

VU LA
LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES
L.N.-B. 2004, ch. S-5.5

- et -

DANS L'AFFAIRE DE

**PIERRE EMOND, ARMEL DRAPEAU et JULES BOSSÉ
(INTIMÉS)**

Dates d'audition de la motion :

Le 21 avril 2011
Le 9 mai 2011

Date des motifs de la décision sur la motion préliminaire (partie 2) : Le 19 juillet 2011

Comité d'audience

Guy G. Couturier, c.r., président du comité

Anne La Forest, membre du comité

Céline Trifts, membre du comité

Représentants à l'audience

Jake van der Laan et Mark Wagg

Pour les membres du personnel de la
Commission des valeurs mobilières du
Nouveau-Brunswick

Jack Blackier et Michel Arseneault
Barry Spalding

Pour l'intimé Armel Drapeau

Pierre Emond

En son nom personnel

VU LA
LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES
L.N.-B. 2004, ch. S-5.5

- et -

DANS L'AFFAIRE DE

**PIERRE EMOND, ARMEL DRAPEAU et JULES BOSSÉ
(INTIMÉS)**

MOTIFS DE LA DÉCISION SUR LA MOTION – PARTIE 2

1. CONTEXTE

[1] Le 21 avril 2011, un comité d'audience de la Commission des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick (« la Commission ») a instruit une motion préliminaire (« la motion ») dans la présente affaire. Cette motion avait été déposée à la Commission par l'intimé Armel Drapeau (« Drapeau ») le 29 mars 2011 et demandait des mesures de redressement à l'égard de nombreux points. Le 2 mai 2011, la Commission a publié les motifs de sa décision sur la motion (« les motifs du 2 mai 2011 ») à l'égard de trois des demandes de redressement. Le cadre factuel a été décrit par la Commission sous la rubrique « Contexte » des motifs du 2 mai 2011. La Commission incorpore donc par renvoi à la présente décision les paragraphes [1] à [7] de ses motifs du 2 mai 2011.

[2] La quatrième demande de redressement avait pour but d'obtenir une ordonnance enjoignant aux membres du personnel de la Commission (« les membres du personnel ») de procéder à la divulgation non expurgée de tous les documents concernant les allégations contre les intimés en l'espèce.

[3] Pour répondre à cette demande, les membres du personnel ont fourni deux séries de documents à la Commission. D'une part, la Commission a reçu les versions non expurgées des documents qui, selon les membres du personnel, n'avaient pas à être divulgués aux intimés. D'après les membres du personnel, ces documents ne sont pas pertinents, sont protégés par un privilège d'intérêt public ou sont de nature strictement confidentielle. D'autre part, les membres du personnel ont fourni à la Commission des documents expurgés qu'ils allèguent être protégés par le privilège de l'informateur ou par l'effet combiné de celui-ci et d'autres aspects d'un privilège reconnu. Les membres du personnel ont adopté la position selon laquelle les documents non expurgés qui, à leur avis, sont protégés par le privilège de l'informateur ne peuvent pas être consultés non seulement par les intimés, mais aussi par la Commission.

[4] Le 6 mai 2011, la Commission a rendu une décision non motivée rejetant la demande contenue dans la motion de Drapeau qui portait sur la production de la première série de documents par les membres du personnel, mais ordonnant aux membres du personnel de remettre sans délai à la Commission « *les versions non expurgées des documents qui ont été expurgés* », c.-à-d. la deuxième série de documents.

[5] Les versions non expurgées de la deuxième série de documents ont été produites, et elles ont été examinées par la Commission le 9 mai 2011, juste avant l'ouverture de son audience. Au début de l'audience, la Commission a rendu une décision de vive voix et a donné des directives sur la question de ces documents non expurgés. On trouvera ci-dessous les motifs des décisions du 6 et du 9 mai 2011.

[6] Enfin, à titre d'information, il convient d'ajouter que les membres du personnel ont remis un tableau (« le tableau ») à la Commission pour lui permettre de bien comprendre leur position sur la question de la divulgation. Ce document a été déposé en preuve avec le consentement des intimés et il a été coté comme pièce 2. Le tableau décrit avec précision et justifie les diverses modifications apportées par les

membres du personnel avec le numéro de la page de chaque document. Par souci de cohérence et de commodité, la Commission fera surtout mention dans les présents motifs des numéros des éléments expurgés qui figurent au tableau.

