

Dossier n° 40371

# COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

**SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/  
CANADIAN BROADCASTING CORPORATION**

**LA PRESSE INC., COOPÉRATIVE NATIONALE DE L'INFORMATION  
INDÉPENDANTE (CN2i), LA PRESSE CANADIENNE**

**MEDIAQMI INC., GROUPE TVA INC.**

**APPELANTES**  
(requérantes)

- et -

**SA MAJESTÉ LE ROI**

**PERSONNE DÉSIGNÉE**

**INTIMÉS**  
(intimés)

- et -

**LUCIE RONDEAU, en sa qualité de  
juge en chef de la Cour du Québec**

**INTERVENANTE**  
(requérante)

(Suite des intitulés en page intérieure)

---

**RECUEIL CONDENSÉ DE L'INTERVENANTE  
SOCIÉTÉ DES PLAIDEURS**

*(règle 45 des Règles de la Cour suprême du Canada)*

- 2 -

- et -

**PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA  
ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS MUSULMANS  
SOCIÉTÉ DES PLAIDEURS  
BARREAU DU QUÉBEC  
ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES AVOCATS  
ET AVOCATES DE LA DÉFENSE  
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE  
DE MONTRÉAL-LAVAL-LONGUEUIL  
CENTRE FOR FREE EXPRESSION  
ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES  
AD IDEM/CANADIAN MEDIA LAWYERS ASSOCIATION,  
POSTMEDIA NETWORK INC., GLOBAL NEWS, A DIVISION OF  
CORUS TELEVISION LIMITED PARTNERSHIP,  
TORSTAR CORPORATION AND GLACIER MEDIA INC.  
CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION (ONTARIO)**

**INTERVENANTS**

ET ENTRE :

**PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC**

**APPELANT**  
(requérant)

- et -

**PERSONNE DÉSIGNÉE  
SA MAJESTÉ LE ROI**

**INTIMÉS**  
(intimés)

- 3 -

- et -

**SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/  
CANADIAN BROADCASTING CORPORATION  
LA PRESSE INC., COOPÉRATIVE NATIONALE DE L'INFORMATION  
INDÉPENDANTE (CN2i), LA PRESSE CANADIENNE**

**LUCIE RONDEAU, en sa qualité de  
juge en chef de la Cour du Québec**

**INTERVENANTES  
(requérantes)**

- et -

**PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE  
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA  
ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS MUSULMANS  
SOCIÉTÉ DES PLAIDEURS  
BARREAU DU QUÉBEC  
ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES AVOCATS  
ET AVOCATES DE LA DÉFENSE  
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE  
DE MONTRÉAL-LAVAL-LONGUEUIL  
CENTRE FOR FREE EXPRESSION  
ASSOCIATION CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES  
AD IDEM/CANADIAN MEDIA LAWYERS ASSOCIATION,  
POSTMEDIA NETWORK INC., GLOBAL NEWS, A DIVISION OF  
CORUS TELEVISION LIMITED PARTNERSHIP,  
TORSTAR CORPORATION AND GLACIER MEDIA INC.  
CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION (ONTARIO)**

**INTERVENANTS**

---

**M<sup>e</sup> Bernard Amyot, Ad. E.**  
**M<sup>e</sup> Alexandra R. Lattion**  
**M<sup>e</sup> Geneviève Gaudet**  
**LCM Avocats inc.**  
Bureau 2700  
600, boul. De Maisonneuve Ouest  
Montréal (Québec)  
H3A 3J2

Tél. : 514 375-2665  
Télec. : 514 905-2001  
[bamyot@lcm.ca](mailto:bamyot@lcm.ca)  
[alattion@lcm.ca](mailto:alattion@lcm.ca)  
[ggaudet@lcm.ca](mailto:ggaudet@lcm.ca)

**Procureurs de La Société des plaideurs**

**M<sup>e</sup> Isabelle Kalar  
M<sup>e</sup> Christian Leblanc  
M<sup>e</sup> Patricia Hénault  
Fasken Martineau DuMoulin  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau 3500  
800, rue du Square-Victoria  
Montréal (Québec)  
H3C 0B4

Tél. : 514 397-7400  
Télé. : 514 397-7600  
[ikalar@fasken.com](mailto:ikalar@fasken.com)  
[cleblanc@fasken.com](mailto:cleblanc@fasken.com)  
[phenault@fasken.com](mailto:phenault@fasken.com)

**Procureurs de la Société Radio-Canada/  
Canadian Broadcasting Corporation,  
La Presse inc., Coopérative nationale de  
l'information indépendante (CN2i),  
La Presse canadienne et MediaQMI inc.,  
Groupe TVA inc.**

**M<sup>e</sup> Pierre-Luc Beauchesne  
Bernard, Roy (Justice-Québec)**  
Bureau 8.00  
1, rue Notre-Dame Est  
Montréal (Québec)  
H2Y 1B6

Tél. : 514 393-2336, poste 51564  
Télé. : 514 873-7074  
[pierre-luc.beauchesne@justice.gouv.qc.ca](mailto:pierre-luc.beauchesne@justice.gouv.qc.ca)

**M<sup>e</sup> Simon-Pierre Lavoie  
Bureau des affaires criminelles et pénales**  
4<sup>e</sup> étage  
1200, route de l'Église  
Québec (Québec)  
G1V 4M1

Tél. : 418 646-5580  
Télé. : 418 646-4894  
[simon-pierre.lavoie@justice.gouv.qc.ca](mailto:simon-pierre.lavoie@justice.gouv.qc.ca)

**Procureurs du Procureur général  
du Québec**

**M<sup>e</sup> Sophie Arseneault  
Fasken Martineau DuMoulin  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau 1300  
55, rue Metcalfe  
Ottawa (Ontario)  
K1P 6L5

Tél. : 613 236-3882  
Télé. : 613 230-6423  
[sarseneault@fasken.com](mailto:sarseneault@fasken.com)

**Correspondante de la Société Radio-Canada/  
Canadian Broadcasting Corporation,  
La Presse inc., Coopérative nationale de  
l'information indépendante (CN2i),  
La Presse canadienne et MediaQMI inc.,  
Groupe TVA inc.**

**M<sup>e</sup> Pierre Landry  
Noël & Associés**  
2<sup>e</sup> étage  
225, montée Paiement  
Gatineau (Québec)  
J8P 6M7

Tél. : 819 771-7393  
Télé. : 819 771-5397  
[p.landry@noelassocies.com](mailto:p.landry@noelassocies.com)

**Correspondant du Procureur général  
du Québec**

**M<sup>e</sup> Maxime Roy**  
**M<sup>e</sup> Ariane Gagnon-Rocque**  
**Roy & Charbonneau Avocats**  
Bureau 395  
Complexe Jules-Dallaire, Tour 2  
2828, boul. Laurier  
Québec (Québec)  
G1V 0B9

Tél. : 418 694-3003  
Télé. : 418 694-3008  
[mroy@rcavocats.ca](mailto:mroy@rcavocats.ca)  
[agagnonrocque@rcavocats.ca](mailto:agagnonrocque@rcavocats.ca)

**Procureurs de Lucie Rondeau,**  
**en sa qualité de juge en chef de**  
**la Cour du Québec**

**M<sup>e</sup> Christopher M. Rugar**  
**Département de la Justice Canada**  
Bureau 500  
50, rue O'Connor  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8

Tél. : 613 670-6290  
Télé. : 613 954-1920  
[christopher.rugar@justice.gc.ca](mailto:christopher.rugar@justice.gc.ca)

**Procureur du Procureur général**  
**du Canada**

**M<sup>e</sup> Katie Doherty**  
**M<sup>e</sup> James Clark**  
**Procureur général de l'Ontario**  
10<sup>e</sup> étage  
720 Bay Street  
Toronto (Ontario)  
M7A 2S9

Tél. : 416 326-4600  
Télé. : 416 326-4656  
[katie.doherty@ontario.ca](mailto:katie.doherty@ontario.ca)  
[jim.clark2@ontario.ca](mailto:jim.clark2@ontario.ca)

**Procureurs du Procureur général**  
**de l'Ontario**

**M<sup>e</sup> Lesley A. Ruzicka**  
**Procureur général de**  
**la Colombie-Britannique**  
3<sup>e</sup> étage  
940 Blanshard Street  
Victoria (Colombie-Britannique)  
V8W 3E6

Tél. : 250 387-0284  
Télé. : 250 387-4262  
[lesley.ruzicka@gov.bc.ca](mailto:lesley.ruzicka@gov.bc.ca)

**M<sup>e</sup> Matthew Estabrooks**  
**Gowling WLG (Canada)**  
**S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau 2600  
160, rue Elgin  
Ottawa (Ontario)  
K1P 1C3

Tél. : 613 233-1781  
Télé. : 613 563-9869  
[matthew.estabrooks@gowlingwlg.com](mailto:matthew.estabrooks@gowlingwlg.com)

**M<sup>e</sup> Liliane Y. Bantourakis**  
**Procureur général de**  
**la Colombie-Britannique**  
Bureau 900  
840 Howe Street  
Vancouver (Colombie-Britannique)  
V6Z 2S9

Tél. : 604 666-6057  
Télé. : 604 666-9295  
[liliane.bantourakis@justice.gc.ca](mailto:liliane.bantourakis@justice.gc.ca)

**Procureures du Procureur général**  
**de la Colombie-Britannique**

**Correspondant du Procureur général**  
**de la Colombie-Britannique**

**M<sup>e</sup> Deborah J. Alford**  
**Procureur général de l'Alberta**  
3<sup>e</sup> étage  
9833 109 Street  
Edmonton (Alberta)  
T5K 2E8

Tél. : 780 422-5402  
Télé. : 780 422-1106  
[deborah.alford@gov.ab.ca](mailto:deborah.alford@gov.ab.ca)

**Procureure du Procureur général**  
**de l'Alberta**

**M<sup>e</sup> D. Lynne Watt**  
**Gowling WLG (Canada)**  
**S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau 2600  
160, rue Elgin  
Ottawa (Ontario)  
K1P 1C3

Tél. : 613 233-1781  
Télé. : 613 563-9869  
[lynne.watt@gowlingwlg.com](mailto:lynne.watt@gowlingwlg.com)

