

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

Ruby River Capital LLC

c.

Canada

(Affaire CIRDI n° ARB/23/5)

ORDONNANCE DE PROCÉDURE N° 9

Décision sur les demandes de production de documents identifiés comme privilégiés

Membres du Tribunal

Mme Carole Malinvaud, Présidente du Tribunal

M. Barton Legum, arbitre

Prof. Zachary Douglas KC, arbitre

Secrétaire du Tribunal

M. Benjamin Garel

24 janvier 2025

I. CONTEXTE PROCÉDURAL

1. Le 30 novembre 2024, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 4, traitant des demandes de production de documents de la Demanderesse et ordonnant à la Défenderesse, entre autres, (i) de produire, le 10 décembre 2024 au plus tard, un registre des privilèges et des versions caviardées de certains documents.
2. Le 5 décembre 2024, la Défenderesse a indiqué qu'elle ne serait en mesure de produire, le 10 décembre 2024, qu'un registre partiel d'environ 350 documents non-divulgués pour lesquels elle invoque un privilège et que certains des documents ne seraient pas produits dans le délai imparti. La Défenderesse a également expliqué qu'il était impossible de produire à cette même date, même en nombre limité, des documents caviardés sur le fondement d'un privilège.
3. Le 9 décembre 2024, la Demanderesse s'est opposée à la production par la Défenderesse de son registre des privilèges sans les documents correspondants partiellement caviardés, et à la production de documents caviardés sans fournir les motifs de ces caviardages.
4. Le 11 décembre 2024, le Tribunal a informé les Parties qu'il les entendrait lors d'une session procédurale tenue par vidéoconférence le 18 décembre 2024. Le Tribunal a également invité les Parties à se concerter et à se mettre d'accord sur des propositions d'ajustement du calendrier procédural ou, si elles ne parvenaient pas à se mettre d'accord, à soumettre leurs propositions respectives, au plus tard le 17 décembre 2024.
5. Le 17 décembre 2024, les Parties ont transmis leurs propositions respectives de modification du calendrier de procédure.
6. Le 18 décembre 2024, le Tribunal a tenu une session procédurale avec les Parties par vidéoconférence. Après la vidéoconférence, à la demande du Tribunal, la Demanderesse a transmis au Tribunal (i) le registre partiel des privilèges qu'elle avait reçu de la Défenderesse le 10 décembre 2024 et (ii) « une liste des 44 documents contenant des caviardages pour lesquelles la Défenderesse n'a fourni aucune justification, ni identifié comme caviardé dans l'index fourni avec les documents. »

7. Le même jour, le Tribunal a informé les Parties qu'il avait examiné le registre des privilèges transmis par la Demanderesse et qu'il souhaitait recevoir et examiner la demande de la Demanderesse aux fins de production des documents non-divulgués pour cause de privilège, devant être déposée le 19 décembre 2024 (conformément au paragraphe 39 de l'Ordonnance de procédure n° 4 et à l'étape 14 du calendrier de procédure), avant de donner d'autres instructions aux Parties.
8. Le 19 décembre 2024, la Demanderesse a déposé sa « Request for the Production of Documents withheld by the Respondent, listed in the Respondent's Privilege Log dated 10 December 2024, and its annexes. »
9. Le 20 décembre 2024, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 5 concernant les demandes de production de documents de la Défenderesse adressées à la Demanderesse.
10. Le 21 décembre 2024, à la suite de la demande de clarifications de la Défenderesse du 20 décembre 2024, le Tribunal a informé les Parties que le délai prescrit dans l'Ordonnance de de procédure n° 4 pour le dépôt par la Défenderesse de toute opposition à la demande de la Demanderesse déposée le 19 décembre 2024 était maintenu.
11. Le 26 décembre 2024, la Défenderesse a déposé son opposition aux demandes de production des documents non-divulgués formulées par la Demanderesse, ainsi que les déclarations de Mme Josée De Bellefeuille et de M. Donald Booth.
12. Le 30 décembre 2024, la Demanderesse a informé le Tribunal qu'elle sollicitait toujours une ordonnance conformément au paragraphe 39 de l'Ordonnance de procédure n° 4 mais qu'elle retirait certaines demandes antérieures qui étaient devenues sans objet, réduisant ainsi les questions portées devant le Tribunal.
13. Le 3 janvier 2025, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 8, qui contenait dans son Annexe A un calendrier de procédure révisé, et a fourni aux Parties des explications et des lignes directrices applicables aux registres de privilèges devant être soumis par les Parties le 14 février 2025. Le Tribunal a expliqué que ces explications et lignes directrices pourraient être complétées par la présente ordonnance de procédure traitant du registre de privilèges de la Défenderesse daté du 10 décembre 2024 (et mis à

