelque chose d'incongru : les instances du Tribunal de la concurrence seraient assujetties à des obligations d'équité procédurale des plus élevées, analogues à celles des instances judiciaires; or, le commissaire pourrait revendiquer unilatéralement un privilège générique et retenir tous les documents obtenus de tiers dans son enquête — en l'espèce, l'intégralité de la preuve contre l'Administration —, à moins qu'il ne décide unilatéralement de renoncer

against the party whose conduct is impugned is concerned, that party gets only what the Commissioner deigns to give it. And requests for more disclosure may well be dismissed by the Competition Tribunal because, on the authority of a decision by this Court upholding the class privilege, the interests in confidentiality supporting the class privilege will be seen to be very high. Perhaps summaries of withheld documents might be provided. But by definition, summaries leave information out. What may seem innocuous or irrelevant to the preparers of the summaries may be critical to the party whose conduct is impugned. And the actual documents authored by participants in the matters under investigation are often more useful for cross-examination than summaries prepared by non-participants. This entire scenario is fraught with the potential of interference with procedural fairness rights and the truth-finding function of the proceedings: see discussion earlier in these reasons at paragraphs 28–33.

[114] The Commissioner's submission that he has acted fairly by disclosing so many documents and by providing summaries is also telling in a related way. After conducting a document-by-document review of the documents covered by the alleged class privilege in this case, the Commissioner found that confidentiality was unnecessary for 86 percent of them and so it disclosed these documents. As for the others, it says that some information can be disclosed by summaries. This tends to show a number of things:

- the blanket 100 percent confidentiality coverage of a class privilege is unnecessary for maintaining the relationship between the Commissioner and third party sources;
- a case-by-case public interest privilege—one that the Supreme Court says gives “the necessary flexibility to weigh up and balance competing public interests in a context-specific manner”,

au privilège sur certains des documents. Il s'ensuivrait que, en ce qui concerne la divulgation de la preuve contre la partie dont la conduite est attaquée, cette partie obtiendrait uniquement ce que le commissaire daignerait lui donner. De plus, les demandes de divulgation d'autres documents pourraient très bien être rejetées par le Tribunal de la concurrence, car, en vertu d'une décision de notre Cour confirmant le privilège générique, les droits à la confidentialité donnant lieu au privilège générique seraient perçus comme étant très importants. Des résumés des documents non divulgués pourraient être fournis. Cependant, par définition, les résumés omettent des renseignements. Ce qui peut sembler anodin ou non pertinent aux personnes qui préparent les résumés peut s'avérer essentiel pour la partie dont la conduite est attaquée. Les documents originaux rédigés par les acteurs de l'affaire faisant l'objet de l'enquête sont souvent plus utiles pour les contre-interrogatoires que les résumés préparés par des personnes qui y sont étrangères. Tout ce scénario foisonne en manquements potentiels au droit à l'équité procédurale et à la fonction de recherche de la vérité de l'instance (voir l'analyse aux paragraphes 28 à 33 des présents motifs).

[114] L'argument du commissaire selon lequel il a agi équitablement en divulguant un si grand nombre de documents et en fournissant des résumés est également révélateur à sa manière. Après avoir examiné un par un les documents visés par le privilège générique revendiqué en l'espèce, le commissaire a conclu que la confidentialité était inutile pour 86 p. 100 d'entre eux et il les a donc divulgués. Pour ce qui est des autres documents, il affirme que certains renseignements peuvent être divulgués par des résumés. Cela tend à démontrer un certain nombre de choses :

- il est inutile que le commissaire bénéficie d'un privilège générique assurant la confidentialité de la totalité des documents pour maintenir sa relation avec les tiers;
- un privilège d'intérêt public au cas par cas — privilège qui, selon la Cour suprême, donne « un mécanisme suffisamment flexible pour soupeser et mettre en balance les intérêts publics

where established on the evidence, may be more appropriate: *National Post*, at paragraph 51; in any event, a class privilege that is so significantly whittled down through waiver after a document-by-document review is no more effective in maintaining the relationship between the Commissioner and third party sources than a case-by-case, document-by-document public interest privilege;

- other lesser measures to protect confidentiality and the relationship between the Commissioner and third party sources, even short of asserting a public interest privilege, may be more appropriate for many of the documents, such as redactions, non-disclosure undertakings, sealed volumes or in camera portions of proceedings.