**Correspondante du Procureur général**  
**de l'Alberta**

**M<sup>e</sup> Sherif M. Foda**  
**Foda Law**  
Bureau 101  
171 John Street  
Toronto (Ontario)  
M5T 1X3

Tél. : 416 642-1438  
Télé. : 888 740-5171  
[sherif@fodalaw.com](mailto:sherif@fodalaw.com)

**M<sup>e</sup> Yavar Hameed**  
**Hameed Law**  
43, rue Florence  
Ottawa (Ontario)  
K2P 0W6

Tél. : 613 627-2974  
Télé. : 613 232-2680  
[yhameed@hameedlaw.ca](mailto:yhameed@hameedlaw.ca)

**Procureur de l'Association  
canadienne des avocats musulmans**

**Correspondant de l'Association  
canadienne des avocats musulmans**

**M<sup>e</sup> Sylvie Champagne**  
**M<sup>e</sup> Nicolas Le Grand Alary**  
**M<sup>e</sup> André-Philippe Mallette**  
**Barreau du Québec**  
445, boul. Saint-Laurent  
Montréal (Québec)  
H2Y 3T8

Tél. : 514 954-3400  
Télé. : 514 954-3407  
[schampagne@barreau.qc.ca](mailto:schampagne@barreau.qc.ca)  
[nlegrandalary@barreau.qc.ca](mailto:nlegrandalary@barreau.qc.ca)  
[apmallette@barreau.qc.ca](mailto:apmallette@barreau.qc.ca)

**Procureurs du Barreau du Québec**

**M<sup>e</sup> Mairi Springate**  
Bureau 330  
1695, boul. Laval  
Laval (Québec)  
H7S 2M2

Tél. : 514 844-1225  
Télé. : 450 490-3975  
[mspringate@avocat.ca](mailto:mspringate@avocat.ca)

**M<sup>e</sup> Chantal Bellavance**  
**Boro Frigon Gordon Jones**  
Bureau 2350  
500, Place d'Armes  
Montréal (Québec)  
H2Y 2W2

Tél. : 514 707-0558  
Télé. : 514 288-7772  
[cbellavance@borogroup.com](mailto:cbellavance@borogroup.com)

**Procureures de l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense  
et Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil**



**M<sup>e</sup> Alexi Wood**  
**M<sup>e</sup> Abby Deshman**  
**St. Lawrence Barristers PC**  
2<sup>e</sup> étage  
33 Britain Street  
Toronto (Ontario)  
M5A 1R7

Tél. : 647 245-2121  
Télé. : 647 245-8285  
[alexi.wood@stlbarristers.ca](mailto:alexi.wood@stlbarristers.ca)  
[abby.deshman@stlbarristers.ca](mailto:abby.deshman@stlbarristers.ca)

**Procureures du Centre for free  
expression**

**M<sup>e</sup> Adam Goldenberg**  
**McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau 5300  
TD Bank Tower  
66 Wellington Street West  
Toronto (Ontario)  
M5K 1E6

Tél. : 416 362-1812  
Télé. : 416 868-0673  
[agoldenberg@mccarthy.ca](mailto:agoldenberg@mccarthy.ca)

**M<sup>e</sup> Marie-France Major**  
**Supreme Advocacy LLP**  
Bureau 100  
340, rue Gilmour  
Ottawa (Ontario)  
K2P 0R3

Tél. : 613 695-8855  
Télé. : 613 695-8580  
[mfmajor@supremeadvocacy.ca](mailto:mfmajor@supremeadvocacy.ca)

**Correspondante du Centre for free  
expression**

**M<sup>e</sup> Simon Bouthillier**  
**McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
Bureau MZ400  
1000, rue De La Gauchetière Ouest  
Montréal (Québec)  
H3B 0A2

Tél. : 514 397-4100  
Télé. : 514 875-6246  
[sbouthillier@mccarthy.ca](mailto:sbouthillier@mccarthy.ca)

**Procureurs de l'Association canadienne des libertés civiles**

**M<sup>e</sup> Scott Dawson**  
**M<sup>e</sup> Catherine Georges**  
**Farris LLP**  
25<sup>e</sup> étage  
700 West Georgia Street  
Vancouver (Colombie-Britannique)  
V7Y 1B3

Tél. : 604 684-9151  
Télé. : 604 661-9349  
[sdawson@farris.com](mailto:sdawson@farris.com)  
[cgeorge@farris.com](mailto:cgeorge@farris.com)

**Procureurs de Ad IDEM/Canadian  
Media Lawyers Association, Postmedia  
Network Inc., Global News, a division of  
Corus Television Limited Partnership,  
Torstar Corporation and Glacier  
Media Inc.**

**M<sup>e</sup> Anil K. Kapoor**  
**Kapoor Barristers**  
Bureau 2900  
161 Bay Street  
Toronto (Ontario)  
M5J 2S1

Tél. : 416 363-2700  
Télé. : 416 363-2787  
[akk@kapoorbarristers.com](mailto:akk@kapoorbarristers.com)

**M<sup>e</sup> Alexandra Heine**  
**Stockwoods LLP Barristers**  
Bureau 4130  
TD North Tower  
77 King Street West  
Toronto (Ontario)  
M5K 1H1

Tél. : 416 593-7200  
Télé. : 416 593-9345  
[alexandrah@stockwoods.ca](mailto:alexandrah@stockwoods.ca)

**Procureurs de la Criminal  
Lawyers' Association**

**M<sup>e</sup> Marie-France Major**  
**Supreme Advocacy LLP**  
Bureau 100  
340, rue Gilmour  
Ottawa (Ontario)  
K2P 0R3

Tél. : 613 695-8855  
Télé. : 613 695-8580  
[mfmajor@supremeadvocacy.ca](mailto:mfmajor@supremeadvocacy.ca)

**Correspondante de Ad IDEM/Canadian  
Media Lawyers Association, Postmedia  
Network Inc., Global News, a division of  
Corus Television Limited Partnership,  
Torstar Corporation and Glacier  
Media Inc.**

**M<sup>e</sup> Darius Bossé**  
**Juriste Power Law**  
Bureau 1313  
50, rue O'Connor  
Ottawa (Ontario)  
K1P 6L2

Tél. : 613 702-5566  
Télé. : 613 702-5561  
[dbosse@juristespower.ca](mailto:dbosse@juristespower.ca)

**Correspondant de la Criminal  
Lawyers's Association**

**TABLE DES MATIÈRES**

**Recueil condensé de la Société des plaideurs**

---

<b>Onglet</b>	<b>Description des documents</b>	<b>Pages ou paragraphes cités</b>
Schéma de plaidoirie		
1	<i>Personne désignée c. Vancouver Sun</i> , 2007 CSC 43	<a href="#">Par. 30, 37, 48-51</a> et <a href="#">59</a>
2	<i>R. c. Basi</i> , 2009 CSC 52	<a href="#">Par. 57</a>
3	<i>Postmedia Network Inc. v. Named Persons</i> , 2022 BCCA 431	<a href="#">Par. 82</a> et <a href="#">84</a>
4	Mémoire des Appelantes Radio-Canada et al.	<a href="#">Par. 68</a> et <a href="#">86 à 88</a>
5	<i>R. c. Kahsai</i> , 2023 CSC 20	<a href="#">Par. 64</a> et <a href="#">65</a>
6	<i>Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario</i> , 2013 CSC 43	<a href="#">Par. 47</a>
7	<i>R. v. Bacon</i> , 2020 BCCA 140	<a href="#">Par. 69</a>

**SCHÉMA DE PLAIDOIRIE DE L'INTERVENANTE**  
**SOCIÉTÉ DES PLAIDEURS**

1. **Position de la Société des plaideurs : Favoriser la nomination d'un *amicus curiae* dès la revendication du privilège de l'indicateur**
  - *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 48 à 51, [onglet 1](#)
  - *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, par. 57, [onglet 2](#)
  - *Postmedia Network Inc. v. Named Persons*, 2022 BCCA 431, par. 82 et 84, [onglet 3](#)
  
2. **Une solution qui prévient l'érosion du privilège de l'indicateur**
  - *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 30 et 37, [onglet 1](#)
  - Mémoire des Appelantes Radio-Canada et al., par. 68 et par. 86 à 88, [onglet 4](#)
  - *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 59, [onglet 1](#)
  - *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 48 à 51, [onglet 1](#)
  
3. **Le rôle de l'*amicus curiae* adapté à la lumière de l'arrêt *Kahsai***
  - *R. c. Kahsai*, 2023 CSC 20, par. 64 et 65, [onglet 5](#)
  - *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, par. 47, [onglet 6](#)
  - *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, par. 49, [onglet 1](#)
  - *R. v. Bacon*, 2020 BCCA 140, par. 69, [onglet 7](#)

Montréal, 7 décembre 2023



---

**M<sup>e</sup> Bernard Amyot, Ad. E.**  
**M<sup>e</sup> Alexandra R. Lattion**  
**M<sup>e</sup> Geneviève Gaudet**  
**LCM Avocats inc.**  
**Procureurs de la Société des plaideurs**

# Onglet 1

**Named Person and Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State** *Appellants*

v.

**The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Canadian Broadcasting Corporation, CKNW, Citytv and CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and Law Society of British Columbia** *Interveners*

INDEXED: NAMED PERSON v. VANCOUVER SUN

Neutral citation: 2007 SCC 43.

File No.: 30963.

2007: April 24; 2007: October 11.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

*Courts — Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.*

The appellant Named Person informed the judge, during an *in camera* portion of extradition proceedings, that he was a confidential police informant, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General, who was acting on behalf of the

**Personne désignée et procureur général du Canada au nom de l'État requérant** *Appellants*

c.

**The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Société Radio-Canada, CKNW, Citytv et CTV, une division de Bell Globemedia Inc.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario et Law Society of British Columbia** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PERSONNE DÉSIGNÉE c. VANCOUVER SUN

Référence neutre : 2007 CSC 43.

N° du greffe : 30963.

2007 : 24 avril; 2007 : 11 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Tribunaux — Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?*

L'appelante, une personne désignée, a informé le juge pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général appellant, qui représentait l'État ayant demandé son

suffice: Sopinka, Lederman and Bryant, at p. 884. The exception applies only where disclosure of the informer's identity is the *only* way that the accused can establish innocence: *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32, at para. 4.