jour le 20 décembre 2024). Le Tribunal a également invité la Défenderesse à incorporer dans son registre de privilèges final une version mise à jour du registre de privilèges soumis le 10 décembre 2024.

14. Le 6 janvier 2025, la Demanderesse a demandé au Tribunal des clarifications concernant le calendrier de procédure révisé transmis le 3 janvier 2025.
15. Le 7 janvier 2025, le Tribunal a fourni aux Parties les clarifications demandées.
16. Le 9 janvier 2025, à la lumière des clarifications fournies par le Tribunal, les Parties ont conjointement soumis au Tribunal un certain nombre de propositions de corrections relatives au calendrier procédural révisé transmis le 3 janvier 2025 en tant qu'Annexe A à l'Ordonnance de procédure n° 8. Le Tribunal a approuvé les corrections proposées le 10 janvier 2025, et un calendrier de procédure révisé a été transmis aux parties le 16 janvier 2025.

II. CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE

17. Dans la présente ordonnance, le Tribunal statue sur les demandes de la Demanderesse de production de documents identifiés comme privilégiés dans le registre des privilèges de la Défenderesse transmis le 10 décembre 2024 et mis à jour le 20 décembre 2024.

III. POSITIONS DES PARTIES

18. Le Tribunal donne ici un bref aperçu des arguments des parties, renvoyant à leurs écritures déposées le 19 décembre 2024 (Demanderesse) et le 26 décembre 2024 (Défenderesse).

Demanderesse

19. A titre préliminaire, la Demanderesse soutient que le registre des privilèges de la Défenderesse ne démontre pas l'application des privilèges invoqués, pour les quatre raisons suivantes.¹

¹ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paragraphes. 6 à 13.

20. Tout d'abord, la Demanderesse soutient que la question en jeu est de savoir si la Défenderesse a prouvé que les documents mentionnés dans le registre sont exemptés de production, et non de savoir si certains caviardages doivent être autorisés ou non. La Demanderesse note que la Défenderesse n'a pas précisé si elle se conformerait à une injonction du Tribunal de les produire, et indique que si la Défenderesse maintient son refus, la Demanderesse demandera au Tribunal d'en tirer des conclusions défavorables.²
21. Deuxièmement, la Demanderesse soutient que la Défenderesse n'a pas pris en compte les orientations du Tribunal en matière de sensibilité politique et que les motifs de confidentialité de la Défenderesse sont fondés sur des généralités et manquent de spécificité. La Demanderesse soutient en outre que la Défenderesse n'a pas fourni les détails nécessaires sur les personnes ayant envoyé ou reçu les documents, tels que leurs titres, leurs positions et leurs rôles, ce qui rend difficile l'évaluation de la sensibilité politique des documents. Pour la Demanderesse, la Défenderesse ne s'est donc pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe en vertu de l'article 9.2(b) des règles de l'IBA.³
22. Troisièmement, la Demanderesse soutient que la Défenderesse a eu de multiples occasions de justifier ses motifs de rétention de documents, mais qu'elle ne l'a pas fait de manière adéquate. La Demanderesse rappelle que le paragraphe 15.8 de l'Ordonnance de procédure n°1 ne prévoit pas d'occasions multiples de justifier la rétention ou le caviardage de documents. Pour la Demanderesse, il serait injuste et inutile de donner à la Défenderesse une nouvelle chance de fournir des explications. La Demanderesse se réserve le droit de répondre si la Défenderesse se voit accorder une nouvelle opportunité.⁴
23. Quatrièmement, la Demanderesse informe le Tribunal que le registre contient de nombreux doublons, ce qui rend son examen indûment fastidieux. La Demanderesse suggère que cette question soit prise en compte dans le cadre d'une ordonnance relative aux frais rendue à l'encontre de la Défenderesse.⁵

² Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 6 et 7.

³ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 8-10.

⁴ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 11-12.

⁵ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, para. 13.

24. La Demanderesse soutient que la Défenderesse n'a pas réussi à établir que les documents non-divulgués sont privilégiés ou autrement confidentiels.⁶
25. En ce qui concerne l'argument de la sensibilité politique soulevé par la Défenderesse en vertu de l'article 9.2(f) des règles de l'IBA, la Demanderesse soutient que la Défenderesse n'a pas réussi à démontrer (i) que les motifs invoqués sont impérieux et justifient la rétention des documents et (ii) qu'un caviardage des informations confidentielles ou protégées ne suffirait pas à protéger les intérêts de la Défenderesse à ce qu'un document ne soit pas divulgué au public.⁷
26. En particulier, la Demanderesse soutient que l'invocation par la Défenderesse du fait qu'un document non-divulgué a été préparé dans le but d'informer les délibérations ou la prise de décision du gouvernement ne suffit pas à justifier la non-production de ces documents et que les tribunaux, y compris les tribunaux de l'ALENA, ont ordonné la production de documents dans des circonstances similaires.⁸
27. La Demanderesse soulève un argument similaire concernant les documents qui reflètent prétendument un processus de délibération et/ou de prise de décision.⁹
28. En outre, la Demanderesse soutient, en ce qui concerne l'invocation par la Défenderesse de l'article 283 du Code de procédure civile du Québec, qu'il est « *well established that a State cannot rely on its own domestic law – and a fortiori provincial domestic law – to avoid the production of documents in an international investment arbitration.* »¹⁰
29. En ce qui concerne l'argument du privilège juridique soulevé par la Défenderesse en vertu de l'article 9.2(b) des règles de l'IBA, la Demanderesse soutient que le Tribunal n'a pas indiqué spécifiquement quelles règles juridiques ou éthiques s'appliquent à la procédure et que, en tout état de cause, (i) la Demanderesse ne demande aucun document protégé

⁶ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 14 à 40.

⁷ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 15 à 23.

⁸ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 25 à 27.

⁹ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 28 à 30.

¹⁰ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 31 à 36.

par un privilège juridique, et (ii) la Défenderesse a la charge de prouver que les documents retenus sont protégés par un privilège juridique.¹¹

Défenderesse

30. La Défenderesse soutient que son invocation du privilège pour justifier la non-divulgence de documents privilégiés a été faite dans les délais et en conformité avec les dispositions de l'Ordonnance de procédure n°1.¹²
31. La Défenderesse soutient que pour chaque document identifié dans le registre consolidé des privilèges de la Défenderesse daté du 20 décembre 2024, des avocats du gouvernement du Canada ou du gouvernement du Québec familiers avec les allégations de la Demanderesse et les questions en litige ont examiné le document et ont pondéré les facteurs suivants : (i) l'importance de la sensibilité institutionnelle ou politique particulière en cause, telle que reflétée par la protection constitutionnelle et statutaire accordée en droit canadien et québécois ; (ii) l'intérêt de la Demanderesse à obtenir la divulgation du document à la lumière de sa théorie de la cause telle que décrite dans ses plaidoiries, y compris son mémoire sur la compétence et le fond ; (iii) la divulgation ou la disponibilité d'éléments de preuve non privilégiés ayant un contenu connexe ; (iv) les dispositions de l'ordonnance de confidentialité du Tribunal, en particulier celles concernant la protection des informations confidentielles, et la possibilité de tenir compte des sensibilités institutionnelles et politiques du gouvernement par d'autres moyens tout en permettant la production du document ; et (v) le temps écoulé depuis la création du document ou la transmission de la communication.¹³
32. La Défenderesse soutient en outre que les documents non-divulgués entrent dans les catégories de documents décrites aux articles 9.2(f) et 9.2(b) des règles de l'IBA.¹⁴
33. En particulier, la Défenderesse soutient que les informations confidentielles relatives au Conseil des ministres québécois et au Cabinet fédéral, qui font partie des documents visés