2. ANALYSE ET DÉCISION

[7] Les membres du personnel ont fait valoir plusieurs motifs pour justifier leur refus de divulguer les éléments non expurgés. Les voici :

- i. le fait qu'ils ne sont pas pertinents;
- ii. le privilège de l'informateur;
- iii. l'interdiction de les divulguer dans l'intérêt public;
- iv. l'obligation d'en préserver le caractère confidentiel en vertu de la loi.

a) Méthodologie

[8] La Commission a la responsabilité de réviser la décision des membres du personnel d'exercer leur pouvoir discrétionnaire pour refuser de fournir des documents non expurgés. Pour ce faire, la Commission doit examiner les éléments que les membres du personnel ont refusé de divulguer. À l'issue de cet examen, il incombe à la Commission de déterminer les renseignements qui doivent être divulgués, le cas échéant. Comme l'a déclaré l'Alberta Securities Commission dans l'affaire *Arbour Energy Inc.* :¹

[Traduction] Notre tâche ne consiste pas à confirmer ou à rejeter chaque divulgation faite par les membres du personnel, mais plutôt à faire notre propre analyse et à déterminer s'ils avaient ou non l'obligation de divulguer les documents en litige et à donner les directives qui s'imposent en tenant compte du droit et des principes applicables.

¹ 2008 ABASC 143, par. 7.

[9] Comme il a été établi dans l'affaire *Deloitte & Touche LLP c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*,² le processus d'examen doit donner lieu à « une démarche juste, qui permette aux intimés dont les droits sont menacés de répondre aux allégations formulées contre eux tout en protégeant les droits du tiers en matière de respect de la vie privée ».

[10] La première étape de l'examen consiste à évaluer la pertinence. Comme a statué la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Stinchcombe*³ et *Deloitte*, la Commission reconnaît que les membres du personnel sont tenus de divulguer tous les renseignements pertinents aux intimés.

[11] L'obligation réglementaire qu'ont les membres du personnel de divulguer leur preuve est prévue à la partie 7 de la Règle locale 15-501 – *Procédure des audiences devant un comité de la Commission* (« RL 15-501 ») :

7(1) Divulgation par le requérant – Dans les meilleurs délais, le requérant dans toute instance, y compris les membres du personnel dans une instance d'exécution, doit remettre à tous les intimés des copies de tous les documents qu'il a l'intention de déposer en preuve au cours de l'instance.

7(3) Privilège – Nulle obligation de divulgation ne s'applique à un renseignement protégé par un privilège.

7(6) Common Law – Rien dans la présente partie ne dispense les membres du personnel de s'acquitter de leurs obligations de divulgation en common law.

[12] Fondamentalement, la Commission s'en tient au principe selon lequel l'information qui n'est pas pertinente n'a pas à être divulguée. Toutefois, si l'information est pertinente, elle doit être divulguée, sauf si elle est protégée en raison d'un privilège ou d'une immunité. La Commission détermine si une information est pertinente en fonction de la preuve dont elle est saisie par rapport à l'exposé des allégations.⁴

² [2003] 2 R.C.S. 713, par. 28.

³ [1991] 3 R.C.S. 326.

⁴ *Deloitte & Touche LLP c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)* [2003] 2 R.C.S. 713, par. 26.

[13] Les membres du personnel invoquent deux catégories de privilège : le privilège d'intérêt public et son dérivé, le privilège de l'informateur. Subsidiairement, les membres du personnel font valoir la légitimité de leur position en invoquant l'obligation de confidentialité ainsi que certaines dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* (« la *Loi* ») et de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée* (« la LDIPVP »).⁵ Nous allons disposer en premier lieu de la question de la pertinence, puis nous allons examiner celle du privilège et de l'obligation de confidentialité.

b) Pertinence

[14] Comme nous l'avons mentionné, la Commission doit en premier lieu déterminer si les éléments dont on demande la divulgation sont pertinents dans le cadre de l'instance.⁶ Étant donné qu'on ne trouve aucune disposition dans la législation qui définit le terme « pertinence », la Commission doit s'en remettre à la jurisprudence applicable. L'un des arrêts-clés à ce sujet est la décision *R. c. Stinchcombe*. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, le juge Sopinka, de la Cour suprême du Canada, a énoncé ce qui est devenu la norme en matière de pertinence quant à la divulgation de renseignements dans les affaires de droit criminel :

Si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une certaine utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve.⁷

[15] Dans l'affaire *Deloitte*, cette notion a été mise en contexte afin de la rendre applicable aux instances en droit des valeurs mobilières. Elle est utile pour les besoins de l'analyse que nous sommes appelés à faire en l'espèce. Aux paragraphes 40 et 41 de sa décision dans cette affaire, la Cour d'appel a entériné le raisonnement ci-dessous qui avait été énoncé par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario :

⁵ L.N.-B., ch. R-10.6.