In this Court's decision in *Leipert*, it was clearly established that innocence at stake is the *only* exception to the informer privilege rule. The rule does not allow an exception for the right to make full answer and defence. Nor does the rule allow an exception for disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Indeed, the Court's decision in *Leipert* suggests, at para. 24, that an absolute informer privilege rule, subject only to the innocence at stake exception, is consistent with the *Charter's* provisions dealing with trial rights:

To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. The common law rule of informer privilege, however, does not offend this principle. From its earliest days, the rule has affirmed the priority of the policy of the law "that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved" by permitting an exception to the privilege where innocence is at stake: *Marks v. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly referred to informer privilege as an example of the policy of the law that the innocent should not be convicted, rather than as a deviation from it.

For the sake of clarity, it is useful to pause here to explain the law regarding what were argued before us as some "other" exceptions to the informer privilege rule. As already noted, the only real exception to the informer privilege rule is the innocence at stake exception: *Leipert*. All other purported exceptions to the rule are either applications of the innocence at stake exception or

s'applique uniquement s'il existe des preuves étayant une telle conclusion; les simples conjectures ne suffisent pas : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 884. L'exception s'applique uniquement dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur de police est le *seul* moyen pour l'accusé de faire la preuve de son innocence : *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32, par. 4.

Dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a clairement établi que la démonstration de l'innocence de l'accusé est la *seule* exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. Ne sont admis comme exception à la règle ni le droit à une défense pleine et entière, ni le droit à la communication de la preuve au titre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. D'ailleurs, dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a laissé entendre, au par. 24, que le privilège relatif aux indicateurs de police en tant que règle absolue, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, est conforme aux dispositions de la *Charte* portant sur le droit à un procès équitable :

Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe.

Par souci de clarté, j'estime utile à ce moment d'expliquer l'état du droit en ce qui concerne quelques « autres » exceptions à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police qui ont été invoquées devant nous. Comme je l'ai déjà indiqué, l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé est la seule véritable exception au privilège relatif aux indicateurs de police : *Leipert*. Toutes

else examples of situations in which the privilege does not actually apply. For example, situations in which the informer is a material witness to a crime fall within the innocence at stake exception: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 996. The privilege does not apply to an individual whose role extends beyond that of an informer to being an *agent provocateur*: *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.); Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-28. Similarly, situations in which s. 8 of the *Charter* is invoked to argue that a search was not undertaken on reasonable grounds may fall within the innocence at stake exception: *Scott*. Thus, as I noted, the only time that the privilege, once found, can be breached, is in the case of an accused raising the innocence at stake exception. All other so-called exceptions are simply applications of this one true exception: *Scott*, at p. 996; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 254.

les autres prétendues exceptions à la règle constituent, en fait, soit des cas d'application de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, soit des cas où le privilège ne s'applique pas réellement. Par exemple, les cas où l'indicateur de police est un témoin essentiel d'un crime sont visés par l'exception relative à la démonstration de l'innocence : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 996. Le privilège ne s'applique pas à la personne qui, en plus d'être un indicateur de police, a agi comme agent provocateur : *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.); Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-28. De même, l'exception relative à la démonstration de l'innocence peut s'appliquer dans les cas où l'art. 8 de la *Charte* est invoqué pour plaider qu'une fouille ou une perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables : *Scott*. Ainsi, comme je l'ai mentionné, l'exception relative à la démonstration de l'innocence d'un accusé est la seule exception au privilège, une fois son existence reconnue. Toutes les autres soi-disant exceptions ne constituent en fait que l'application de cette seule véritable exception : *Scott*, p. 996; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 254.

30 In conclusion, the general rationale for the informer privilege rule requires a privilege which is extremely broad and powerful. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time.

En conclusion, la justification générale de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police exige un privilège extrêmement large et impératif. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps.

#### B. *The Open Court Principle*

#### B. *Principe de la publicité des débats judiciaires*

31 The "open court principle" is a "hallmark of a democratic society", as this Court said in *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para.

Le « principe de la publicité des débats en justice » est une « caractéristique d'une société démocratique », comme notre Cour l'a déclaré dans



23. This principle, as the Court noted in that case, “has long been recognized as a cornerstone of the common law” (para. 24), and has been recognized as part of the law since as far back as *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), and *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), where Lord Atkin wrote, at p. 335: “Justice is not a cloistered virtue”. “Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity” (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Open courts have several distinct benefits. Public access to the courts allows anyone who cares to know the opportunity to see “that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“CBC”), at para. 22. An open court is more likely to be an independent and impartial court. Justice seen to be done is in that way justice more likely to be done. The openness of our courts is a “principal component” of their legitimacy: *Vancouver Sun*, at para. 25.

In addition to its longstanding role as a common law rule required by the rule of law, the open court principle gains importance from its clear association with free expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. In the context of this appeal, it is important to note that s. 2(b) provides that the state must not interfere with an individual’s ability to “inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents” (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1338, citing *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597). La Forest J. adds at para. 24 of *CBC*: “[e]ssential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information” (emphasis added). Section 2(b)

l’arrêt *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 23. Comme notre Cour l’a signalé dans cet arrêt, ce principe « est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law » (par. 24) et figure au nombre de nos principes de droit depuis les arrêts *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), et *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), dans lequel lord Atkin s’est exprimé ainsi à la p. 335 : [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes ». [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l’effort et la meilleure des protections contre l’improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115).

La publicité des débats judiciaires présente plusieurs avantages distincts. L’accès du public aux tribunaux offre à toute personne qui le souhaite la possibilité de constater « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *Société Radio-Canada* »), par. 22. La publicité des débats judiciaires favorise l’indépendance et l’impartialité des tribunaux. S’il y a apparence de justice, il est alors plus probable que justice soit rendue. La publicité des débats constitue « l’élément principal » de la légitimité du processus judiciaire : *Vancouver Sun*, par. 25.

Outre son rôle de longue date comme règle de common law inhérente à la primauté du droit, le principe de la publicité des débats judiciaires est d’autant plus important qu’il est manifestement lié à la liberté d’expression, garantie à l’al. 2b) de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de noter que l’al. 2b) dispose que l’État ne doit pas empêcher les particuliers « d’examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1338, citant *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), p. 597). Le juge La Forest ajoute au par. 24 de l’arrêt *Société Radio-Canada* que « [p]our que la presse exerce sa liberté d’informer le public, il

also protects the ability of the press to have access to court proceedings (*CBC*, at para. 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 53).

34 Returning to our examination of the open court principle, I note that it is clearly a broad principle of general application to all judicial proceedings. The principle has gained some jurisprudential purchase through this Court's decisions in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In those decisions, the Court developed a test — colloquially known as the *Dagenais/Mentuck* test — “to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test”: *Vancouver Sun*, at para. 28. The test has two parts, which mirror the minimal impairment and proportionality steps in the s. 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The test was set out at para. 23 of *Mentuck*.

35 However, we need not delve into a detailed analysis of the *Dagenais/Mentuck* test. As the Court made clear in *Dagenais*, at pp. 874-75, the test was intended to apply only to exercises of discretionary power by a trial judge. This understanding of the test was reaffirmed in *Vancouver Sun*, at para. 31, where Iacobucci and Arbour JJ. expanded the application of the test beyond discretionary publication bans (which were at issue in the *Dagenais* and *Mentuck* decisions) to “all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings” (emphasis added).

36 The *Dagenais/Mentuck* test has a wide area of application, but we must take caution not to widen it beyond its proper scope. The test was never intended to apply to all actions limiting freedom of

est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information » (je souligne). L'alinéa 2b) protège également le droit de la presse d'assister aux instances judiciaires (*Société Radio-Canada*, par. 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 53).

Revenant à notre examen du principe de la publicité des débats judiciaires, je constate qu'il s'agit manifestement d'un principe général s'appliquant à toutes les procédures judiciaires. Ce principe est reconnu dans la jurisprudence depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. Dans ces arrêts, notre Cour a élaboré un critère — couramment appelé le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* — « afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, incorporant ainsi l'essence de la pondération selon le critère de l'arrêt *Oakes* » : *Vancouver Sun*, par. 28. Le critère comporte deux volets, qui reprennent les étapes de l'analyse de l'article premier relatives à l'atteinte minimale et à la proportionnalité énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère a été formulé au par. 23 de l'arrêt *Mentuck*.

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser en profondeur le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck*. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans *Dagenais*, p. 874-875, le critère devait uniquement s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Cette interprétation du critère a été réaffirmée dans l'arrêt *Vancouver Sun*, par. 31, où les juges Iacobucci et Arbour ont étendu l'application du critère, élaboré dans le contexte des interdictions de publication d'ordre discrétionnaire (en cause dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*) pour qu'il « s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires » (je souligne).

Le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* est d'application très large, mais il faut veiller à ne pas en étendre la portée au-delà des limites voulues. Il n'a jamais été question de l'appliquer à toutes les

expression in a court. The limitation to discretionary action was clear from the test's first incarnation in *Dagenais*, where Lamer C.J. wrote at pp. 874-75:

Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publication ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule. [Emphasis in original.]

As should now be clear from the examination of the informer privilege rule, it is this last situation which faces the Court in this case. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a “test” for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply to the privilege in this case. The informer privilege rule does *not* provide a trial judge with a discretionary power to order a publication ban. Quite the contrary. When a trial judge finds that an informer privilege exists, then, as the Court stated in *Bisaillon v. Keable*, at p. 93, “[i]ts application does not depend on the judge’s discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound”.

### C. *Secrecy and Openness*

What is being argued in this case is that the informer privilege rule is discretionary, and that judges have the power to determine, on a

mesures visant à restreindre la liberté d’expression devant les tribunaux. Le critère devait manifestement s’appliquer uniquement à l’exercice du pouvoir discrétionnaire et ce, dès son élaboration dans l’arrêt *Dagenais*, où le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit aux p. 874-875 :

La contestation d’une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l’opposition à l’interdiction. Si, aux termes d’une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d’une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de common law contraint un juge ou l’autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d’une façon qui n’est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d’une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

Il devrait désormais clairement ressortir de l’examen de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police que c’est de cette dernière situation dont notre Cour est saisie en l’espèce. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l’application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s’appliquent pas au privilège revendiqué en l’espèce. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police *ne* confère *pas* au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d’interdiction de publication. Bien au contraire. Lorsque le juge du procès conclut à l’existence d’un privilège relatif aux indicateurs de police, alors, comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Bisaillon c. Keable*, p. 93, « [s]on application ne relève en rien de la discrétion du juge car c’est une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge ».