¹¹ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, paras. 37 à 40.

¹² Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 5 et 6.

¹³ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, para. 11.

¹⁴ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 7 et 8.

à l'article 9.2(f) des règles de l'IBA,¹⁵ ne sont pas soumises à la production de documents en raison de leur sensibilité politique.¹⁶ Pour justifier la sensibilité politique, la Défenderesse soumet notamment deux déclarations de témoins qui expliquent que le secret des délibérations du Conseil des ministres/du Cabinet découle des principes constitutionnels de la responsabilité collective et de la solidarité des membres du Conseil des ministres/du Cabinet.¹⁷

34. La Défenderesse soutient également que les documents en question sont d'une importance limitée pour la cause de la Demanderesse.¹⁸ De plus, la Défenderesse affirme qu'il est impossible de tenir compte de la sensibilité politique par d'autres moyens afin de permettre la production des documents demandés.¹⁹ Enfin, la Défenderesse note que les documents non-divulgués ont tous été créés ou transmis il y a moins de quatre ans (documents du Québec) ou trois ans (documents du gouvernement fédéral), ce qui est court par rapport à la période d'exemption de divulgation de 25 ans prescrite par *la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et à la période d'exemption de divulgation de 20 ans prescrite par le droit fédéral.²⁰
35. La Défenderesse soutient également que les informations confidentielles protégées par les règles déontologiques ou légales applicables aux avocats sont protégées par l'article 9.2(b) des règles de l'IBA, et note que les Parties semblent s'accorder sur ce point, puisque la Demanderesse a indiqué dans sa demande de production des documents non-divulgués que « *the Claimant does not seek documents that are protected by legal privilege* ». ²¹
36. Enfin, en ce qui concerne les 44 documents produits avec des caviardages mais sans les motifs de ces caviardages, la Défenderesse explique que les caviardages concernent des données personnelles et ont été effectués il y a quelques années, en même temps que les

¹⁵ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 9 à 13.

¹⁶ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 14 à 19, et 34 à 36.

¹⁷ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 15 et 36.

¹⁸ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 20 à 29, et 37 à 44.

¹⁹ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 30 à 31 et 45.

²⁰ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 32 et 46.

²¹ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 47 à 53.

communications échangées entre le MELCC et l'Agence d'évaluation d'impact. La Défenderesse soutient que produire une version non caviardée de ces documents, comme l'a demandé la Demanderesse dans sa communication du 17 décembre 2024, impliquerait d'altérer les preuves. La Défenderesse demande donc au Tribunal de rejeter la demande de la Demanderesse.²²