⁶ *R. v. Thomas*, 1998 CarswellOnt 1331, par. 10.

⁷ 1991 3 R.C.S. 326.

[Traduction] [40] *Les documents pertinents, au sens de l'arrêt Stinchcombe, supra, comprennent les documents dont les membres du personnel ont la possession ou le contrôle et dont ils entendent se servir pour établir leur preuve contre les intimés appartenant à la société Philip. Les documents pertinents comprennent aussi ceux qui sont en possession des membres du personnel et qui peuvent raisonnablement influencer sur la capacité des intimés appartenant à la société Philip de présenter une défense pleine et entière face aux allégations des membres du personnel. Cette catégorie comprend les documents dont les intimés appartenant à la société Philip pourraient se servir pour réfuter la preuve faite par les membres du personnel, les documents qu'ils pourraient utiliser pour faire valoir une défense et les documents qui pourraient les aider à prendre des décisions tactiques (...).*

[41] *Pour déterminer si les documents en leur possession pourraient raisonnablement être pertinents pour les intimés appartenant à la société Philip, les membres du personnel étaient tenus de faire une interprétation large de la notion de pertinence. Les membres du personnel n'étaient pas au courant des stratégies ou des tactiques de la défense ni des documents en possession des intimés appartenant à la société Philip qui auraient pu changer la signification des documents qui se trouvaient en leur possession. Comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt Dixon, supra, p. 258 :*

Le droit à la communication de tous les documents pertinents est large et vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige.

[16] À cet égard, la Commission est d'avis que le « seuil de la pertinence » doit être fixé à un niveau qui est bas. La pertinence d'un document doit être déterminée en tenant compte de la nature des allégations formulées contre les intimés comme elles sont décrites dans l'exposé des allégations et de la possibilité que le document en question puisse raisonnablement être invoqué en preuve dans le cadre de l'instance. La Commission estime qu'un document n'est pas pertinent s'il a un lien lointain avec l'instance en cours ou s'il ne peut raisonnablement pas être invoqué par les membres du personnel pour faire la preuve de leurs allégations.

[17] Les membres du personnel indiquent dans le tableau et plaident aussi que certains éléments ne seront pas invoqués en preuve en l'espèce. Après avoir examiné les documents en question, la Commission est convaincue que les éléments portant les

numéros 16, 17, 18, 21, 25, 30, 31, 32, 33 et 34 ont été expurgés dans le but d'en supprimer l'identité de certaines personnes ou des questions qui ne sont pas en cause dans la présente instance. La Commission est convaincue, en appliquant le critère du seuil bas en matière de pertinence, que ces éléments ne sont tout simplement pas pertinents en l'espèce et qu'il n'ont pas à être divulgués.

[18] Les éléments qui portent les numéros 24, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 et 46 dans le tableau font état de discussions avec l'Autorité des marchés financiers du Québec concernant principalement le nom d'un cabinet de vérification proposé. Là encore, compte tenu des observations des membres du personnel et de la preuve qui a été faite devant elle, la Commission est convaincue que ces éléments ne sont pas des éléments que les membres du personnel pourraient raisonnablement invoquer pour faire la preuve de leurs allégations. En appliquant le même seuil, la Commission statue que ces éléments ne sont pas pertinents en l'espèce et n'ont pas à être divulgués. À l'exception des éléments susmentionnés, la Commission est d'avis que tous les autres éléments qui ont été expurgés satisfont au critère du seuil de la pertinence.

c) Privilège de l'informateur

[19] Le privilège de l'informateur est celui qui procure le degré de protection le plus élevé contre la divulgation de l'information. Pour réussir à obtenir une décision qui reconnaît le bien-fondé du privilège de l'informateur, la preuve doit être de nature à permettre de conclure que l'identité de la personne doit être tenue secrète pour assurer sa propre protection. Parmi les autres facteurs à prendre en considération, mentionnons le risque de compromettre une enquête en cours ou de révéler des techniques de recherche de renseignements ou le risque de porter préjudice aux intérêts de personnes innocentes, mais ils ne s'appliquent pas en l'espèce.⁸ Invoquant l'arrêt *R. c. Leipert*⁹, les membres du personnel font valoir qu'une fois qu'il a conclu à son existence, le tribunal et, par voie de conséquence la Commission, ne peut pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires. Ce

⁸ R. c. *Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, citant le juge Watt dans l'affaire *R. v. Parmar* (1987), 61 O.R. 2^e, 132.