### C. *Secret et transparence*

En l’espèce, on affirme que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est discrétionnaire et que les juges ont le pouvoir de déterminer, dans

case-by-case basis, whether the courtroom should be closed to protect informer privilege.

39 This proposition cannot be accepted. The informer privilege rule is mandatory (subject only to the “innocence at stake” exception). To permit trial judges wide discretion in determining whether to protect informer privilege would undermine the purposes of the rule. Part of the rationale for a mandatory informer privilege rule is that it encourages would-be informers to come forward and report on crimes, safe in the knowledge that their identity will be protected. A rule that gave trial judges the power to decide on an *ad hoc* basis whether to protect informer privilege would create a significant disincentive for would-be informers to come forward, thereby eviscerating the usefulness of informer privilege and dealing a great blow to police investigations.

40 Although a judge has no discretion not to apply the informer privilege rule, to ensure that the open court principle is respected, we must ensure that it retains the maximum effect possible by requiring that the informer privilege cover only that information which would in fact tend to reveal an informer’s identity; all other information regarding the proceeding would continue to be information which should be published under the open court principle. It is clear therefore that an informer need simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage, i.e. at the stage where the privilege is to be found to be present.

41 In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge

chaque cas, si la protection du privilège exige le huis clos.

Cette proposition est inacceptable. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police est impérative (sous réserve seulement de l’exception de la « démonstration de l’innocence de l’accusé »). Accorder aux juges du procès un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs de police doit être protégé minerait les fins de cette règle. La règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu’elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée. Une règle qui accorderait aux juges du procès le pouvoir de déterminer dans chaque cas si le privilège de l’indicateur doit être protégé aurait pour effet de décourager les indicateurs éventuels de se manifester, ce qui anéantirait ainsi l’utilité du privilège et porterait un grand coup aux enquêtes policières.

Même si un juge ne peut à sa discrétion refuser d’appliquer la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, nous devons, afin d’assurer le respect du principe de la publicité des débats judiciaires, veiller à ce qu’il produise son effet dans toute la mesure du possible en exigeant que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique uniquement aux renseignements réellement susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur; tous les autres renseignements sur l’instance demeureraient des renseignements pouvant être publiés en application du principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, l’indicateur n’a qu’à indiquer que l’audience doit se dérouler à huis clos. Il n’est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d’indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape, c’est-à-dire à l’étape où le juge doit décider si un privilège existe.

C’est donc dire, plus concrètement, que s’il conclut à l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure

ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer's identity.

This approach is in line with the one taken to the open court principle in *Dagenais* and *Mentuck*. As noted above (at para. 35), the test set out in those cases is a particular attempt to balance open courts with secrecy requirements in situations of judicial discretion. In other words, it is one application of the open court principle to a situation of secrecy. This case presents a different application: where the secrecy arises out of the informer privilege rule and allows the trial judge no discretion, *Dagenais/Mentuck* does not apply.

In this case, the trial judge found that the common law rule requiring a publication ban was discretionary. He therefore disposed of the appellant Named Person's claim as if it were governed by the *Dagenais/Mentuck* test. With respect, he erred in this regard. As a result, the parties chose not to bring the *Charter* application required to challenge a mandatory common law rule, and there is no *Charter* challenge before us.

The range of situations in which the open court principle and informer privilege are in conflict is not easy to describe in the abstract. As noted earlier, informer privilege arises most often in the course of a criminal trial, when a Crown witness is asked on cross-examination about the source of some information which led to the trial. I do not think it is necessary at this time to weigh in on the specific application of the open courts principle in such circumstances. The facts before this Court in this case present a different, less common

qu'en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur.

Cette approche est conforme à la démarche retenue dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* à l'égard du principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je l'ai déjà fait remarquer (au par. 35), le critère énoncé dans ces arrêts visait en particulier à établir l'équilibre entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les exigences de confidentialité dans les cas où les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, il s'agit d'un cas d'application du principe de la publicité des débats judiciaires à une cause assujettie au secret. Il n'en est pas ainsi en l'espèce : si l'exigence de confidentialité découle de l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge, le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* ne s'applique pas.

En l'espèce, le juge de première instance a décidé que la règle de common law exigeant une interdiction de publication était discrétionnaire. Il a donc rendu sa décision à l'égard de la demande de la personne désignée comme si le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* s'appliquait. En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. En conséquence, les parties ont choisi de ne pas invoquer la *Charte* pour contester une règle de common law impérative, et nous ne sommes pas saisis d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Il n'est pas facile de décrire dans l'abstrait toutes les situations dans lesquelles il peut y avoir conflit entre le principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège relatif aux indicateurs de police. Comme je l'ai indiqué précédemment, le privilège relatif aux indicateurs de police est le plus souvent revendiqué dans le contexte d'un procès criminel, lorsqu'un témoin du ministère public est contre-interrogé au sujet de la source de certains renseignements ayant occasionné la tenue du procès. À mon sens, il n'est pas

42

43

44

circumstance in which the open court principle must still accommodate the protection of informer privilege. In order to see clearly how this ought to play out, I think it is useful to describe the procedure to be followed by a judge in a case of informer privilege such as the one before the Court. The procedure described below, although informed by the particular facts of this case, will nonetheless provide guidance in all cases where a question of informer privilege arises; other circumstances may of course require the court to modify this approach accordingly.

#### D. *The Procedure to Be Followed*

45 The interface between the informer privilege rule and the open court principle in the context of a hearing where a party claims to be a confidential police informant must at the same time allow for the protection of the identity of the informer from any possibility of disclosure and the maintenance of public access to the courtroom to the greatest extent possible. In order to best illustrate how this can be achieved, I will in what follows set out a procedure to be followed in a case such as the one before the Court, where an individual who is in the midst of criminal or quasi-criminal proceedings for some reason discloses to the court his or her status as a confidential informer.

46 In such a proceeding, the parties before the judge will be the individual and the Attorney General of Canada (or the Crown). If the individual wishes to make a claim that he or she is a confidential informer, he or she should ask the judge to adjourn the proceedings immediately and continue *in camera*. The proceedings will proceed *in camera*, with only the individual and the Attorney General present, in order to determine if sufficient evidence exists to determine that the person is a confidential informer and therefore able to claim informer privilege.

nécessaire à ce moment d'examiner l'application particulière du principe de la publicité des débats judiciaires dans de telles circonstances. En l'espèce, les faits soumis à notre Cour indiquent une situation différente et moins commune où le principe de la publicité des débats judiciaires doit permettre l'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Afin d'illustrer clairement la façon de procéder, j'estime utile de décrire la démarche que doit suivre le juge saisi d'une cause faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police comme en l'espèce. La marche à suivre exposée ci-après, bien qu'elle soit fonction des faits propres à l'espèce, pourra quand même servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège relatif aux indicateurs de police; le tribunal pourra bien sûr modifier la démarche pour l'adapter à des faits différents.

#### D. *La démarche*

Dans le contexte d'une audience où une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police, la relation entre la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et le principe de la publicité des débats judiciaires doit à la fois permettre la protection de l'indicateur contre toute possibilité que son identité soit révélée et assurer, dans la mesure du possible, l'accès du public à la salle d'audience. Pour bien illustrer le moyen d'atteindre cet objectif, j'exposerai ci-après une démarche à suivre dans un cas comme celui qui nous occupe où, dans une instance criminelle ou quasi criminelle, une personne dévoile au tribunal son rôle d'indicateur confidentiel.

Dans une telle instance, les parties seront la personne qui revendique le privilège et le procureur général du Canada (ou le ministère public). Si la personne souhaite revendiquer le rôle d'indicateur confidentiel, elle doit demander au juge de prononcer sans tarder l'ajournement et de poursuivre l'audition de l'affaire à huis clos. L'instance se poursuivra à huis clos en présence uniquement de cette personne et du procureur général 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.

While the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply. This means that under no circumstances should any third party be admitted to the proceedings, and even the claim of informer privilege must not be disclosed. The only parties admitted in this part of the proceeding are the person who seeks the protection of the privilege and the Attorney General. It is the responsibility of the judge at this stage to demand from the parties some evidence which satisfies the judge, on balance, that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies. I cannot overemphasize the importance of this last point. The judge *has no discretion* not to apply the privilege: *Bisaillon v. Keable*, at p. 93. If the person is an informer, the privilege applies fully.

Of course, we must make allowances for the difficult position that the judge will be in, namely an *in camera* proceeding in which both parties — the alleged informer and the Attorney General — will often both be arguing in favour of the same conclusion. (Conceivably, of course, the Attorney General might dispute the individual's claim to informer privilege status.) If such a circumstance should arise, the non-adversarial nature of the proceedings at this stage may cause concern. Therefore, it may be permissible in some cases for a judge to appoint an *amicus curiae* in order to assist in the determination of whether or not the evidence supports the conclusion that the person is a confidential informer. However, the mandate of the *amicus* must be precise, and the role of the *amicus* must be limited to this factual task. The legal issues are of another nature. The judge alone makes the legal determination that a confidential informer is present, and that the informer privilege applies. Here, the *amicus* was asked what was the scope of the privilege. Moreover, given the importance of protecting the confidential informer's identity, if a trial judge decides that the assistance of an *amicus* is needed, caution must be taken to ensure that the *amicus* is provided with only that information which is absolutely essential to determining if the

Alors que le juge détermine si le privilège s'applique, la plus grande prudence s'impose en supposant que le privilège s'applique. Ainsi, aucun tiers ne peut être admis dans la salle d'audience sous aucun prétexte, et même la revendication du privilège de l'indicateur ne doit pas être révélée. Les seules parties admises à cette étape de l'instance sont la personne qui demande la protection au titre du privilège et le procureur général. 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. Je ne saurais trop insister sur l'importance de ce dernier point. Le juge *n'a pas le pouvoir* de refuser d'appliquer le privilège : *Bisaillon c. Keable*, p. 93. Si la personne est un indicateur, le privilège s'applique pleinement.