IV. DECISIONS ET APPROCHE DU TRIBUNAL

37. Les décisions du Tribunal figurent dans le tableau en annexe A de la présente Ordonnance. Le Tribunal a appliqué l'approche suivante pour rendre ces décisions.
38. A titre préliminaire, le Tribunal note qu'aucune décision n'est requise concernant les 23 documents pour lesquels la Défenderesse a invoqué un privilège légal en vertu de l'article 9.2(b) des règles de l'IBA, et dont la production n'est plus demandée par la Demanderesse.²³ Aucune décision n'est requise non plus concernant les 20 documents produits par la Défenderesse avec des caviardages en vertu de l'article 9.2(b) des règles de l'IBA, étant donné que la Demanderesse n'a pas soulevé d'objection à l'égard de ces caviardages.²⁴
39. La Défenderesse invoque la sensibilité politique en vertu de l'article 9.2(f) des règles de l'IBA en ce qui concerne 324 documents demandés par la Demanderesse.
40. Le Tribunal note que, bien que le registre des privilèges déposé par la Défenderesse contient des documents qui répondent aux demandes de la Demanderesse n° 4, 5, 8 à 10, 12 et 28, la majorité des documents se rapporte en fait aux demandes n° 4 et 5 d'une part et n° 8 à 10 d'autre part. Seuls trois documents répondent aux demandes n° 12 et 28. Le Tribunal constate par ailleurs que les Parties ont chacune eu l'occasion d'exprimer pleinement leurs positions devant le Tribunal et considère que les développements de la Défenderesse dans son registre des privilèges visant à expliquer pour chaque document les raisons pour lesquelles elle invoque l'article 9.2(f), ainsi que les deux déclarations de témoins qui les accompagnent, sont recevables.

²² Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024, paras. 54 à 56.

²³ Lettre de la Demanderesse datée du 30 décembre 2024, para. 7.

²⁴ Lettre de la Demanderesse datée du 30 décembre 2024, paras. 8 et 9.

41. Le Tribunal note également que les Parties conviennent que l'article 283 du Code de procédure civile du Québec n'est pas *stricto sensu* applicable en l'espèce. Le Tribunal considère en tout état de cause qu'il n'est pas lié par cet article, mais qu'il peut néanmoins s'en inspirer.
42. Comme d'autres tribunaux, le Tribunal reconnaît qu'il existe un intérêt public légitime et important à refuser la divulgation de documents relatifs à des décisions de cabinet prises aux niveaux fédéral et provincial. Le Tribunal prend note, à cet égard, des déclarations de témoins de Mme Josée De Bellefeuille et de M. Donald Booth déposées par la Défenderesse.
43. Le Tribunal considère cependant que cet intérêt légitime doit être mis en balance avec l'intérêt de la Demanderesse à obtenir la production des documents demandés. La Partie qui invoque l'article 9.2(f) pour ne pas divulguer un document dont le Tribunal a ordonné la production a la charge de prouver que la rétention du document est justifiée. À cet égard, le Tribunal avait noté au paragraphe 26 de l'Ordonnance de procédure n° 4, concernant les pièces C-280 et C-281, que :

[...] en supposant qu'un principe général protégeant la confidentialité des délibérations du Cabinet s'applique à ces documents, les parties conviennent qu'il convient de mettre en balance l'intérêt de l'investisseur à ce que le document soit versé au dossier et l'intérêt du gouvernement à ne pas produire les documents demandés.

44. Au paragraphe 35 de l'Ordonnance de procédure n° 4, le Tribunal avait également noté que :

Une partie qui fait une telle affirmation doit non seulement articuler les points énoncés aux points (a) à (d) ci-dessus, mais aussi présenter des motifs impérieux pour justifier la sensibilité politique ou institutionnelle.

45. Ainsi, si la non-divulgation ou le caviardage d'informations est fondée sur une sensibilité politique ou institutionnelle, la Partie doit indiquer les raisons impérieuses justifiant la confidentialité alléguée et pourquoi ces raisons devraient prévaloir sur l'intérêt de l'autre Partie à accéder aux informations non-divulguées ou caviardées.

