



**FILE: 1990-4**

**DOSSIER : 1990-4**

**Public Performance of Music**

**Exécution publique de la musique**

*Copyright Act, Section 67.2*

*Loi sur le droit d'auteur, article 67.2*

REQUEST FOR CONFIDENTIAL  
TREATMENT OF DOCUMENTS

DEMANDE DE TRAITEMENT  
CONFIDENTIEL DE DOCUMENTS

**ORDER OF THE BOARD**

**ORDONNANCE DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

Mr. Justice Donald Medhurst  
Michel Hétu, Q.C.  
Dr. Judith Alexander  
Mr. Michel Latraverse

*Motifs exprimés par :*

M. le juge Donald Medhurst  
Michel Hétu, c.r.  
M<sup>me</sup> Judith Alexander  
M<sup>e</sup> Michel Latraverse

*Date of the Decision*

March 26, 1991

*Date de la décision*

Le 26 mars 1991

Ottawa, March 26, 1991

Ottawa, le 26 mars 1991

**FILE: 1990-4****Public Performance of Music****Order**

**In the matter of a request by SOCAN, that two reports, prepared by Dr. Leonard Waverman and by the firm of Price Waterhouse and filed by SOCAN on 18 March 1991, be treated confidentially**

The Board orders that these reports be made part of the public record of these proceedings, subject to what follows.

- 1) Price Waterhouse had requested that their report be treated in confidence. Therefore, they will be notified forthwith of this order by telecopier.
- 2) SOCAN and Price Waterhouse may, until 17h00, Thursday, 4 April 1991, inform this Board of any specific harm which, in their opinion, might result from the reports being made public, as well as of the nature of such harm. Submissions in this regard may be made in writing, or in a public or privatesitting of the Board.
- 3) The reports will continue to be treated on a confidential basis until 17h00, Friday, 5 April 1991. This will allow SOCAN and Price Waterhouse to make any representations and take any measure they see fit.
- 4) Were SOCAN or Price Waterhouse to raise any issue which might lead the Board to treat in confidence one or both reports, parties interested in the issue of the impact of the merger on SOCAN's tariffs will be allowed to submit arguments on the matter of confidentiality, in a manner to be determined at a later date.

Philippe Rabot  
Secretary to the Board

**DOSSIER : 1990-4****Exécution publique de la musique****Ordonnance**

**Décision portant sur la requête de la SOCAN, demandant que deux rapports, rédigés par le Docteur Leonard Waverman et par la firme comptable Price Waterhouse et produits par la SOCAN le 18 mars 1991, soient reçus à titre confidentiel**

La Commission ordonne que ces rapports soient portés au dossier public dans la présente affaire, sous réserve de ce qui suit.

- 1) La firme Price Waterhouse avait demandé que le rapport qu'elle avait rédigé soit reçu à titre confidentiel. Elle sera avisée immédiatement, par télécopieur, de la présente ordonnance.
- 2) La SOCAN et la firme Price Waterhouse ont jusqu'à 17h00, le jeudi, 4 avril 1991, pour établir auprès de la Commission l'existence et la nature de tout préjudice qui, selon elles, pourrait leur être causé du fait que ces rapports soient versés au dossier public. Des représentations à cet effet peuvent être faites soit par écrit, soit durant une audience publique ou à huis clos de la Commission.
- 3) Les rapports continueront d'être traités de façon confidentielle jusqu'à 17h00, le vendredi, 5 avril 1991 et ce, afin de permettre à la SOCAN et à la firme Price Waterhouse de faire valoir leurs moyens ou de prendre d'autres mesures qu'elles jugeraient appropriées.
- 4) Si, suite aux représentations de la SOCAN ou de la firme Price Waterhouse, la Commission croyait devoir traiter l'un ou l'autre rapport de façon confidentielle, la Commission permettra à ceux qui ont un point de vue à mettre de l'avant quant à l'impact de la fusion sur les tarifs de la SOCAN de faire valoir leurs moyens à l'égard du caractère confidentiel ou non de ces rapports. La façon de faire valoir ces moyens sera déterminée en temps et lieu.

Le secrétaire de la Commission  
Philippe Rabot

Ottawa, March 26, 1991

Ottawa, le 26 mars 1991

**FILE: 1990-4****Public Performance of Music**

**In the matter of a request by SOCAN that two reports, prepared by Dr. Leonard Waverman and by the firm of Price Waterhouse and filed by SOCAN on 18 March 1991, be treated confidentially**

**Reasons for the Decision**

On 18 March 1991, counsel to SOCAN delivered to the Copyright Board a copy of two reports. The first, dated 21 December 1988, was prepared by the firm of Price Waterhouse (hereinafter, "the Price Waterhouse report"). The second, dated 22 December 1988, was prepared by Dr. Leonard Waverman (hereinafter, "the Waverman report"). Both were entitled *RE: PROCAN and CAPAC Proposed Merger*.