De toute évidence, il faut tenir compte de la position plutôt délicate dans laquelle se trouve le juge : il tient une audience à huis clos dans laquelle les deux parties — le présumé indicateur et le procureur général — plaident souvent toutes les deux dans le même sens. (Le procureur général pourrait, bien entendu, contester la revendication du privilège.) Le cas échéant, le caractère non contradictoire de l'instance à cette étape peut être source de préoccupation. Par conséquent, dans certains cas, il serait loisible au juge de nommer un *amicus curiae* qui l'aiderait à déterminer si la preuve permet de conclure que la personne est un indicateur confidentiel. Toutefois, l'*amicus curiae* doit être investi d'un mandat précis, et son rôle ne peut dépasser les limites de cette analyse des faits. Les questions de droit revêtent une toute autre nature. Le juge seul détermine, en droit, s'il est en présence d'un indicateur confidentiel et si le privilège de l'indicateur s'applique. Dans cette affaire, le juge a demandé à l'*amicus curiae* de se prononcer sur l'étendue du privilège. En outre, étant donné l'importance que revêt la protection de l'identité de l'indicateur confidentiel, le juge doit veiller, s'il estime que l'aide d'un *amicus curiae* est requise, à ne lui fournir que les renseignements dont il a absolument besoin pour déterminer si le privilège s'applique. Vu le mandat

privilege applies. Given the mandate of the *amicus* in the present case, it appears that the appointment was inappropriate.

49 In the course of the determination of whether or not the privilege applies, the proceedings will be carried on *in camera*. During this determination, the only parties with standing will be the Attorney General and the person claiming the protection of the privilege, in addition to an *amicus* with the mandate set out above, in those unusual situations in which the judge finds this to be necessary. No other parties have standing in this part of the proceeding. The reason for this is simple: since the determination of the applicability of the privilege is a simple matter of determining whether the person is indeed a confidential informer — I repeat that no balancing of competing legal interests or rights is at stake — no one else will have any arguments of value to contribute to this determination. Furthermore, allowing third parties standing at this stage would needlessly increase the risk of disclosure of the identity of the confidential informer.

50 Having established the existence of an informer privilege, the judge is charged with carrying on the proceedings without violating that privilege by disclosing any information that might tend to reveal the confidential informer's identity while at the same time protecting and promoting the values of the open court principle.

51 In determining the proper way of protecting informer privilege and realizing the open court principle, the judge must concern himself or herself with minimal intrusion. He or she may allow submissions from individuals or organizations other than the Attorney General and the informer at this point. This is of course because the Attorney General and the confidential informer will argue strenuously in favour of restricting any and all disclosure of information related to the proceeding, eliminating the efficiencies of the adversarial process. Restricted disclosure will of course be necessary to protect the privileged information, but the protection of the open court principle demands that all information necessary to ensure that meaningful submissions,

confié à l'*amicus curiae* dans cette affaire, sa nomination était manifestement inappropriée.

Les procédures menant à la décision que le privilège s'applique ou non se déroulent à huis clos. Les seules parties ayant alors qualité pour agir sont le procureur général et la personne qui revendique le privilège, de même que l'*amicus curiae* investi du mandat susmentionné dans les situations inusitées où le juge estime sa participation nécessaire. Aucune autre partie n'est autorisée à participer à cette étape de l'instance. Il en est ainsi tout simplement parce que, pour décider si le privilège s'applique, il suffit de déterminer si la personne est effectivement un indicateur confidentiel — je répète qu'il n'y pas d'intérêts juridiques ou de droits opposés à mettre en balance — et aucune autre personne ne peut présenter d'arguments utiles à cet égard. Qui plus est, donner à des tiers qualité pour agir à cette étape ne ferait qu'accroître inutilement le risque que l'identité de l'indicateur confidentiel soit dévoilée.

Une fois qu'il a conclu à l'existence d'un privilège relatif aux indicateurs de police, le juge doit poursuivre l'audition de l'affaire sans porter atteinte à ce privilège par la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur confidentiel, tout en protégeant et en favorisant les valeurs sur lesquelles repose le principe de la publicité des débats judiciaires.

Lorsqu'il détermine la façon appropriée de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires, le juge doit trouver une façon de limiter l'atteinte à ces principes. Il peut à cette étape permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations. Il en est ainsi, bien sûr, parce que le procureur général et l'indicateur confidentiel plaideront énergiquement en faveur de la non-communication de tous les renseignements se rapportant à l'instance, écartant tout bénéfice du débat contradictoire. Bien sûr, la protection des renseignements auxquels s'attache le privilège imposera des limites à la communication de renseignements,



which can be disclosed without breaching the privilege, ought to be disclosed. Therefore, standing may be given at this stage to individuals or organizations who will make submissions regarding the importance of ensuring that the informer privilege not be overextended and the way in which that can be accomplished in the context of the case.

A judge faced with an informer privilege who believes that it is in the interests of justice that notice of it be given ought to post in some public forum — ideally in hard copy at the courthouse as well as in electronic form over the internet — a notice to all interested parties regarding the existence of a proceeding in which informer privilege has been invoked. More often than not, of course, the individuals or organizations will be the media.

The decision to post a public notice regarding the existence of the proceeding is a matter of discretion on the part of the judge. In other words, no one has a right, constitutional or otherwise, to be informed of all situations in which informer privilege is claimed. The reason for this is simply practical: there is no real difference — *vis-à-vis* the open court principle — between a situation in which informer privilege exists and any other situation in which some part of a proceeding takes place *in camera* — be it a situation of a child sexual assault victim, or a situation involving solicitor-client privilege. It would be unworkable and unreasonable to expect that literally every time an *in camera* proceeding is taking place, a judge has the obligation to publicize its existence and invite submissions from all comers on whether that proceeding should be held *in camera*. Nor should a judge choose “worthy” interveners.

Instead, the judge retains discretion as to whether or not to provide public notice of the *in*

mais la protection du principe de la publicité des débats judiciaires exige la communication de tous les renseignements nécessaires à la présentation d’observations utiles et qui peuvent être communiqués sans qu’il soit porté atteinte au privilège. Par conséquent, la qualité pour agir peut à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l’importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d’atteindre cet objectif dans le contexte de l’affaire.

Un juge qui constate l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police devrait, s’il estime qu’il est dans l’intérêt de la justice de donner avis de l’instance dans laquelle ce privilège a été revendiqué, afficher dans un lieu public — idéalement sur support papier au palais de justice ainsi que par voie électronique dans Internet — un avis adressé à toutes les parties intéressées. Le plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias.

La décision d’afficher un avis concernant l’instance relève de la discrétion du juge. En d’autres termes, nul n’a le droit, d’ordre constitutionnel ou autre, d’être informé de toutes les instances dans lesquelles est revendiqué le privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est ainsi pour une raison bien pratique : il n’y a pas de différence réelle, s’agissant du principe de la publicité des débats judiciaires, entre une situation où il existe un privilège relatif aux indicateurs de police et toute autre situation où une partie de l’instance est tenue à huis clos, soit parce que la victime d’agression sexuelle est un enfant, soit parce que le privilège du secret professionnel de l’avocat a été invoqué. Il ne serait ni praticable ni raisonnable de s’attendre à ce que, chaque fois qu’il procède à huis clos, le juge ait l’obligation de publier un avis d’instance tenue à huis clos et d’inviter tout un chacun à présenter des observations sur l’opportunité du huis clos. Le juge ne devrait pas non plus choisir les intervenants « dignes ».

Le juge conserve plutôt le pouvoir discrétionnaire de décider s’il doit ou non donner avis au

52

53

54

*camera* proceeding involving informer privilege. The exercise of the discretion will depend on the circumstances, such as whether the holder of the privilege is present and plays an active role in court, for instance, as was the case here. Whether the judge issues notice, or (as can certainly happen) the media independently learns of the existence of the *in camera* proceeding, the next step in the procedure is to hear submissions to determine the extent of the need for *in camera* proceedings. It is at this point that the media is granted standing to present arguments on how informer privilege can be respected with minimal effect on the open court principle.

55 The question that the judge must ask is this: is a totally *in camera* proceeding justified on the basis that only an *in camera* proceeding will properly protect the informer privilege, or will sufficient protection be possible via other means, such as a partial *in camera* proceeding, or some other option? The guiding rule at this stage should always remain the following: the judge must accommodate the open court principle to as great an extent possible without risking a breach of the informer privilege. This rule is meant to protect informer privilege absolutely while minimally impairing the open court principle.

56 At this point in the proceeding, the persons with standing — which will now include the Attorney General, the confidential informer, and media representatives — will make submissions on how that rule will play out in the circumstances of each case. The correct result will of course depend on the circumstances of each case, but certain parameters are clear. On the one extreme is a case which must be heard entirely *in camera*. On the other side would be a situation in which the facts of the proceeding are sufficiently remote from the confidential informer's status as an informer so that much of the proceeding could be heard in open court without disclosing any information that might tend to

public de la tenue à huis clos de l'instance faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera fonction des circonstances, par exemple si le titulaire du privilège est présent à l'audience et y intervient activement, comme cela s'est produit en l'espèce. Que le juge donne avis de l'audience à huis clos ou que les médias en apprennent l'existence autrement (ce qui peut certainement se produire), l'étape suivante consiste pour le juge à entendre les observations afin de déterminer dans quelle mesure une audience à huis clos est nécessaire. C'est à cette étape que les médias obtiennent l'autorisation de présenter des observations sur la façon d'assurer le respect du privilège relatif aux indicateurs de police tout en portant atteinte le moins possible au principe de la publicité des débats judiciaires.