46. Le Tribunal considère que le régime de transparence et de confidentialité établi par l'Ordonnance de procédure n° 2 constitue une protection et une garantie efficaces contre la divulgation à des personnes ne participant pas au présent arbitrage, dans la mesure où, avant toute publication, les Parties ont la faculté de caviarder les informations sensibles dans toutes les écritures ou pièces,²⁵ même si, le Tribunal le reconnaît, cela ne répond pas entièrement aux préoccupations exprimées dans les déclarations de témoins déposées par la Défenderesse.²⁶
47. En particulier, la Défenderesse soutient, et le Tribunal y souscrit, que la divulgation d'informations ou de documents relatifs aux décisions de cabinet, même d'une manière qui préserverait ou maintiendrait la confidentialité vis-à-vis de tous sauf des participants au présent arbitrage, pourrait avoir pour effet d'entraver les discussions franches et sans réserve qui sont essentielles à la prise de décision collective effective au sein des cabinets gouvernementaux. Le Tribunal reconnaît qu'il s'agit là d'une préoccupation politique légitime et impérieuse qui justifie la protection des délibérations au sein de cabinets.
48. Le Tribunal reconnaît également la légitimité et la nature impérieuse des préoccupations décrites par la Demanderesse, à savoir que la Demanderesse devrait avoir accès aux documents offrant un éclairage déterminant sur les décisions gouvernementales en cause, et qui sont donc très pertinents au regard de ses allégations selon lesquelles lesdites décisions étaient arbitraires ou discriminatoires, ainsi que des allégations de la Défenderesse selon lesquelles elles ne l'étaient pas.
49. Le Tribunal considère que les documents demandés dans le cadre des demandes n° 4, 5, 8 à 10, 12 et 28 sont au cœur de l'argumentation de la Demanderesse, à savoir que les motifs réels qui sous-tendent la décision de la Défenderesse sont différents des motifs apparents ou déclarés, et/ou qu'ils ont été appliqués au Projet GNLQ de manière discriminatoire.
50. À cet égard, la principale question qui ressort des demandes de production de documents concerne les critères d'approbation du Projet GNLQ, notamment les trois critères énoncés

²⁵ De fait, les Parties sont convenues, avant publication, de supprimer toute référence au contenu des pièces C-280 et C-281 qui, selon la Défenderesse, concernent des décisions prises en cabinet.

²⁶ Déclaration de témoin de Donald Booth, para. 14 ; Déclaration de témoin de Josée De Bellefeuille, paras. 18 à 22.

par le ministre de l'Environnement du Québec, M. Charette, lors de la conférence de presse du 24 mars 2021 (acceptabilité sociale, favoriser la transition énergétique et contribuer à la réduction des gaz à effet de serre (GES) à l'échelle mondiale) (C-31, p. 2).

51. Trois sous-questions sous-tendent ces demandes :

- La prétendue nouveauté des trois critères (uniquement pour la demande n° 4).
- Le caractère prétendument "fallacieux" de ces trois critères (qui seraient, selon la Demanderesse, un prétexte pour dissimuler les véritables raisons du rejet du Projet, qui seraient basées sur des calculs politiques plutôt que sur des raisons scientifiques ou techniques) (toutes les demandes, mais plus particulièrement les demandes n° 4, 5, 8, 9 et 10).
- Le caractère prétendument discriminatoire de ces trois critères et des autres critères d'approbation du Projet (i.e. le risque pour les bélugas dû à l'augmentation du trafic maritime), ainsi que de leur application (uniquement pour les demandes n°12 et 28).

52. Ces trois sous-questions sont très pertinentes au regard des violations alléguées par la Demanderesse de l'article 1105 de l'ALENA en raison du refus « illégal et arbitraire » du projet (toutes les demandes) et des articles 1102 et 1103 de l'ALENA en raison du refus « discriminatoire et arbitraire » (demandes n° 12 et 28).

53. Pour établir que les motifs réels qui sous-tendent la décision de la Défenderesse sont différents des motifs apparents ou déclarés, le Tribunal considère à ce stade de l'instance que la Demanderesse doit démontrer :

- a) Soit que les raisons essentielles du rejet du Projet ne sont pas celles énoncées dans la décision collective et détaillées dans le rapport du BAPE²⁷ ou dans le rapport du MELCC.²⁸

²⁷ Pièce C-250.