The Price Waterhouse report is addressed to counsel to PROCAN. It mentions expressly that it "will form part of your application for an advisory opinion from the Director of Investigation and Research ...". It also states that the document "... is not intended for general circulation or publication, nor is it to be reproduced or used for any purpose other than that outlined in the first paragraph of this letter [the application for an advisory opinion] without prior consent in each specific instance". The report contains a detailed financial forecast of the effects of the merger on the operations of the societies. It is based on a set of assumptions, described fairly fully in the document, and derived from among other things conversations with members of the societies' management teams.

The Waverman report is addressed to counsel to PROCAN and CAPAC (hereinafter, "the societies"). It offers an opinion as to whether the proposed merger between the societies would lessen substantially competition within the meaning of section 64 [now section 92] of the *Competition Act*. Most of the information referred to in the Waverman report is available to the public: some of it is on the public record of this Board. The only piece of new information which is not part of the public record concerns the value of the efficiency gains to be achieved from the merger, according to the Price Waterhouse report. The report refers

**DOSSIER : 1990-4****Exécution publique de la musique**

**Demande de la SOCAN pour que deux rapports préparés par le docteur Léonard Waverman et par la firme Price Waterhouse et déposés par la SOCAN le 18 mars 1991, soient reçus à titre confidentiel**

**Motifs de la décision**

Le 18 mars 1991, le procureur de la SOCAN a produit auprès de la Commission du droit d'auteur copie de deux rapports. Le premier, en date du 21 décembre 1988, a été réalisé par la firme comptable Price Waterhouse (ci-après, «le rapport Price Waterhouse»). Le second, en date du 22 décembre 1988, a été écrit par le docteur Leonard Waverman (ci-après, «le rapport Waverman»). Les deux rapports portent la mention *RE : PROCAN and CAPAC Proposed Merger*.

Le rapport Price Waterhouse est adressé à l'avocat agissant pour le compte de la SDE. Il comporte une mention expresse à l'effet que ce document [TRADUCTION] «fera partie de votre demande d'opinion auprès du Directeur des enquêtes et recherches ...». Il énonce aussi que le document [TRADUCTION] «... ne doit pas circuler librement ou être publié. Il ne doit pas non plus être reproduit ou utilisé à une autre fin que celle prévue au premier paragraphe de la présente lettre [la demande d'opinion] avant d'avoir préalablement obtenu notre autorisation dans chaque cas». Le rapport comporte des prévisions détaillées sur l'impact financier de la fusion sur les opérations des sociétés. Il se fonde sur certaines hypothèses que le document énonce de façon assez détaillée et qui résultent entre autres de conversations avec les membres des équipes de direction des sociétés.

Le rapport Waverman est adressé aux avocats agissant pour le compte de la SDE et de la CAPAC (ci-après, «les sociétés»). Il évalue la possibilité que la fusion anticipée des sociétés diminue sensiblement la concurrence au sens où l'entend l'article 64 [maintenant 92] de la *Loi sur la concurrence*. L'essentiel de l'information à laquelle le rapport Waverman fait référence est disponible au public : pour partie, elle est portée au dossier public de cette Commission. Le seul élément d'information nouveau qui ne soit pas porté au dossier public a rapport à l'importance des gains en efficacité qui pourraient résulter de la fusion, tels

to these as a lump sum to be saved in some year to come; it does not rely upon or refer to any other figures.

The letter accompanying the two reports requests that they be received by the Board in confidence, and that, if they are to be made part of the Board's record, they be treated as confidential exhibits. Also filed with the Board were two other letters. In one, Dr. Waverman raised no objection to his report being produced to the Board. In the other, Price Waterhouse stated it would not object to their report being released "in confidence solely to the Copyright Board and outside legal counsel with no further distribution or dissemination without our approval in advance".

On 21 March 1991, the Board heard representations on this issue from counsel to SOCAN and from other counsel who were present at that time. Counsel to SOCAN suggested that if the documents were to be treated as confidential exhibits, they could nevertheless be circulated to all counsel (either in-house or independent) whose clients had an interest in the hearings into the merger issue.

In his letter of 18 March and his representations of 21 March, counsel to SOCAN claimed the following:

- ! the documents were prepared on a confidential basis, to support a request for an advisory opinion from the Director of Investigation and Research ("the Director");
- ! at that time, the Director was already involved in a formal inquiry, triggered by a complaint filed by six Canadian residents and concerning certain aspects of the operations of PROCAN and CAPAC;
- ! the documents form part of the record that is before the Director in the inquiry, which is still pending, and which the *Competition Act* prescribes be held in private;
- ! SOCAN would be prejudiced with respect to the inquiry if these documents were made public;
- ! the documents contain proprietary internal financial information;

qu'estimés dans le rapport Price Waterhouse. Le rapport Waverman en fait mention sous forme d'un montant forfaitaire d'économies qui pourraient être réalisées au cours des prochaines années; le rapport ne s'appuie ni ne fait référence à aucune autre donnée numérique.