⁹ [1997] 1 R.C.S. 281.

privilège n'est pas discrétionnaire et doit être appliqué de manière large. La seule exception à la règle du privilège de l'informateur est celle qui concerne la démonstration de l'innocence.¹⁰

[20] Comme nous l'avons fait remarquer au début des présents motifs, les membres du personnel ont refusé dès le départ de divulguer des copies non expurgées des documents qu'ils disaient être protégés par le privilège de l'informateur. Les éléments portant les numéros 1 à 11, 13 à 15, 26 à 29, 37 et 38 dans le tableau n'ont pas été remis à la Commission pour ce motif. Les membres du personnel ont fait valoir que ces éléments expurgés contenaient le nom et les coordonnées d'une personne que les membres du personnel ont qualifié de source confidentielle (« la source »), le nom et les coordonnées d'un investisseur qui, selon les membres du personnel, pourrait permettre d'identifier la source (« l'investisseur »), des renseignements concernant la relation entre l'investisseur et la source et des dates précises qui peuvent mener à l'identité de la source.

[21] Bien que la Commission ne conteste pas la portée ni la nature du privilège de l'informateur, elle remet en question la position des membres du personnel pour ce qui est de savoir qui doit déterminer de façon préliminaire qu'une personne est bel et bien un « informateur ».

[22] Dans l'arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*,¹¹ la Cour suprême du Canada a énoncé une procédure détaillée que doit suivre le juge lorsqu'il est appelé à déterminer si le privilège de l'informateur s'applique. Les membres du personnel remettent en question cette démarche et soutiennent qu'il revient à l'enquêteur, et non à la Commission chargée de statuer sur le fond, de déterminer si une personne est un « informateur ». C'est dans ce contexte que les documents expurgés ont été remis à la Commission.

¹⁰ R. c. *Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 21; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 27-28.

¹¹ 2007 CSC 43.

[23] La démarche décrite à la partie D de l'arrêt *Personne désignée*¹² est fonction des faits de l'affaire *Personne désignée*. Mais cela étant dit, elle a pour but de servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège de l'informateur.¹³ Au paragraphe 46 de cette décision, la démarche prévoit une audition à huis clos afin que le juge « *détermine si la preuve est suffisante pour conclure que la personne est un indicateur confidentiel et, partant, qu'elle peut revendiquer le privilège* ». Ce raisonnement se poursuit au paragraphe 47 que voici :

Il incombe au juge à cette étape d'exiger que les parties lui présentent des preuves qui, tout compte fait, le convaincront que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique.

[24] Pour être convaincue qu'un privilège aussi strict doit s'appliquer, la Commission a besoin d'une preuve pertinente et digne de foi qui lui permettrait de conclure que la personne est un informateur. Il doit également y avoir une démarche qui donne la possibilité à la Commission d'analyser elle-même le rôle de la personne et les éléments de preuve pour déterminer si, comme il est allégué en l'espèce, la source est bel et bien un informateur. Compte tenu de la position adoptée par les membres du personnel, l'accent n'a pas été mis sur la nécessité de fournir à la Commission l'information dont elle aurait eu besoin pour effectuer cette analyse.

[25] En l'espèce, nous disposons seulement de l'affidavit fait sous serment le 14 avril 2011 par l'enquêteur principal, Ed LeBlanc, dans lequel celui-ci affirme que la source a à maintes reprises demandé la confidentialité. Au paragraphe 8 de son affidavit, M. LeBlanc poursuit en résumant la nature de l'information fournie par la source au sujet de l'investisseur, mais il s'agit d'une opinion qui n'est malheureusement pas corroborée. Par conséquent, la preuve est insuffisante, par rapport au fardeau que la Commission estime applicable, pour déterminer que la source est véritablement un informateur.

¹² 2007 CSC 43, par. 45 à 61.

¹³ 2007 CSC 43, par. 44.

d) Privilège

[26] Ayant statué sur la position des membres du personnel quant au privilège de l'informateur, la Commission doit maintenant se pencher sur les autres privilèges de common law qui sont invoqués par les membres du personnel. Les éléments en cause à cet égard sont ceux qui portent les numéros 1 à 11, 13 à 15, 22, 23, 26 à 29 et 35 à 38 dans le tableau.