²⁸ Pièce C-269.

Dans ce cas, et au-delà du fait que la Demanderesse conteste les circonstances dans lesquelles ces rapports ont été établis, la simple analyse de ces rapports pourrait ne pas suffire, contrairement à ce que suggère la Défenderesse, à étayer cette demande.

- b) Ou que les raisons invoquées ne sont pas appliquées de manière cohérente à d'autres projets comparables.

Dans ce cas, une analyse du registre public du MELCC contenant les évaluations environnementales de projets similaires pourrait être utile.

54. En mettant en balance les intérêts en jeu, le Tribunal :
- a) Reconnaît le processus solide mis en œuvre par la Défenderesse pour réaliser son propre exercice de mise en balance, qui a impliqué des fonctionnaires de haut niveau ayant une connaissance de l'affaire en contact étroit avec l'équipe juridique de la Défenderesse. Ce processus reflète la volonté de la Défenderesse de procéder de manière rationnelle et de bonne foi. Le Tribunal, cependant, n'est pas lié par les conclusions proposées par la Défenderesse et conserve un pouvoir discrétionnaire dans la mise en balance des intérêts en jeu.
 - b) Note que, bien qu'il ait déclaré que sa déclaration ne contredisait pas l'invocation par la Défenderesse de la sensibilité politique et institutionnelle, le chef de cabinet du Premier ministre, M. Martin Koskinen, a donné des indications sur les relations avec les autres ministres et les positions prises par ceux-ci au cours du processus de prise de décision.²⁹
 - c) Note le peu de détails dans le registre des privilèges concernant le contenu et le contexte des documents. Les raisons de cette rareté – préserver la confidentialité des informations – sont compréhensibles, mais l'exercice de mise en balance est nécessairement plus difficile.

55. Pour effectuer cet exercice de mise en balance, le Tribunal s'appuie sur trois critères.

56. En premier lieu, le Tribunal évalue la sensibilité politique ou institutionnelle des documents. Pour ce faire, le Tribunal estime nécessaire d'établir une distinction non

²⁹ Déclaration de témoin de M. Martin Koskinen, paras. 39 à 44.

seulement entre auteurs et destinataires des documents, mais aussi entre documents préparés pour informer les délibérations du Cabinet/du Conseil des ministres et documents reflétant le contenu de ces délibérations. Ces derniers documents peuvent en effet comporter ou impliquer un degré plus élevé de sensibilité politique ou institutionnelle, afin de permettre des discussions franches et sans réserve au sein des cabinets gouvernementaux/des conseils des ministres (voir les paragraphes 46 et 47 ci-dessus).

57. À cet égard, le Tribunal note que le tribunal dans l'affaire *Merrill Ring Forestry c. Canada* avait opéré une distinction similaire :

*The Tribunal is convinced that this distinction is appropriate in this case. Documents brought to the attention of the Cabinet in preparation of eventual discussions or deliberations do not in fact inhibit at all such exercise. Some documents at hand originate in the work of governmental officials, including ministers, while some other are contributed by private entities unrelated to the government. None of them concern actual discussions or deliberations of the Cabinet, let alone a decision on such recommendations. In practice some documents may not even get to be considered by the Cabinet or may be discarded.*³⁰

58. En établissant une distinction entre les documents préparés pour éclairer les délibérations du Cabinet et les documents reflétant ces délibérations, le Tribunal trouve un certain confort dans le fait que le droit canadien établit également une telle distinction. Comme le reconnaît la Défenderesse, la loi fédérale sur la preuve exclut du privilège du cabinet les documents de travail dont l'objet est de présenter des explications générales, des analyses de problèmes ou des options politiques au cabinet pour qu'il en tienne compte lors de la prise de décisions, lorsque (comme c'est le cas en l'espèce) ces décisions sont ensuite rendues publiques.³¹ Comme le fait remarquer à juste titre la Défenderesse, cette loi ne lie pas le Tribunal, mais elle donne un aperçu, d'un point de vue canadien, de l'application responsable du privilège du cabinet dans le contexte des procédures judiciaires ou quasi-judiciaires.³²