La lettre à laquelle les deux rapports sont joints demande que la Commission les traite de façon confidentielle et que s'ils sont versés au dossier de la Commission, ils le soient à titre de pièces confidentielles. Deux autres lettres sont aussi jointes à ces documents. Dans l'une, le docteur Waverman ne soulève aucune objection à la production de son rapport au dossier de la Commission. Dans l'autre, la firme Price Waterhouse affirme ne pas s'opposer à ce que son rapport soit remis [TRADUCTION] «à titre confidentiel, uniquement à la Commission du droit d'auteur et à des conseillers juridiques qui ne sont pas à l'emploi des parties, et à la condition qu'il ne soit pas davantage distribué ou disséminé sans avoir préalablement obtenu notre autorisation».

Le 21 mars 1991, la Commission a entendu les représentations du procureur de la SOCAN et des autres conseillers juridiques présents devant la Commission à ce moment. Le procureur de la SOCAN a soumis que si les documents étaient reçus à titre confidentiel, il ne verrait pas d'objection à ce qu'ils soient néanmoins remis à tous les conseillers juridiques représentant une personne intéressée à la question de la fusion des sociétés, que ces conseillers soient ou non à l'emploi de la partie concernée.

Par sa lettre du 18 mars et son argumentation du 21 mars, le procureur de la SOCAN soumet ce qui suit :

- ! les rapports ont été préparés en confidence, afin d'appuyer une demande d'opinion auprès du Directeur des enquêtes et recherches («le Directeur»);
- ! à l'époque où cette demande fut adressée, le Directeur avait déjà mis en branle une enquête officielle, suite au dépôt de la plainte de six résidents canadiens mettant en cause certains aspects des opérations de la PROCAN et de la CAPAC;
- ! les rapports font partie du dossier que le Directeur est appelé à considérer dans le cadre de cette enquête qui reste ouverte, et dont la *Loi sur la concurrence* impose la tenue en privé;
- ! le fait de rendre publics ces documents porterait préjudice à la SOCAN dans le cadre de cette enquête;
- ! les rapports contiennent des renseignements financiers, de nature interne, et dont les sociétés sont propriétaires;

- ! the documents were not prepared for the purpose of the present proceedings, and do not constitute public information that would have been otherwise available;
- ! the production of the documents into the public record might create problems the nature of which one could not predict.

The Board has considered SOCAN's application for confidential treatment of the Waverman and Price Waterhouse reports. It has come to the following conclusions.

### 1) The relevance of the reports

The first issue concerns the relevance of the reports to these proceedings. Counsel to SOCAN has pointed out that it is not for this Board to comment on the propriety of the merger. On the other hand, it is for this Board to determine the impact that any efficiencies to be derived from the merger ought to have on the tariffs and their structure. The reports comment on the possibility and extent of such efficiencies. These issues are at the centre of what is being raised by the objectors. The reports are therefore relevant to the proceedings before this Board.

The Board is also interested in the effect of SOCAN's monopoly position on the price structure of the industry. This Board, like its predecessor, was set up precisely because of the need to regulate prices in a performing rights market dominated by a monopoly. The Waverman report contains extensive commentary on market structure for the performing rights, which is information relevant to these proceedings.

### 2) The effect of sections 10 and 29 of the *Competition Act* on the proceedings before the Copyright Board

Counsel relies on subsection 10(3) of the *Competition Act* to argue that the reports are confidential in nature. For our purposes, this provision ought to be read in conjunction with sections 9, 29 and 102 of the Act. Together, they provide as follows:

- ! The Director must cause an inquiry to be made when any six Canadian residents apply for such an inquiry. The Director keeps the applicants and the person whose conduct is being inquired into informed as to the progress of the inquiry. Inquiries under this provision are conducted in private (ss. 9 and 10).

- ! les rapports n'ont pas été créés pour les fins des procédures devant la Commission, et ne constituent pas de l'information à laquelle le public aurait par ailleurs accès;
- ! le fait de rendre publics ces documents pourrait engendrer des problèmes dont la nature ne peut être prédite.

La Commission, ayant considéré la requête de la SOCAN portant que les rapports Waverman et Price Waterhouse soient reçus à titre confidentiel, conclut ce qui suit.

### 1) La pertinence des rapports

Il faut d'abord déterminer si les rapports sont pertinents à la présente affaire. Le procureur de la SOCAN a fait valoir que cette Commission n'a pas pour mandat de porter un jugement sur le caractère approprié ou non de la fusion. Par contre, il revient à cette Commission de décider de l'impact que les gains en efficacité pouvant découler de la fusion devraient avoir sur les tarifs et leur structure. Les rapports comportent des opinions sur la possibilité et l'importance de telles améliorations. Ces questions sont au cœur des oppositions formulées par les autres participants à la présente affaire et sont, par conséquent, pertinentes à celle-ci.