Le juge doit se demander s'il est justifié d'imposer le huis clos à l'ensemble de la procédure parce que seul le huis clos permettra d'assurer le respect adéquat du privilège relatif aux indicateurs de police, ou s'il est possible d'offrir une protection suffisante par d'autres moyens, notamment en tenant une partie de l'instance à huis clos. Le principe directeur à cette étape devrait toujours rester le suivant : le juge doit favoriser dans toute la mesure possible la publicité des débats judiciaires sans risquer une violation du privilège relatif aux indicateurs de police. Ce principe vise à assurer le respect absolu du privilège relatif aux indicateurs de police tout en limitant l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

À cette étape de l'instance, les personnes ayant qualité pour agir — au nombre desquelles figurent désormais le procureur général, l'indicateur confidentiel et les représentants des médias — présentent des observations sur l'application de ce principe directeur compte tenu des faits de l'espèce. Le résultat retenu dépendra évidemment des faits de l'espèce, mais certains paramètres sont clairs. À la limite, il est possible que l'affaire doive être entendue entièrement à huis clos. Ou à l'opposé, il est possible que le lien entre les faits de l'affaire et le statut d'indicateur confidentiel de l'indicateur soit suffisamment tenu pour que l'audience se déroule dans une large mesure en public sans risque de

reveal his or her identity. In the most extreme case, perhaps no *in camera* proceedings would be necessary, and the informer might be able to be present in open court, hidden behind a screen. In the middle lies what I think will be the typical case, in which some of the proceedings — in particular any parts in which the informer's identity might be revealed — are heard *in camera* and other aspects — those in which there will be no risk of disclosure of the informer's identity, likely including many legal arguments — are heard in open court.

It is impossible to determine in the abstract how the two principles will be met; judges must use their judgment in following the guidelines set out above, ensure that the identity of an informer is always protected, and attempt to promote open courts within that framework.

One issue which must be addressed is this: as noted, whether through notice or through their own resourcefulness, media groups may from time to time appear to make submissions on the proper procedure to use in a given case. In such a situation, what materials may be given to the media in order to allow them to make submissions? As in the case of the *amicus curiae* discussed above (at para. 48), the judge must be extremely careful in the information that is given to the media. The information must be limited only to non-identifying information which provides a general basis from which the media can argue to what extent the proceeding can be heard in open court; no identifying information can be given to the media under any circumstances. This would constitute a breach of the informer privilege and is outside the authority of the judge. At this stage minimal information should be given, that is, only that which is essential to make a legal argument of assistance to the judge.

communication de renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur. Dans le cas le plus extrême, il pourrait ne pas être nécessaire du tout de procéder à huis clos, et l'indicateur de police pourrait même assister à l'audience publique, caché derrière un écran. Entre ces deux situations opposées se trouve, à mon avis, le cas typique, c'est-à-dire le cas où l'instance se déroule en partie à huis clos — notamment pour les parties comportant un risque de dévoiler l'identité de l'indicateur —, et en partie en audience publique — notamment lorsqu'il n'existe pas de possibilité que l'identité de l'indicateur soit dévoilée, vraisemblablement pendant la présentation de nombreux arguments juridiques.

Il est impossible de savoir, dans l'abstrait, comment ces deux principes seront respectés; les juges doivent appliquer les principes directeurs susmentionnés avec discernement, veiller à ce que l'identité de l'indicateur de police soit toujours protégée et tenter de favoriser la publicité des débats judiciaires dans ce contexte.

Une question se pose : à la suite d'un avis ou par leurs propres moyens, les médias peuvent à l'occasion apprendre la tenue d'une audience et s'y présenter pour faire des observations sur la procédure à suivre dans un cas donné. Le cas échéant, quels documents peuvent être remis aux médias pour leur permettre de présenter des observations? Comme dans le cas de l'*amicus curiae* dont il est question ci-dessus (au par. 48), le juge doit faire preuve d'une extrême prudence pour ce qui est des renseignements fournis aux médias. L'information doit se limiter aux seuls renseignements qui ne permettent pas d'identifier l'indicateur et qui peuvent servir de fondement général à leurs observations sur la mesure dans laquelle les débats seront publics; aucun renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur ne peut être communiqué aux médias en aucun cas. Il s'agirait d'une violation du privilège relatif aux indicateurs de police et une telle décision ne relève pas du juge. À cette étape, il faut transmettre le moins de renseignements possibles, seuls ceux qui sont essentiels à la formulation d'arguments juridiques utiles au juge.

57

58

59

Moreover, circumstances may arise in which this information should be given not to the actual members of any media organizations who may wish to make submissions, but rather to their counsel only, as officers of the court. Since the information released will always be limited to non-identifying information, in some cases there may be no great harm in allowing members of the media themselves to see this information. However, this must remain within the discretion of the judge, as it is possible that the sensitivity of the information is such that the only way to ensure protection of the privilege is to insist that the information not be disclosed beyond counsel. In such a case, the media counsel will be given access only by agreeing to be bound by a court order not to disclose this information to their clients or to anyone else pending the court's decision on the extent of the *in camera* coverage. Of course, since media counsel cannot be forced to take information without revealing it to the media itself — as this would be a breach of counsel's obligation to their clients — allowing counsel to view this information on a limited basis must be accepted by the media in consultation with their counsel.

60

An example of the proper procedure at this stage was set out by the Ontario Court of Appeal in its recent decision in *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321. The court described its procedure as follows, at paras. 68-69:

When we reached the point in argument where counsel could no longer make submissions without public disclosure of some of the information over which a claim of privilege was asserted . . . before proceeding *in camera*, we ordered that the media be notified.

Counsel for *The Globe and Mail* and the *Toronto Star* appeared in response to that notice. At that point, it was not clear to us that we could publicly reveal the nature of the issue that confronted us without destroying the privilege claim, and we therefore made the following order:

We are prepared to disclose to counsel for the media representatives the legal category within which the

Qui plus est, dans certaines circonstances, il conviendrait de transmettre ces renseignements non pas aux membres eux-mêmes des médias qui souhaitent présenter des observations, mais plutôt à leurs avocats seulement, en leur qualité d'officiers de justice. Puisque les renseignements transmis se limiteront toujours à ceux qui ne permettent pas l'identification de l'indicateur, il pourrait ne pas être préjudiciable dans certains cas de permettre aux membres des médias eux-mêmes de prendre connaissance de ces renseignements. Toutefois, le juge conserve son pouvoir discrétionnaire à cet égard, puisqu'il est possible que le seul moyen de protéger le privilège, du fait de la nature délicate des renseignements, soit de limiter leur communication aux avocats seulement. Le cas échéant, pour avoir accès aux renseignements, les avocats des médias devront accepter d'être liés par une ordonnance judiciaire de non-communication des renseignements à leurs clients ou à toute autre personne jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la portée du huis clos. De toute évidence, puisque les avocats des médias ne peuvent être contraints de recevoir des renseignements sans les communiquer aux médias eux-mêmes — il s'agirait d'un manquement à l'obligation des avocats envers leurs clients — les médias, après consultation de leurs avocats, devraient accepter que leurs avocats prennent connaissance des renseignements dans une mesure limitée.

Dans sa décision récente dans *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario a donné un exemple de la procédure applicable à cette étape. Elle en a donné la description suivante, aux par. 68-69 :

[TRADUCTION] Lorsqu'il n'a plus été possible pour les avocats de poursuivre les plaidoiries sans rendre publics certains des renseignements visés par le privilège revendiqué, [. . .] avant de poursuivre l'audition à huis clos, nous avons ordonné qu'un avis soit donné aux médias.

Les avocats de *The Globe and Mail* et du *Toronto Star* ont comparu à la suite de la publication de l'avis. Incertains à ce moment si nous pouvions révéler la nature de la question dont nous étions saisis sans porter atteinte au privilège revendiqué, nous avons rendu l'ordonnance suivante :

Nous sommes disposés à dévoiler aux avocats des représentants des médias la catégorie juridique visée

disclosure issue arises, provided that counsel make an undertaking that they will not disclose this information to anyone, including their clients, pending further order of the court.

The reason for this order is to enable counsel for the media to receive information to consider whether to make submissions on whether the hearing on this issue should proceed *in camera*.

As I noted above, this is a fact-sensitive determination that will depend on the particulars of each case. But the Court of Appeal's procedure in *Dell* — as set out in the form of order reproduced in the excerpt — is a laudable example of how to accommodate the open court principle in light of the clear prohibition on publication arising out of the informer privilege. Hopefully this example, along with the general guidelines set out above, will be of assistance to courts faced with a similar problem.

#### IV. Application to the Case at Bar

Given the detailed description of the ideal procedure to be followed in a case such as this, an in-depth review of the facts is not necessary. This was a difficult case concerning a novel area of the law. The extradition judge dealt with the issues as best he could. But he erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach set out in these reasons. Three errors in particular deserve special comment.

The appointment of the *amicus curiae* was not warranted: as I noted above, there is no justification for the appointment of an *amicus* to assist in legal matters, because — as in any trial situation — the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the extradition judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge's obligation to protect the information covered by informer privilege and with the particular mandate given.

par la question de communication, à la condition que les avocats s'engagent à ne communiquer ces renseignements à personne, ni même à leurs clients, jusqu'à ce que le tribunal l'autorise.

Cette ordonnance doit permettre aux avocats des médias de prendre connaissance de renseignements qui leur permettraient de décider s'ils veulent présenter des observations sur l'opportunité de tenir à huis clos l'audition relative à cette question.

Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'une décision fondée sur les faits de l'espèce. Or, dans l'arrêt *Dell*, la procédure établie par la Cour d'appel — reproduite sous forme d'ordonnance dans l'extrait — constitue un bon exemple de la démarche à suivre pour arriver à concilier le principe de la publicité des débats judiciaires et l'interdiction manifeste de publication inhérente au privilège relatif aux indicateurs de police. Souhaitons que cet exemple ainsi que les principes généraux énoncés ci-dessus seront utiles aux tribunaux aux prises avec un problème semblable.

#### IV. Application en l'espèce

Compte tenu de la description détaillée de la démarche idéale à suivre dans une cause comme celle-ci, l'examen approfondi des faits n'est pas nécessaire. Il s'agissait d'une affaire difficile concernant un point de droit nouveau. Le juge d'extradition a tranché ces questions du mieux qu'il pouvait, mais il a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu'il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche exposée dans les présents motifs. J'estime utile de faire des observations concernant trois erreurs en particulier.

La nomination de l'*amicus curiae* n'était pas justifiée; comme je l'ai déjà mentionné, rien ne justifie la nomination d'un *amicus curiae* pour présenter des observations concernant des questions juridiques, parce que — comme dans tous les procès — il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l'*amicus curiae*.

61

62

63

## Onglet 2

**Her Majesty The Queen** *Appellant/*  
*Respondent on cross-appeal*

v.