[27] Les principes applicables en matière de privilège ont été décrits par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. McClure*.¹⁴ Dans cette affaire, la Cour a déclaré ce qui suit : « *Le droit reconnaît qu'un certain nombre de communications méritent d'être gardées confidentielles. La protection de ces communications sert l'intérêt public et elles sont généralement qualifiées de privilégiées* ». Le critère de Wigmore, qui a été appliqué dans l'arrêt *McClure*, est généralement employé pour déterminer quelles communications sont protégées par ce qui est couramment désigné sous le nom de « privilège d'intérêt public » :¹⁵

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

[28] Certains « rapports confidentiels » de cette nature ne font pas l'objet d'un privilège générique, comme le rapport entre un avocat et son client, mais peuvent être protégés selon les circonstances de chaque cas. À titre d'exemples, mentionnons les rapports médecin-patient, psychologue-patient et journaliste-informateur, ainsi que les

¹⁴ 2001 CSC 14, par. 26.

¹⁵ 2001 CSC 14, par. 29.

communications religieuses. En l'espèce, les éléments 22, 23, 35 et 36 remplissent clairement les conditions qui s'appliquent à ce genre de communications.

[29] Les éléments portant les numéros 22 et 23 dans le tableau font état de pourparlers « sous réserve » en vue d'un règlement avec les avocats de groupes qui ne sont pas nommés dans la présente procédure. Après les avoir examinés, la Commission est convaincue que cette information correspond à la description faite par les membres du personnel et répond clairement au critère de Wigmore qui donne ouverture au privilège. Après avoir mis en balance et apprécié les intérêts en jeu, comme l'exige la quatrième condition du critère de Wigmore, la Commission est convaincue qu'il est dans l'intérêt public de protéger ces types de pourparlers « sous réserve » en vue d'un règlement et que cette protection est plus importante que tout préjudice que leur non-divulgence pourrait faire subir aux intimés.

[30] Les membres du personnel font valoir que les éléments 35 et 36 ne doivent pas être divulgués, car ils sont des communications confidentielles entre eux et les membres du personnel de l'Autorité des marchés financiers. Après avoir passé en revue ces éléments, la Commission est également convaincue qu'ils sont protégés par un privilège d'intérêt public et qu'ils remplissent toutes les conditions du critère de Wigmore. Comme l'a fait l'Alberta Securities Commission dans l'affaire *Arbour*,¹⁶ la Commission statue qu'il est légitime d'invoquer l'immunité ou le privilège d'intérêt public pour protéger les communications et l'échange de renseignements entre des organismes de réglementation des valeurs mobilières. De plus, la Commission est d'avis que la nécessité de protéger ces communications l'emporte sur tout préjudice causé au droit des intimés de présenter une défense pleine et entière en réponse aux allégations des membres du personnel.

[31] Les autres éléments à examiner sont ceux qui portent les numéros 1 à 11, 13 à 15, 26 à 29, 37 et 38. Comme nous l'avons fait remarquer auparavant dans la présente décision, à la suite de la directive du 6 mai 2011 de la Commission, les membres du personnel lui ont fourni des versions non expurgées de ces éléments pour qu'elle les

¹⁶ 2008 ABASC 143, par. 108.

examine le 9 mai 2011, juste avant de rendre sa décision orale. Ces éléments contiennent l'identité de la source et celle de l'investisseur.

[32] Bien qu'elle ait refusé de considérer la source comme un informateur, la Commission reconnaît que la source a demandé sans équivoque à maintes reprises que ses communications avec les membres du personnel restent confidentielles. La Commission est également consciente que l'ordre public justifie de protéger l'identité d'une personne qui prend contact avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières sous le sceau du secret. La Commission est d'avis que la position suivante, qui a été énoncée par l'Alberta Securities Commission dans l'affaire *Arbour*,¹⁷ est tout aussi applicable au Nouveau-Brunswick :

[20] Ce genre de document présente un autre aspect que nous considérons important. La Commission est chargée de réglementer le marché financier de l'Alberta dans l'intérêt public afin notamment de protéger les investisseurs et de favoriser la confiance dans le caractère équitable du marché financier. Les communications avec le public font partie intégrante de cette fonction. Les contacts de la part de membres du public, que ce soit pour demander des renseignements, pour faire part de préoccupations ou pour fournir de l'information au sujet d'activités soupçonnées d'être nuisibles dans le marché financier, sont l'un des éléments essentiels de ces communications. Les communications de cette nature (avec les réponses des membres du personnel) peuvent aider, renseigner ou rassurer les appelants. Elles peuvent aussi être utiles au marché financier dans son ensemble, puisqu'elles peuvent aider les membres du personnel à déceler des problèmes ou des cas d'inconduite dans le marché financier et à réagir en conséquence par des communications ciblées, des examens de la conformité, des changements aux lois ou aux politiques sur les valeurs mobilières de l'Alberta ou des enquêtes en bonne et due forme.