La Commission s'intéresse aussi à l'effet que la position de monopole de la SOCAN pourrait avoir sur la structure des prix de l'industrie. Cette Commission, tout comme celle qu'elle a remplacée, a été mise sur pied justement à cause du besoin de réglementer le prix des droits d'exécution publique dans un marché dominé par un monopole. Le rapport Waverman offre de nombreux commentaires sur la structure du marché des droits d'exécution publique, qui constituent de l'information pertinente à la présente affaire.

### 2) L'impact des articles 10 et 29 de la *Loi sur la concurrence* sur les affaires relevant de la Commission du droit d'auteur

Le procureur de la SOCAN fait valoir que par l'effet du paragraphe 10(3) de la *Loi sur la concurrence*, les rapports sont intrinsèquement confidentiels. Pour les fins de la présente requête, il y a lieu d'examiner aussi les articles 9, 29 et 102 de la Loi. Lues ensemble, ces dispositions prévoient ce qui suit :

- ! Le Directeur doit mettre en branle une enquête à la demande de six résidents canadiens. Le Directeur instruit les demandeurs et la personne dont les activités font l'objet de l'enquête du déroulement de cette enquête. Les enquêtes visées à l'article 10 sont conduites en privé. (aa. 9 et 10).

- ! Anyone involved in the administration or enforcement of the *Competition Act* is prohibited from communicating the identity of informants, as well as any information obtained pursuant to sections 11, 15, 16, 102 or 114 (s. 29). Information that is otherwise received by the Director does not fall within the purview of this provision.
- ! Section 102 pertains to obtaining an advance ruling certificate from the Director on the legality of a proposed merger.

These provisions are not a bar to the production of the documents before this Board, for two reasons.

First, these provisions impose a duty of confidentiality on the Director and the Director's staff. This may create in the person who produces a document an expectation of confidential treatment by the Director. However, it does not *per se* create a right to confidentiality in any other context.

Second, the documents were not provided in the course of an inquiry, or to support a request for an advance ruling certificate on the merger. The societies requested and obtained from the Director, not a formal advance ruling certificate, but an informal opinion, which has been filed with this Board. Therefore, subsection 10(3) and section 29 of the *Competition Act* do not apply to the documents in any event. The Board cannot ascertain whether or not the Director intends to make use of the two reports in the context of the inquiry that was set in motion by the six citizens' complaint, because the inquiry is conducted in private. We do know, however, that the documents were first filed with the Director as a result of a process which is informal in nature, not provided for by the *Competition Act* and, therefore, not subject to the restrictions imposed by subsection 10(3) and section 29 of that Act.

### 3) Issues of confidentiality

SOCAN requests that the reports be treated in confidence. The issue of the confidentiality of information filed with Boards such as this one has been the subject of judicial debate, which need not be recapitulated here. It suffices to review the main principles that apply to the situation.

- ! Il est interdit à un fonctionnaire impliqué dans l'administration ou l'application de la *Loi sur la concurrence* de révéler l'identité d'un informateur ou de l'information obtenue en application des articles 11, 15, 16, 102 ou 114 (a. 29). L'information que le Directeur obtient d'une autre façon n'est pas couverte par ces dispositions.
- ! L'article 102 prévoit la possibilité d'obtenir du Directeur un certificat de décision préalable sur la légalité d'une fusion anticipée.

Il y a deux raisons pour lesquelles ces dispositions n'empêchent pas que les documents pertinents soient mis en preuve auprès de la Commission.

D'abord, c'est au Directeur et à son personnel que ces dispositions imposent une obligation de discrétion. S'il se peut que celui qui remet un document au Directeur s'attende à bon droit à ce que ce dernier traite le document de façon confidentielle, ceci ne suffit pas à emporter le droit au traitement confidentiel de l'information dans le cadre d'autres procédures.

Ensuite, les documents n'ont pas été fournis aux fins d'une enquête ou d'une demande de certificat de décision préalable sur la fusion. Les sociétés ont demandé et obtenu du Directeur non pas le certificat de décision préalable prévu par la *Loi sur la concurrence*, mais une opinion officieuse, dont on a fourni copie à cette Commission. Par conséquent, le paragraphe 10(3) et l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* n'ont pas leur application par rapport à ces documents de toute façon. La Commission n'est pas en mesure de déterminer si le Directeur entend ou non faire usage des deux rapports dans le cadre de l'enquête mise en branle par la demande des six résidents, cette enquête étant conduite en privé. Nous savons par contre que les documents sont d'abord parvenus au Directeur par suite d'un processus officieux, que la *Loi sur la concurrence* ne mentionne pas et qui, par conséquent, n'est pas sujet aux contraintes que comportent le paragraphe 10(3) et l'article 29 de cette Loi.