**Udhe Singh (Dave) Basi, Bobby Singh Virk  
and Aneal Basi** *Respondents/Appellants on*  
*cross-appeal*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of Ontario, Canadian  
Association of Chiefs of Police and Criminal  
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BASI**

**Neutral citation: 2009 SCC 52.**

File No.: 32719.

2009: April 22; 2009: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,  
Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Informer privilege —  
Objection to disclosure of information — Whether trial  
judge erred in permitting defence counsel to attend  
in camera hearing sought by Crown to establish claim  
of informer privilege — Canada Evidence Act, R.S.C.  
1985, c. C-5, s. 37.*

*Criminal law — Appeals — Disclosure order — Crown  
claim of informer privilege — Trial judge ruling that  
defence counsel could attend in camera hearing sought  
by Crown to establish claim of informer privilege sub-  
ject to undertakings and court order — Whether Court  
of Appeal lacked jurisdiction to hear Crown's appeal —  
Whether trial judge's decision constituted "disclosure  
order" subject to immediate appeal — Canada Evidence  
Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.1.*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée à*  
*l'appel incident*

c.

**Udhe Singh (Dave) Basi, Bobby Singh Virk  
et Aneal Basi** *Intimés/Appellants à l'appel*  
*incident*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général de l'Ontario, Association  
canadienne des chefs de police et Criminal  
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BASI**

**Référence neutre : 2009 CSC 52.**

N° du greffe : 32719.

2009 : 22 avril; 2009 : 19 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indica-  
teur — Objection à la divulgation de renseignements —  
La juge du procès a-t-elle permis à tort aux avocats de la  
défense d'être présents à l'audience à huis-clos deman-  
dée par le ministère public en vue d'établir la revendica-  
tion du privilège de l'indicateur? — Loi sur la preuve au  
Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.*

*Droit criminel — Appels — Ordonnance de divulga-  
tion — Revendication du privilège de l'indicateur par le  
ministère public — Décision de la juge du procès per-  
mettant aux avocats de la défense, sous réserve d'enga-  
gements et de l'ordonnance du tribunal, d'être présents à  
l'audience à huis-clos demandée par le ministère public  
en vue d'établir la revendication du privilège de l'indi-  
cateur — La Cour d'appel avait-elle compétence pour  
entendre l'appel du ministère public? — La décision de  
la juge du procès constituait-elle une « ordonnance de  
divulgation » susceptible d'appel immédiat? — Loi sur  
la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.1.*

the redacted portions of the documents in order to prove guilt. Indeed, the Crown could not introduce the withheld information as evidence at trial without providing it to the defence. This is therefore not a case where the Crown seeks to use information against a person without permitting that person to see the information. Compare *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

[52] Of course, withheld material over which the informer privilege is claimed might in some instances assist the defence, for example, by providing a trail to other relevant and helpful evidence, or in preparing and conducting the cross-examination of Crown witnesses. The withheld material might even be indicative of innocence, while still falling outside the narrow “innocence at stake” exception to the privilege. It is therefore essential that claims of privilege be resolved accurately and fairly, bearing in mind that *ex parte* proceedings raise serious procedural fairness concerns of particular significance in the conduct of criminal prosecutions, where the liberty of the accused is at stake.

[53] Where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should therefore be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. In determining whether the claim of privilege has been made out, trial judges should make every effort to avoid unnecessary complexity or delay, without compromising the ability of the accused to make full answer and defence.

[54] Throughout, it should be remembered as well that the interest of accused persons in being present (or, at least, represented) at any proceeding relating to the charges they face remains a fundamental

ne cherche pas à invoquer les portions expurgées des documents en vue de prouver la culpabilité. De fait, le ministère public ne pourrait verser en preuve au procès les renseignements retenus sans les fournir à la défense. Il ne s’agit donc pas d’un cas où le ministère public cherche à utiliser des renseignements contre une personne sans permettre à cette dernière de voir les renseignements en question. Comparer avec l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

[52] Bien sûr, les renseignements retenus à l’égard desquels le privilège de l’indicateur est revendiqué pourraient aider la défense, par exemple en lui fournissant une piste menant à d’autres éléments de preuve pertinents et utiles, ou en l’aidant à préparer et à mener le contre-interrogatoire des témoins du ministère public. Les renseignements retenus pourraient même fournir des indices de l’innocence, sans que s’applique pour autant l’étroite exception de « l’innocence en jeu ». Il est donc essentiel que les revendications de privilège soient tranchées équitablement et avec exactitude, tout en gardant à l’esprit que les procédures *ex parte* soulèvent en matière d’équité procédurale de sérieux problèmes ayant une incidence particulière sur la conduite des poursuites pénales, alors que la liberté de l’accusé est en jeu.

[53] Lorsqu’une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l’accusé et les procureurs de la défense ne devraient donc être exclus de l’instance que si l’identité de l’indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s’avère nécessaire. En déterminant si la revendication du privilège a été établie, les juges du procès devraient prendre toutes les mesures possibles pour éviter la complexité et les délais inutiles, sans pour autant compromettre la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière.

[54] D’ailleurs, tout au long de l’instance, il faut également se rappeler que l’intérêt qu’ont les accusés à être présents (ou du moins à être représentés) à toute instance se rapportant aux accusations



one, even where s. 650, by its very terms, has no application. An *ex parte* procedure is particularly troubling when the person excluded from the proceeding faces criminal conviction and its consequences.

[55] In order to protect these interests of the accused, trial judges should adopt all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Trial judges have broad discretion to craft appropriate procedures in this regard.

[56] Measures that a trial judge may wish to adopt in assessing a claim of informer privilege include inviting submissions on the scope of the privilege — including argument as to who constitutes a confidential informant entitled to the privilege — and its application in the circumstances of the case. Defence counsel may be invited as well to suggest questions to be put by the trial judge to any witness that will be called at the *ex parte* proceeding.

[57] In appropriate cases, fairness may require the court to provide the defence with a redacted or summarized version of the evidence presented *ex parte* — edited to eliminate any possibility of disclosing the informant's identity — so as to permit the trial judge to receive additional submissions from the defence on whether the privilege applies in the particular circumstances of the case. In particularly difficult cases, the trial judge may appoint an *amicus curiae* to attend the *ex parte* proceeding in order to provide assistance in assessing the claim of privilege.

[58] In the present case, permitting defence counsel to make submissions and to propose questions to be put by the court to the witness at the *ex parte* hearing might well have been appropriate. The trial judge, however, will be in a better position to

auxquelles ils doivent répondre demeure un intérêt fondamental, même lorsque l'art. 650, selon ses termes mêmes, ne trouve pas application. La tenue d'une instance *ex parte* est particulièrement troublante lorsque la personne exclue s'expose à une condamnation criminelle et aux conséquences qui s'y rattachent.

[55] Afin de protéger ces intérêts de l'accusé, les juges de première instance devraient adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. Les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la procédure appropriée à cet égard.

[56] Parmi les mesures qu'un juge de première instance peut souhaiter adopter lors de l'examen d'une revendication de privilège relatif à l'indicateur figure l'invitation à présenter des observations sur la portée du privilège — y compris des arguments sur la question de savoir qui peut être un indicateur confidentiel ayant droit au privilège — et son application dans les circonstances de l'espèce. L'avocat de la défense peut également être invité à proposer au juge des questions à poser à tout témoin assigné à l'instance *ex parte*.

[57] Dans les cas qui s'y prêtent, l'équité peut commander que le tribunal fournisse à la défense une version expurgée ou résumée de la preuve présentée *ex parte* — expurgée pour éliminer toute possibilité de révéler l'identité de l'indicateur — de manière à ce que le juge du procès puisse recevoir de la défense des observations additionnelles sur la question de savoir si le privilège s'applique dans les circonstances particulières de l'affaire. Dans des cas particulièrement difficiles, le juge du procès peut désigner un *amicus curiae* qui assistera à l'audience *ex parte* en vue de l'aider à examiner la revendication de privilège.

[58] En l'espèce, il aurait fort bien pu être approprié de permettre aux avocats de la défense de présenter des observations et de proposer au tribunal des questions à poser au témoin à l'audience *ex parte*. Toutefois, le juge du procès sera mieux

decide how best to craft safeguards that mitigate any potential unfairness arising from the *ex parte* nature of the proceedings. The adoption of appropriate initiatives is therefore best left to the trial judge.

V

[59] For all of these reasons, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and return the case to the trial court to be proceeded with in accordance with the judgment of the Court in this case.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Udhe Singh Basi: Bolton & Muldoon, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Bobby Singh Virk: McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Aneal Basi: Johnson Doricic Doyle Sugarman, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Anil K. Kapoor, Toronto.*

à même de déterminer la meilleure façon d'élaborer des mesures propres à atténuer toute iniquité résultant de la nature *ex parte* de l'instance. Il est donc préférable de laisser au juge du procès le soin d'adopter les mesures appropriées.

V

[59] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le pourvoi incident et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'elle y soit instruite conformément au jugement de la Cour en l'espèce.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelante/intimée à l'appel incident : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Udhe Singh Basi : Bolton & Muldoon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Bobby Singh Virk : McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.*

*Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Aneal Basi : Johnson Doricic Doyle Sugarman, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Anil K. Kapoor, Toronto.*

# Onglet 3

# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *Postmedia Network Inc. v. Named Persons*,  
2022 BCCA 431

Date: 20221221  
Dockets: CA48404; CA48405

Docket: CA48404

**In the Matter of an Application by Postmedia Network Inc., doing business as  
*The Vancouver Sun* Newspaper and *The Province* Newspaper**

Between:

**Postmedia Network Inc.**

Appellant  
(Applicant)

And

**Named Persons**

Respondents  
(Plaintiffs)

And

**Attorney General of Canada**

Respondent  
(Defendant)

- and -

Docket: CA48405

Between:

**Postmedia Network Inc.**

Appellant  
(Applicant)

And

**Named Persons**

Respondents  
(Plaintiffs)

And

**Attorney General of Canada**

Respondent  
(Defendant)

**Sealed In Part**

Corrected Judgment: The banner on page 2 and the text of the judgment at para. 46 were corrected on January 9, 2023.

Before: The Honourable Chief Justice Bauman  
The Honourable Mr. Justice Frankel  
The Honourable Madam Justice MacKenzie

On appeal from: Orders of the Supreme Court of British Columbia, dated June 28, 2022 and June 30, 2022 (*In the matter of an application by Postmedia Network Inc.*, Vancouver Dockets S2013431 and S225321).