[21] Nous considérons qu'il existe des motifs d'intérêt public clairs et importants pour favoriser le type de communications que renferme le document n° 1 sur les contacts de la part du public ainsi que la franchise dans ce genre de communications. Pour ce faire, nous croyons qu'il faut reconnaître et protéger les attentes légitimes et raisonnables des appelants à ce que leurs communications sous cette forme soient tenues secrètes. Le simple fait qu'ils posent des questions ou expriment des inquiétudes aux membres du personnel au sujet de produits d'investissement, de promotions, de personnes ou de compagnies en particulier sous-entend qu'ils ne sont pas à l'aise de le faire directement auprès des personnes ou des compagnies concernées (ou qu'ils n'ont pas réussi à le faire). Les appelants ne devraient pas avoir à s'inquiéter de

¹⁷ 2008 ABASC 143, par. 20 et 21.

la possibilité que leurs communications soient transmises à leur insu ou sans leur permission aux personnes ou aux compagnies qui font l'objet de leurs demandes de renseignements. Plus généralement, si cette attente en matière de respect de la vie privée est trahie, la franchise indispensable dans de telles communications – sinon les communications elles-mêmes – pourrait cesser d'exister. Nous croyons que le « froid » qui en résulterait dans les communications serait préjudiciable à l'intérêt public.

[22] *Donc, dans la mesure où les éléments contestés du document n° 1 pourraient être pertinents – et ils seraient à peine pertinents dans le meilleur des cas –, nous croyons que l'importance de favoriser ces communications d'intérêt public par leur non-divulgaration l'emporte sur toute conséquence qu'aurait la non-divulgaration sur la capacité d'un intimé de présenter une défense pleine et entière en réponse à une allégation contenue dans l'avis d'audience [cf. R. v. Chan, 2002 ABQB 287(CanLII), 2002 ABQB 287, par. 145]. En résumé, les éléments contestés du document n° 1 sont à notre avis le genre de communication qui est protégée à bon escient par l'immunité d'intérêt public. [Traduction]*

[33] Dans la décision qu'elle a rendue de vive voix le 9 mai 2011, la Commission a regroupé les éléments 1 à 11, 13 à 15, 26 à 29, 37 et 38 dans deux catégories en fonction des pages indiquées dans le tableau :

- i. les pages 2, 6, 7, 8, 17, 18 et 26 dans le tableau (dans lesquelles figurent les éléments 4, 9, 11, 13, 15, 26, 28 et 37) qui divulguent l'identité de la source;
- ii. les pages 1, 3, 4, 5 et 27 (dans lesquelles figurent les éléments 1, 2, 6 à 8 et 38) qui divulguent seulement le nom de l'investisseur ainsi que des dates et des renseignements connexes.

Par inadvertance, la Commission a mentionné des numéros de « pages » plutôt que de parler des « éléments » qui figuraient dans les pages, ce qui a prêté à confusion, parce que le nom de l'investisseur ou des renseignements permettant de l'identifier se trouvent aussi aux pages 2, 6, 8 et 18 (les éléments 3, 5, 10, 14, 27 et 29). L'intention de la Commission était de séparer les éléments qui nomment la source des éléments qui nomment l'investisseur. Donc, pour plus de précision, les éléments portant les numéros 4, 9, 11, 13, 15, 26, 28 et 37 qui identifient la source doivent demeurer expurgés, car les modifications apportées à ces éléments protègent des communications qui répondent au critère de Wigmore régissant l'application du privilège d'intérêt public. Si l'information que contient ces éléments était divulguée, la Commission estime que le

préjudice qui serait causé au rapport entre le public et l'organisme de réglementation serait plus important que tout avantage qu'en tireraient les intimés.