### 3) Les questions portant sur le caractère confidentiel des rapports

La SOCAN demande que les rapports soient traités comme de l'information de nature confidentielle. Le traitement confidentiel de l'information produite auprès d'organismes tels que cette Commission est une question qui a fait l'objet d'un examen de la part des tribunaux judiciaires, examen qu'il n'y a pas lieu de revoir ici dans le détail. Il suffit pour nos fins de récapituler les règles principales qui gouvernent la présente espèce.

- a) In proceedings such as the one before this Board, disclosure is the principle and confidentiality, the exception. It is for the party claiming confidentiality for a document to establish the reasons therefor.
- b) Documents receive confidential treatment if it is established that their disclosure could result in some measure of harm to the parties or to others. Most regulatory tribunals will require that the person claiming confidentiality establish specific, direct harm. In this instance, it is not necessary for the Board to determine what level of harm would be required to attract confidentiality in proceedings before the Board, since counsel to SOCAN did not establish that any harm whatsoever might result from the disclosure of the Waverman and Price Waterhouse reports. A mere statement that filing them on the public record might create problems, the nature of which one cannot predict, does not suffice to establish the necessary measure of harm.

Indeed, it is hard to imagine that any kind of harm could come from divulging the information contained in these reports. Unlike most of its licensees, SOCAN does not operate in a competitive market: one of the reasons the Waverman report offers for the desirability of the merger is that SOCAN operates as a "natural monopoly". The reports contain no information about rate of return determination, profitability or other financial issues which are highly sensitive for companies operating in a competitive market.

Furthermore, "proprietary internal financial information" is not, of itself, confidential. The potential for harm is determinant, not the nature of the information. Internal financial information is regularly made available to the public during proceedings before economic regulators.

- a) Dans des procédures comme celles qui nous concernent, la publicité est le principe et le traitement confidentiel, l'exception. Il revient à celui qui demande le traitement confidentiel d'en établir les motifs.
- b) Un document est reçu à titre confidentiel s'il est établi que la divulgation de son contenu risque de causer préjudice à une partie ou à une autre personne. La plupart des organismes de réglementation exigent que celui qui demande le traitement confidentiel établisse l'existence probable d'un préjudice direct. La Commission n'a pas à se prononcer ici sur la nature ou le degré du préjudice qui suffirait à justifier le traitement confidentiel d'un document produit auprès de la Commission, le procureur de la SOCAN n'ayant pas établi quelque préjudice que ce soit pouvant découler de la divulgation du contenu des rapports Waverman et Price Waterhouse. Il ne suffit pas, pour établir le préjudice nécessaire, d'énoncer tout simplement que le fait de porter ces documents au dossier public pourrait engendrer des problèmes dont la nature ne peut être prédite.

La Commission va plus loin. Elle peut difficilement envisager que la divulgation des renseignements contenus dans ces rapports puisse causer quelque préjudice que ce soit. Le marché dans lequel la SOCAN agit n'est pas concurrentiel, comme c'est le cas de la plupart de ceux qui détiennent une de ses licences : le rapport Waverman retient comme l'un des motifs rendant désirable la fusion le fait que la SOCAN constitue un «monopole naturel». Les rapports ne contiennent aucune information ayant trait à la détermination des taux de rendement, à la rentabilité ou à d'autres questions financières particulièrement importantes pour une société qui agirait dans un marché concurrentiel.

Par ailleurs, les renseignements financiers, de nature interne, et dont les sociétés sont propriétaires, ne sont pas intrinsèquement confidentiels. C'est la possibilité d'un préjudice, non la nature d'un renseignement, qui fait en sorte qu'il est ou non confidentiel. On rend régulièrement publics des renseignements financiers internes dans le cadre de procédures devant les organismes de réglementation économique.

In this regard, the Board rejects the argument made by counsel to SOCAN that comparisons between proceedings before this Board and those before, say, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ought to be avoided. This Board is an economic regulator. This is something the Waverman report quite correctly assumes to be the case when it states that the merger will not harm competition in part because SOCAN "would continue to be regulated on a 'just and reasonable basis' by the Copyright Appeal Board and its successor the Copyright Board." Both the CRTC and the Copyright Board are required to establish tariffs that are fair and reasonable. In the case of the CRTC, this is imposed, for example, by s. 340(1) of the *Railway Act*; in the case of this Board, the requirement has been set out in judicial decisions such as *Performing Rights Organization v. C.B.C.* (1986), 7 CPR (2d) 433 (FCA).

- c) SOCAN and its counsel may be under a contractual duty to treat the Price Waterhouse report in confidence. However, the expectation from the author of a document that it be treated confidentially does not constitute, of itself, a bar to this Board ordering its production and circulation.
- d) The fact that the documents were not prepared for the purpose of the present proceedings, and do not constitute public information that would have been otherwise available is not, of itself, sufficient reason to treat them confidentially.

#### 4) Issues of privilege

Even though counsel to SOCAN did not directly allude to this, it is obvious from his arguments that he maintains that the reports are privileged and that, as such, SOCAN exerts on them a much greater measure of control.