³⁰ *Merrill and Ring Forestry L.P. c. Canada* (Affaire CIRDI n° UNCT/07/1, Décision sur la production de documents pour lesquels le privilège du Cabinet a été invoqué, 3 septembre 2008 (Pièce CLA-268))

³¹ *Opposition du défendeur aux demandes de productions de documents privilégiés*, para. 46 n. 47 ; voir Pièce R-106-ENG-FRA, Loi sur la preuve au Canada, LRC (1985) ch. C-5, art. 39(2)(b) & (4).

³² *Opposition du défendeur aux demandes de productions de documents privilégiés*, para. 35.

59. En outre, le Tribunal fait une distinction en ce qui concerne la version finale de la pièce C-281, car le Tribunal a déjà estimé que l'intérêt de la Demanderesse à la production de la pièce C-281, qui est un projet de lettre, l'emportait sur l'intérêt public de la Défenderesse
60. Deuxièmement, comme indiqué ci-dessus (voir le para. 45), le Tribunal met en balance l'intérêt de la Demanderesse à obtenir les documents pour étayer ses demandes ou allégations et l'intérêt de la Défenderesse à ne pas divulguer ces documents.
61. Troisièmement, comme indiqué ci-dessus (voir le para. 55) le Tribunal évalue si les documents demandés sont les seules preuves étayant les revendications ou allégations de la Demanderesse ou si la Demanderesse pourrait étayer ou établir ces revendications ou allégations par d'autres moyens de preuve accessibles.
62. En dernier lieu, le Tribunal aborde la question, soulevée par la Demanderesse, relative aux doublons dans le registre des privilèges de la Défenderesse du 10 décembre 2024.³³ Le Tribunal note l'absence de réaction de la Défenderesse sur cette question dans sa lettre ultérieure.³⁴ En l'absence d'autres informations que celles fournies dans le registre des privilèges, le Tribunal n'est pas en mesure de déterminer si deux documents portant la même date, le même auteur, le même destinataire et le même titre sont deux documents différents. Par conséquent, le Tribunal considère qu'un document portant la même date, le même auteur, le même destinataire et le même titre dans le registre des privilèges de la Défenderesse du 10 décembre 2024 est un doublon et a appliqué la même décision au doublon tel que défini.
63. A cet égard, le Tribunal invite les Parties à se mettre d'accord sur une définition du doublon et à éviter autant que possible la charge d'un travail redondant pour les Parties et le Tribunal en ce qui concerne les registres de privilèges devant être déposés le mois prochain.
64. Enfin, le Tribunal constate qu'il existe des pièces jointes à certains documents. Indépendamment de la décision prise pour la production du « document principal », il

³³ Lettre de la Demanderesse datée du 19 décembre 2024, para. 13.

³⁴ Lettre de la Défenderesse datée du 26 décembre 2024.

est nécessaire que les Parties se réfèrent à la décision individuelle relative à chacun des documents joints pour déterminer si le document joint doit être produit ou non.

V. ORDONNANCE

65. Appliquant le raisonnement détaillé ci-dessus, le Tribunal prend, pour chaque document listé dans le registre de privilèges et pour lequel une demande a été formulée, la décision indiquée dans le tableau figurant en annexe.
66. Le Tribunal ordonne à la Défenderesse de communiquer à la Demanderesse le 31 janvier 2025 au plus tard, les documents identifiés en Annexe A.

Au nom du Tribunal,

Signature

M^{me} Carole Malinvaud
Président du Tribunal
Date : 24 janvier 2025