[34] Il est plus difficile de déterminer si l'identité de l'investisseur, qui figure dans les éléments portant les numéros 1 à 3, 5 à 8, 10, 14, 27, 29 et 38 dans le tableau, doit être divulguée ou non. Il se peut que le privilège général qui a pour but de protéger l'identité d'un informateur qui en a demandé la confidentialité puisse être élargi pour protéger tout renseignement susceptible de permettre d'identifier l'informateur, y compris le nom d'un investisseur. Mais la preuve ne soutient pas cette conclusion en l'espèce.

[35] Les membres du personnel font valoir que l'information transmise à l'enquêteur, y compris l'identité de l'investisseur, est protégée contre la divulgation en raison d'une « attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ». Pour justifier leur position, ils invoquent le paragraphe 21 de la décision dans l'affaire *Arbour*, que nous avons cité ci-dessus.

[36] La Commission a étudié la documentation qui concerne l'identification de l'investisseur. Elle a tenu compte des observations des membres du personnel et des intimés en ce qui concerne la divulgation de cette information. En particulier, elle a analysé la déposition par affidavit de l'enquêteur Ed LeBlanc,¹⁸ dans laquelle celui-ci déclare que la personne qui a communiqué l'identité de l'investisseur a demandé à de nombreuses reprises que son identité demeure confidentielle.

[37] Nous constatons que le fait que l'identité de l'investisseur n'a pas été fournie n'est pas justifié par une déclaration de la source, mais plutôt par l'interprétation de l'information concernant l'investisseur qui a été faite par M. LeBlanc.

[38] La RL 15-501 contient une présomption en faveur de la divulgation, à moins qu'elle soit interdite par un privilège ou par la common law. La notion « d'immunité d'intérêt public » en common law tire son origine de la théorie de l'expectative

¹⁸ Affidavit du 14 avril 2011 d'Ed LeBlanc, paragraphes 4, 5, 6 et 7.

légitime. Cette théorie a été énoncée dans la décision rendue dans l'affaire *Libbey Canada Inc. v. Ontario (Minister of Labour)*¹⁹ et a été entérinée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Coughlan*. Voici le passage pertinent de cette décision :²⁰

[Traduction] *La théorie de l'expectative raisonnable en droit administratif est fondée sur des notions d'équité. D'une façon générale, ceux qui font affaire avec des organismes et des agences du gouvernement auxquels a été confiée l'autorité d'exercer un pouvoir pour le bien collectif devraient être capables de se fier aux déclarations qui leur sont faites par ces organismes et agences pour gérer leurs affaires en conséquence. Dans certaines circonstances, les tribunaux interviennent en exerçant un contrôle judiciaire lorsqu'un pouvoir public tente de revenir sur une déclaration au détriment de quelqu'un qui s'était fié à cette déclaration. Cependant, l'intervention des tribunaux se limite aux cas d'injustice manifeste. Comme l'a fait remarquer le juge Bingham dans l'affaire *R. v. Board of Inland Revenue Ex Parte M.F.K.*, [1990] 1 All E.R. 91, p. 110-11 :*

Si un pouvoir public se comporte de manière à créer l'expectative légitime qu'il suivra une certaine orientation, il serait souvent injuste de permettre à ce pouvoir public d'adopter une orientation différente au détriment de quelqu'un chez qui il a créé cette expectative, en particulier si cette personne y a donné suite. Si, en droit privé, une personne morale manquerait à ses engagements contractuels en agissant de cette façon ou serait précluse d'agir de cette façon, un pouvoir public ne devrait normalement pas se trouver dans une meilleure position. La théorie de l'expectative légitime est fondée sur l'équité. Mais l'équité n'est pas à sens unique. Elle comporte la notion de loyauté, d'opérations justes et ouvertes, à laquelle le pouvoir a autant droit que le citoyen. Le ministère du Revenu intérieur dispose certes d'un pouvoir discrétionnaire réel, mais limité. L'équité l'oblige à l'exercer sur la base d'une divulgation complète. Le procureur des demandeurs a convenu qu'il ne serait pas raisonnable pour un partenaire auquel une divulgation doit être faite de se fier à une déclaration ambiguë ou équivoque. Et je ne pense pas qu'en présence de faits comme ceux de l'espèce, il serait juste de tenir le ministère du Revenu responsable par autre chose qu'une déclaration claire, non ambiguë et catégorique.

[39] Rien dans la preuve ne donne à penser que l'investisseur s'est fié, de quelque façon que ce soit, à des déclarations des membres du personnel ou de l'enquêteur LeBlanc. La Commission n'a donc aucun élément de preuve qui lui permettrait de

¹⁹ (1999) 42 O.R. (3^e); 1999 CarswellOnt 251, par. 61.