The Board has examined various heads of privilege (including some that were not raised directly or indirectly in counsel's argument) and their relevance to the situation at hand. In this regard, the Board has kept in mind two well-established principles, which are restated here for the sake of convenience:

À cet égard, la Commission rejette les prétentions du procureur de la SOCAN à l'effet qu'il faut éviter d'établir des comparaisons entre les procédures devant cette Commission et celles tenues, par exemple, devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. La Commission du droit d'auteur est un organisme de réglementation économique. Il s'agit là d'un principe que le rapport Waverman, fort justement, prend pour acquis lorsqu'il énonce que la fusion ne réduira pas la concurrence, en partie parce que la SOCAN [TRADUCTION] «continuerait à être réglementée en fonction de ce qui est «juste et raisonnable» par la Commission d'appel du droit d'auteur et l'organisme appelé à lui succéder, la Commission du droit d'auteur.» Tant le CRTC que la Commission du droit d'auteur doivent établir des taux qui sont justes et raisonnables. Pour le CRTC, cette obligation découle, entre autres, du paragraphe 340(1) de la *Loi sur les chemins de fer*; dans le cas de cette Commission, ce sont des décisions judiciaires telles que l'arrêt *Performing Rights Organization c. C.B.C.* (1986), 7 CPR (2d) 433 (CAF), qui lui intiment de ce faire.

- c) Il se peut qu'une obligation de confidentialité de nature contractuelle incombe à la SOCAN et à ses conseillers juridiques à l'égard du rapport Price Waterhouse. Toutefois, le fait que l'auteur d'un document s'attende à ce qu'il soit reçu en confidence ne suffit pas en soi à empêcher cette Commission d'en ordonner la production ou la circulation.
- d) Le fait que les documents n'ont pas été créés pour les fins des procédures devant la Commission, et ne constituent pas de l'information à laquelle le public aurait par ailleurs accès, ne suffit pas à justifier le traitement confidentiel.

#### 4) Les questions portant sur le caractère privilégié des documents

Bien que le procureur de la SOCAN n'ait pas expressément fait mention de ceci, il découle clairement de ses représentations qu'il soutient que les rapports sont privilégiés et que par conséquent, la SOCAN exerce sur eux un contrôle beaucoup plus grand.

La Commission s'est penchée sur les divers fondements (y compris certains que l'avocat de la SOCAN n'a pas soulevés directement ou indirectement) qui rendent une communication privilégiée et a évalué leur pertinence en l'espèce. Pour ce faire, la Commission a tenu compte de deux principes bien établis, qui sont repris ici pour fins de commodité :



! privilege is the exception, and disclosure the rule;

! ``In general ... *the mere fact that a communication was made in express confidence*, or in the implied confidence of a *confidential relation*, does not create a privilege. [*Wigmore on Evidence*, vol. 8, par. 2285. (italics in the text)]

**a. Documents produced in proceedings that are continuing**

The Board has failed to find any basis for a privilege attaching to documents by the mere fact that they form part of the record before another decision maker in what counsel to SOCAN has called ``con-tinuing proceedings".

**b. Solicitor-client privilege**

According to the evidence before this Board, the documents were commissioned from third parties by counsel to PROCAN and CAPAC. They are not communications between the societies and their counsel. Therefore, they do not attract solicitor-client privilege.

**c. Privilege attached to documents prepared in contemplation of litigation**

This privilege relates to communications which counsel receive from third parties, the sole or dominant purpose of which is the furtherance of actual or contemplated litigation.

According to SOCAN, the documents were prepared at the request of the Director, in the context of the societies seeking the informal advice of the Director about their proposed merger. The documents were not prepared for the purpose of informing counsel or the Director about issues raised in the context of the inquiry resulting from the six citizens' complaint. They were not prepared within the context nor for the purposes of a request for a formal advance ruling certificate.

Furthermore, nothing in the evidence before the Board indicates that the inquiry process set in motion by the six citizens' complaint and the informal advice on the merger raise the same issues. Four years separate one from initiation of the other. The letter of opinion sent by the Director clearly states that his examination of the merger proposal ``was separate and apart from his on-

! le traitement privilégié de l'information est l'exception, et sa divulgation, la règle;

! [TRADUCTION] «Règle générale ... *le simple fait qu'une communication ait été faite expressément sous le sceau de la confiance*, ou sous le sceau de la confiance implicite qui découle d'un *rapport confidentiel*, ne crée pas de privilège. [*Wigmore on Evidence*, vol. 8, par. 2285. (en italique dans le texte)]

**a. Les documents produits en preuve dans le cadre de procédures qui sont en cours**

La Commission n'a pu trouver de fondement à la prétention qu'une communication soit privilégiée du seul fait qu'elle ait été versée en preuve devant un décideur dans le cadre de procédures qui, pour reprendre l'expression utilisée par le procureur de la SOCAN, sont «pendantes».