[115] For the foregoing reasons, I conclude that the Commissioner has not established that there is a class privilege preventing disclosure of the 1 200 remaining documents. If, as a policy matter, the Commissioner considers that there ought to be a class privilege over information and documents supplied by third party sources during his investigations, he can ask Parliament for it.

[116] It follows that the Competition Tribunal erred in law in finding a class privilege and, thus, erred in dismissing the Airport Authority's motion on that basis.

F. Where does this leave the parties?

[117] Because the Competition Tribunal found the presence of a public interest class privilege over the 1 200 remaining documents, it did not assess whether any of them are covered by a case-by-case or document-by-document public interest privilege. Under the disposition of this appeal I propose below, the motion will be remitted to the Competition Tribunal for redetermination. The Airport Authority agrees that in the redetermination the Commissioner should have

contradictaires, selon le contexte » —, lorsqu'il est établi par la preuve, peut s'avérer plus approprié (*National Post*, paragraphe 51); d'ailleurs, un privilège générique affaibli à ce point par une renonciation après un examen document par document n'est pas plus efficace pour le maintien de la relation entre le commissaire et les tiers qu'un privilège d'intérêt public au cas par cas, document par document;

- d'autres mesures de moindre envergure visant à protéger la confidentialité et la relation entre le commissaire et des tiers, même si elles sont loin de s'apparenter à un privilège d'intérêt public, peuvent s'avérer plus appropriées pour de nombreux des documents; mentionnons, par exemple, le caviardage, les engagements à la non-divulgateion, les volumes scellés ou le huis clos pour certaines parties de l'instance.

[115] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le commissaire n'a pas établi qu'il existe un privilège générique qui empêche la divulgation des derniers 1 200 documents. Si le commissaire estime que, par principe, il devrait exister un privilège générique à l'égard des renseignements et des documents fournis par des tiers pendant ses enquêtes, il peut s'adresser au législateur.

[116] Il s'ensuit que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit en reconnaissant un privilège générique et, par conséquent, qu'il a erronément rejeté la requête de l'Administration pour ce motif.

F. Où cela mène-t-il les parties?

[117] Étant donné que le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence d'un privilège générique d'intérêt public à l'égard des 1 200 documents restants, il n'a pas examiné si l'un ou l'autre de ces documents était visé par un privilège d'intérêt public au cas par cas ou document par document. Selon le dispositif du présent appel que je propose ci-dessous, la requête sera renvoyée au Tribunal de la concurrence pour nouvelle décision. L'Administration convient que, dans le réexamen de

an opportunity to argue for privilege over individual documents.

[118] In considering whether a particular document should be covered by a case-by-case or document-by-document public interest privilege, the Competition Tribunal will wish to follow the legal test discussed earlier in these reasons. In assessing the interests of confidentiality and the extent to which they are sufficiently compelling, the Competition Tribunal should consider whether alternative, lesser means of protecting the relevant confidentiality interests are available, such as redacting portions of individual documents, undertakings of confidentiality, protective orders, sealed volumes of documents, *in camera* sessions, and other effective measures that might be devised: see, e.g., the creative and detailed sealing order made in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

G. Proposed disposition

[119] I would allow the appeal, and set aside the order of the Competition Tribunal, including its award of costs. I would award the Airport Authority its costs of the appeal. I would remit the motion to the Competition Tribunal for redetermination in accordance with these reasons.

BOIVIN J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

l'affaire, le commissaire devrait avoir la possibilité de débattre de la question du privilège à l'égard de documents individuels.

[118] Pour déterminer si un document particulier devrait être visé par un privilège d'intérêt public au cas par cas ou document par document, le Tribunal de la concurrence cherchera à suivre le critère juridique dont il a été question dans les présents motifs. Pour évaluer les droits à la confidentialité et la mesure dans laquelle ils sont suffisamment sérieux, le Tribunal de la concurrence devrait examiner s'il est possible d'avoir recours à des moyens de moindre envergure protégeant les droits pertinents à la confidentialité, comme le caviardage de passages de certains documents, des engagements en matière de confidentialité, des ordonnances conservatoires, la mise de volumes de documents sous scellés, la tenue de séances à huis clos ou d'autres mesures efficaces qui pourraient être élaborées (voir, par exemple, l'ordonnance de mise sous scellés créative et détaillée rendue dans *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281).

G. Dispositif proposé

[119] J'accueillerais l'appel et j'annulerais l'ordonnance du Tribunal de la concurrence, y compris l'adjudication des dépens. J'accorderais à l'Administration les dépens de l'appel. Je renverrais la requête au Tribunal de la concurrence pour qu'il rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs.

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.