²⁰ 31 Admin L.R.(3^e); 2000 CarswellOnt 4993, par. 60.

conclure que l'investisseur pourrait se prévaloir de la notion de « l'immunité d'intérêt public » en l'espèce.

[40] Dans l'affaire dont la Commission est saisie, il est aussi pertinent de tenir compte de l'objet de la demande de divulgation. Fondamentalement, comme l'a exprimé Drapeau, elle aurait pour objet de lui permettre de présenter une défense pleine et entière en réponse aux allégations. La Commission n'a aucun motif de remettre en question cette justification.

[41] Dans l'affaire *Arbour*, l'Alberta Securities Commission s'est penchée sur une question semblable et a statué ce qui suit, au paragraphe 36 :

[36] Toutefois, nous estimons que certains des éléments contestés du document n° 29 sont pertinents. Étant donné que les allégations de l'avis d'audience concernent notamment le placement de valeurs mobilières, nous considérons que les noms des investisseurs supposés de Arbour ainsi que les dates et les montants de leurs placements respectifs qui ont été indiqués par les membres du personnel dans les questionnaires non remplis pourraient raisonnablement être utilisés par un intimé pour préparer une défense pleine et entière aux allégations. Nous postulons qu'un intimé pourrait faire un suivi en prenant directement contact avec les investisseurs supposés. [Traduction]

[42] À moins que la raison invoquée par les membres du personnel pour ne pas divulguer le nom de l'investisseur relève d'une catégorie reconnue de privilège ou que cette position soit justifiée par ailleurs en common law, la décision milite en faveur de la divulgation. La Commission arrive à cette conclusion après avoir mis en balance et apprécié les intérêts en jeu.

e) Obligation de confidentialité

[43] Les membres du personnel invoquent le paragraphe 21(2) de la LDIPVP et les articles 177 et 199.1 de la *Loi* pour justifier la non-divulgation de certains éléments expurgés, à savoir l'identité et les renseignements signalétiques de la source et de l'investisseur.

[44] Toutefois, la Commission n'est pas d'accord. Même si l'article 21 de la LDIPVP porte sur les demandes d'information faites au responsable d'un « organisme public », la Commission est d'avis qu'il ne s'applique à la présente procédure d'exécution. En fait, l'article 3 de la LDIPVP prévoit expressément que la LDIPVP ne limite pas les obligations de divulgation dans une instance d'exécution :

Champ d'application

3 La présente loi :

c ne restreint pas les renseignements qui, en vertu de la loi, sont normalement mis à la disposition des parties à une instance;

d ne porte pas atteinte au pouvoir des tribunaux judiciaires ou administratifs de contraindre des témoins à témoigner ou de contraindre à la production de documents.

[45] La Commission est également d'avis que les articles 177 et 199.1 de la *Loi* ne sont d'aucun secours aux membres du personnel. L'article 177 limite clairement le pouvoir discrétionnaire de l'enquêteur de refuser de divulguer des renseignements « *obtenus dans le cadre d'une enquête* » et est subordonné, à notre avis, aux obligations de divulgation prévues par la *Loi* et son règlement d'application. Compte tenu des dispositions de la RL 15-501, il ne s'applique pas aux renseignements invoqués à l'appui des allégations dans une instance d'exécution. Dans le même ordre d'idées, l'article 199.1 concerne principalement la non-divulgation de renseignements dans le cadre des activités de coopération entre les commissions en vue de l'application du droit des valeurs mobilières. L'article 199.1 se trouve dans la partie 16 (Dispositions générales) de la *Loi*, et la Commission est d'avis que l'article 199.1 n'a pas pour objet de déroger aux règles normales sur la divulgation dans les instances d'exécution qui sont codifiées dans la RL 15-501.

[46] Pour les motifs énoncés ci-dessus, la divulgation et la non-divulgation des documents seront faites conformément à la décision du 6 mai 2011 et à la décision sur la divulgation qui a été rendue de vive voix le 9 mai 2011, avec les modifications apportées aux présentes.

Fait le 19 juillet 2011.

« original signé par »

Guy Couturier, c.r., président du comité d'audience

« original signé par »

Anne La Forest, membre du comité d'audience

« original signé par »

Céline Trifts, membre du comité d'audience

Commission des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick
85, rue Charlotte, bureau 300
Saint John (Nouveau-Brunswick)
E2L 2J2
Téléphone : 506-658-3060
Télécopieur : 506-658-3059