**b. Le privilège avocat-client**

La preuve devant cette Commission établit que les documents ont été commandés à des tiers par les avocats représentant la SDE et la CAPAC. Il ne s'agit pas d'échanges entre les sociétés et leurs conseillers juridiques. Par conséquent, ces communications ne donnent pas ouverture au privilège avocat-client.

**c. Les documents préparés en vue d'un litige**

Sont privilégiées les communications que l'avocat reçoit d'un tiers, faites exclusivement ou principalement en vue de la préparation d'un litige actuel ou anticipé.

La SOCAN a soumis que les documents avaient été préparés à la demande du Directeur, pour les fins d'une demande que les sociétés lui avaient faite pour son opinion officielle par rapport à la fusion anticipée. Les documents ne furent pas préparés dans le but de fournir aux avocats ou au Directeur de l'information concernant des questions soulevées dans le cadre de l'enquête qui découle de la plainte de six résidents canadiens. Ils ne furent pas préparés dans le cadre ou pour les fins d'une demande d'émission d'un certificat officiel de décision préalable.

Qui plus est, rien dans la preuve devant cette Commission n'indique l'existence d'un lien entre les questions soulevées par la demande d'opinion officielle sur la fusion anticipée et celles soulevées par la plainte de six résidents canadiens. Quatre années se sont écoulées entre la première et la mise en branle de la seconde. La lettre d'opinion émise par le Directeur énonce claire-

going inquiry with respect to the effect on competition of certain practices engaged in by the parties, including exclusive contracts with members and blanket licenses with the users." Consequently, even if one were to assume that the initiation of a formal inquiry under the *Competition Act* satisfies the requirements of the "lawyer's brief" privilege, the documents were not prepared in furtherance of such an inquiry.

The Board takes note of the decision of the Alberta Court of Appeal in *Caterpillar Tractor Co. v. Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* (1988), 22 CPR (2d) 290. In that case, a report and working papers had been prepared by accountants. The accountants had been retained by counsel to companies that were the subject of an inquiry of the Director. The report had been prepared to assist counsel, but had later been supplied to the Director. The Court held that the report and the working papers were privileged.

The decision can be distinguished in two respects:

- ! the decision relates to documents produced to the Director in the context of a formal inquiry;
- ! the documents had been prepared for the "dominant purpose" of assisting counsel to the corporations which were the object of that inquiry, not with the intention of filing them with the Director. By contrast, the Waverman and Price Waterhouse reports were prepared for the Director, in order to support the societies' request for an informal ruling.

**d. Privilege according to the Wigmore test**

The categories of privilege are not closed. They could be added to if the documents are such that they meet the Wigmore test:

- 1) The communication must originate in a *confidentiality* that they will not be disclosed.

ment que son examen de la proposition de fusion [TRADUCTION] «est distinct de l'enquête en cours portant sur les effets sur la concurrence de certaines pratiques des parties, y compris la signature de contrats exclusifs avec les membres et l'émission de licences générales aux usagers.» Il importe donc peu de savoir si, oui ou non, la mise en branle d'une enquête officielle aux termes de la *Loi sur la concurrence* suffit à rendre privilégiées les communications échangées en vue de la préparation de l'enquête, puisque les documents n'ont pas été préparés pour les fins d'une telle enquête.

La Commission a lu l'arrêt *Caterpillar Tractor Co. c. Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* (1988), 22 CPR (2d) 290, de la Cour d'appel de l'Alberta. Dans cette affaire, une firme comptable avait rédigé un rapport et des documents de travail. Le procureur des sociétés faisant l'objet d'une enquête du Directeur avait retenu les services de la firme. Le rapport devait servir à l'avocat pour préparer l'affaire, mais avait été remis au Directeur par la suite. Le tribunal en vint à la conclusion que le rapport comme les documents de travail avaient un caractère privilégié.

Il est possible d'établir une distinction entre cette décision et la présente espèce à deux égards :

- ! la décision porte sur des documents remis au Directeur dans le cadre d'une enquête officielle;
- ! les documents pertinents avaient été préparés d'abord et avant tout afin d'aider l'avocat des sociétés faisant l'objet de cette enquête, et non dans le but de les remettre au Directeur. Dans la présente espèce, les rapports Waverman et Price Waterhouse ont été préparés pour le Directeur, afin de soutenir la demande des sociétés pour une opinion officieuse.

**d. Le privilège selon le test de Wigmore**

Les décisions judiciaires peuvent rendre privilégiées d'autres types de communications. Ce sont les critères mis au point par Wigmore qui permettent de déterminer s'il y a lieu d'ajouter aux types de communications privilégiées :

- [TRADUCTION] 1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seront pas divulguées.

- 2) The element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.
- 3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be *sedulously fostered*.
- 4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

Only if these four conditions are present should a privilege be recognized. [*Wigmore on Evidence*, vol. 8, par. 2285. (italics in the text)]

This test has been received in Canadian law: see *Slavutyck v. Baker*, [1976] 1 SCR 254 and, more recently, *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 SCR 1572.

In the Board's opinion, the Waverman and Price Waterhouse reports are not of a class, and do not contain information, that would make them amenable to the Wigmore test. Confidentiality does not appear essential to the maintenance of the relation between companies that are contemplating a merger and the Director, at least where all that is sought is an advisory opinion. The relevance, if any, of the Wigmore test to the Director's informal activities would be limited to information supplied by informants, not to reports supplied by merging companies which request an informal opinion on their merger from the Director.

#### e. *Public interest privilege*

For the sake of completeness, the Board adds that the public interest privilege, as codified in section 37 of the *Canada Evidence Act*, cannot find its application here, if only because SOCAN is not a "person interested" who might take advantage of this provision. Such a person cannot be any individual, but must be an official who claims the privilege on behalf of the Government: see *R. v. Lines* (1986), 27 C.C.C. (3d) 377 (N.W.T.C.A.).

- 2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.
- 3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.
- 4) Le préjudice permanent que subirait les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.

Ce n'est que si ces quatre conditions sont remplies qu'un privilège doit être reconnu. [*Wigmore on Evidence*, vol. 8, par. 2285. (en italique dans le texte)]

Ces critères ont force de loi en droit canadien : voir l'arrêt *Slavutyck c. Baker*, [1976] 1 RCS 254 et, plus récemment, l'arrêt *Moysa c. Alberta (Labour Relations Commission)*, [1989] 1 RCS 1572.

La Commission croit que les rapports Waverman et Price Waterhouse ne font pas partie d'une catégorie, et ne contiennent pas de renseignements, leur permettant de satisfaire au test de Wigmore. La confidentialité ne paraît pas essentielle au maintien de rapports entre les sociétés qui envisagent de fusionner et le Directeur, à tout le moins lorsque tout ce qu'elles recherchent est une opinion. La pertinence, si pertinence il y a, du test de Wigmore, par rapport aux activités du Directeur non expressément prévues par la *Loi sur la concurrence*, serait limitée aux renseignements qu'il reçoit d'informateurs, et non à des rapports fournis par des sociétés qui fusionnent et qui demandent l'opinion informelle du Directeur à ce sujet.

#### e. *Le privilège accordé à certaines communications gouvernementales*

De façon à couvrir toutes les avenues, la Commission mentionne que l'ancien «privilège de la Couronne», tel que codifié à l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne saurait s'appliquer en l'espèce, parce que la SOCAN n'est pas une «personne intéressée» pouvant se prévaloir de cette disposition. Cette disposition ne vise pas n'importe quel individu, mais uniquement un agent qui demande le privilège au nom du gouvernement : voir l'arrêt *R. c. Lines* (1986), 27 C.C.C. (3d) 377 (C.A.T.N.W.).

**CONCLUSIONS**

For the reasons stated above, the motion by SOCAN requesting that the Waverman and Price Waterhouse reports be treated in confidence is rejected.

However, the Board has decided to maintain the confidential status of the reports until 17h00, Friday, 5 April 1991. It did so for two reasons.

First, Price Waterhouse requested that their report be treated in confidence. However, they have not had the opportunity to submit arguments regarding any potential harm that might result from the report being put on the public record. The delay will allow them to do so if they see fit. Given this, SOCAN will also have the opportunity to put forward any further argument.

Second, the delay will allow SOCAN to consider its options with regard to the order. It would not be fair to render moot any recourse SOCAN might want to exercise against the order by circulating the reports before it has had some opportunity to take whatever course of action it thinks appropriate under the circumstances.

Philippe Rabot  
Secretary to the Board

**DISPOSITIF**

Pour les motifs qui précèdent, la Commission rejette la requête de la SOCAN portant que les rapports Waverman et Price Waterhouse soient reçus à titre confidentiel.

Toutefois, pour deux motifs, la Commission maintient le traitement confidentiel des rapports jusqu'à 17h00, le vendredi 5 avril 1991.

Premièrement, la firme Price Waterhouse avait demandé que son rapport soit traité de façon confidentielle. Toutefois, elle n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses moyens eu égard à tout préjudice qui pourrait résulter de la divulgation du rapport. Le délai lui permettra de ce faire si elle le croit approprié. Vu les circonstances, la SOCAN aura l'occasion de mettre de l'avant des arguments supplémentaires.

Deuxièmement, ce délai permettra à la SOCAN d'examiner la situation. Il serait injuste de priver de leur effet les recours que la SOCAN pourrait vouloir exercer à l'encontre de la présente ordonnance en divulguant les rapports avant même qu'elle ait eu l'occasion de prendre les mesures qu'elle croit appropriées dans les circonstances.

Le secrétaire de la Commission  
Philippe Rabot