Counsel for Postmedia Network Inc.: S. Dawson  
V. Luxford

Counsel for Named Persons: E. Patel

Counsel for the Attorney General of Canada: C. de los Reyes

Place and Dates of Hearing: Vancouver, British Columbia  
October 27 and 28, 2022

Place and Date of Judgment: Vancouver, British Columbia  
December 21, 2022

**Written Reasons of the Court**

*Charter* rights to freedom of expression and freedom of the press are being limited in a justifiable way on the basis of a record that they cannot see.

[76] Further, the dismissal of this application below prohibits Postmedia from access to *any* information about the nature of the case that would allow it to make meaningful submissions on a further application to vary or vacate the Restrictive Orders themselves. This results, effectively, in those orders being placed beyond appellate review. While the court below must do justice in each case, including by having the discretion to deny standing to the media to hear a motion to vary or set aside a restrictive order (*Manitoba* at paras. 47–49), such a decision must be justified and be seen to be justified.

[77] In most cases in which court openness is limited, even those dealing with non-discretionary or near-absolute types of privilege, at least some information can be shared about the nature of the interests at stake that can provide a comprehensible basis for the limitation. The present case is the rare and exceptional one in which not even that is possible. While rare, the jurisprudence from the Supreme Court of Canada contemplates such a case that requires total secrecy.

[78] For example, the court has said that a judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if certain types of disclosure issues are present. Further, *any* information that might lead to identification of a protected person, not only their name or other obviously identifying details, is privileged information that a court does not have discretion to disclose: *Vancouver Sun* at paras. 40–41. If the nature of the undisclosed information itself might, in the context of the proceeding, lead to the identification of protected persons, revealing that information is beyond the discretion of the court, even to counsel for media on an undertaking of confidentiality.

[79] Nevertheless, the problem remains that total secrecy impairs *Charter* rights and affects the legitimacy of the judicial process. Where reasons cannot fulfill the functional role of justifying and explaining the result to the parties and the public because that explanation would defeat the confidentiality in issue, some other

procedure must be in place to provide at least some assurance to the public that a legitimate process has been followed.

[80] We make the recommendations below as to the procedure to be followed when media seeks to bring an application to vary complete sealing orders and orders that the sealed case proceed *in camera*. We are cognizant of the fact that the court below has the inherent jurisdiction to control its own procedure and access to its own files. However, the procedure followed here placed this Court and the parties in an untenable position.

[81] Courts have grappled with the need for procedures that ensure meaningful arguments are placed before them in situations where, as here, they must decide an issue on the basis of an *in camera* hearing. In such a hearing taking place *ex parte* the media, all parties present – in this case the Named Persons and the AG – are arguing strenuously for the same conclusion; that is, restricting any and all disclosure of information related to the proceeding. This deprives the court of the benefit of meaningful submissions and the adversarial process.

[82] In these circumstances, it may be preferable for a judge to appoint an *amicus curiae* for a precise role, namely, that of making argument as to the proper way of both protecting the privilege in issue and realizing the open court principle. This is not the same as arguing the legal scope of the privilege: the Supreme Court of Canada has been clear that this responsibility belongs to the judge alone: *Vancouver Sun* at paras 48–51.

[83] In the usual situation, the media would have access to at least some material upon which to base submissions. Occasionally, circumstances may arise in which this information cannot be given to the media representatives themselves, but only to their counsel upon an undertaking not to disclose it: *Vancouver Sun* at para. 59. In the situation at hand, where even revealing the nature of the privilege to counsel for the media represents too great a risk, an *amicus curiae* can provide submissions regarding the importance of ensuring that the privileges in issue are not

overextended, and the way in which this can be accomplished in the context of the case.

[84] In our view, this would have led to a better process here. When the media brings an application requesting access to materials in a fully sealed and *in camera* case, the judge below should appoint an *amicus* to whom information can with less risk be revealed in order to make argument. The judge must still take great caution, and material should be redacted as needed. The result may still be a complete sealing of the file and an entirely *in camera* proceeding – the Supreme Court of Canada has been clear on this as part of the range of correct results – but the public and the parties will at least know that the matter has been fully argued and considered.

[85] Further, an application brought by the media should, at first instance, be an application to vary or vacate the orders restricting court openness, rather than a preliminary application for access to materials. In a case like this, they amount to the same thing: allowing access to materials leading to the Restrictive Orders would effectively be a variation of them. If a decision of the court below is to come before this Court, it should be a substantive decision as to the need for and scope of the orders themselves, with the benefit of the arguments of the *amicus*. This would result in a better use of both courts' resources.

[86] We note that Postmedia may still bring an application in the court below to vary or vacate the Restrictive Orders to the court below, and any order made by that court on such an application would be subject to appeal. We further note that once the hearings in the Named Persons Action have concluded, the justification for the complete sealing of the file may also shift, but this would be for the court below to review at first instance.

### **Disposition**

[87] In light of our conclusions that the June 29 Direction was not procedurally unfair and that the sealed record provides an intelligible basis for our review of the



reasons for the June 30 Order, we dismiss Postmedia’s appeal. We accordingly decline to grant the relief sought under s. 25 of the *Court of Appeal Act*.

[88] In the circumstances, the parties will bear their own costs.

“The Honourable Chief Justice Bauman”

“The Honourable Mr. Justice Frankel”

“The Honourable Madam Justice MacKenzie”

Appendix "A"

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: Postmedia Network Inc. v. Named Persons, 2022 BCCA 431

Date: 20221221
Dockets: CA48404; CA48405
Docket: CA48404

In the Matter of an Application by Postmedia Network Inc., doing business as The Vancouver Sun Newspaper and The Province Newspaper

Between:

Postmedia Network Inc.

Appellant (Applicant)

And

Named Persons

Respondents (Plaintiffs)

And

Attorney General of Canada

Respondent (Defendant)

- and -

Docket: CA48405

Between:

Postmedia Network Inc.

Appellant (Applicant)

And

Named Persons

Respondents (Plaintiffs)

And

Attorney General of Canada

Respondent (Defendant)

# Onglet 4

Dossier n° 40371

# COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

**SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/  
CANADIAN BROADCASTING CORPORATION  
LA PRESSE INC., COOPÉRATIVE NATIONALE DE L'INFORMATION  
INDÉPENDANTE (CN2i), LA PRESSE CANADIENNE  
MEDIAQMI INC., GROUPE TVA INC.**

**APPELANTES**  
(requérantes)

- et -

**SA MAJESTÉ LE ROI  
PERSONNE DÉSIGNÉE**

**INTIMÉS**  
(intimés)

- et -

**LUCIE RONDEAU, en sa qualité de  
juge en chef de la Cour du Québec**

**INTERVENANTE**  
(requérante)

---

**PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC**

**APPELANT**  
(requérant)

- et -

**PERSONNE DÉSIGNÉE  
SA MAJESTÉ LE ROI**

**INTIMÉS**  
(intimés)

Suite des intitulés en page intérieure

---

**MÉMOIRE DES APPELANTES SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/  
CANADIAN BROADCASTING CORPORATION, LA PRESSE INC.,  
COOPÉRATIVE NATIONALE DE L'INFORMATION  
INDÉPENDANTE (CN2i), LA PRESSE CANADIENNE ET  
MEDIAQMI INC., GROUPE TVA INC.**  
(règle 42 des *Règles de la Cour suprême du Canada*)

- 2 -

- et -

**SOCIÉTÉ RADIO-CANADA**

**LA PRESSE INC., COOPÉRATIVE NATIONALE DE L'INFORMATION  
INDÉPENDANTE (CN2i), LA PRESSE CANADIENNE**

**LUCIE RONDEAU, en sa qualité de  
juge en chef de la Cour du Québec**

**INTERVENANTES  
(requérantes)**

---

**M<sup>e</sup> Christian Leblanc  
M<sup>e</sup> Patricia Hénault  
M<sup>e</sup> Isabelle Kalar  
Fasken Martineau DuMoulin  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Bureau 3500  
800, rue du Square-Victoria  
Montréal (Québec)  
H4Z 1E9**

Tél. : 514 397-7400  
Télec. : 514 397-7600  
[cleblanc@fasken.com](mailto:cleblanc@fasken.com)  
[phenault@fasken.com](mailto:phenault@fasken.com)  
[ikalar@fasken.com](mailto:ikalar@fasken.com)

**Procureurs de la Société Radio-Canada,  
La Presse inc., Coopérative nationale de  
l'information indépendante (CN2i),  
La Presse canadienne et MediaQMI inc.,  
Groupe TVA inc.**

**M<sup>e</sup> Sophie Arseneault  
Fasken Martineau DuMoulin  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Bureau 1300  
55, rue Metcalfe  
Ottawa (Ontario)  
K1P 6L5**

Tél. : 613 236-3882  
Télec. : 613 230-6423  
[sarseneault@fasken.com](mailto:sarseneault@fasken.com)

**Correspondante de la Société  
Radio-Canada, La Presse inc.,  
Coopérative nationale de l'information  
indépendante (CN2i), La Presse  
canadienne et MediaQMI inc.,  
Groupe TVA inc.**

64. Le privilège de l'indicateur de police est un privilège générique qui est appliqué dès lors qu'on démontre la présence d'un indicateur confidentiel<sup>73</sup>. Cela présuppose donc que :

- (a) il doit d'abord être établi que la personne est effectivement un indicateur confidentiel<sup>74</sup>; et
- (b) le privilège ne s'applique qu'à l'identité de l'indicateur et donc aux seuls renseignements réellement susceptibles de révéler cette identité :

« [...] le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique uniquement aux renseignements réellement susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur; tous les autres renseignements sur l'instance demeure[nt] des renseignements pouvant être publiés en application du principe de la publicité des débats judiciaires. »<sup>75</sup>

[Nous soulignons]

65. S'il est établi, dans un premier temps, que le dossier implique un indicateur de police, « toutes les mesures possibles [sont prises] pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur. »<sup>76</sup>

66. Le choix de ces mesures prises pour protéger l'identité de l'indicateur de police tout en assurant au public l'accès le plus complet aux débats est, dans un second temps, à la discrétion de la cour saisie de la demande<sup>77</sup>.

67. En d'autres mots, la protection des renseignements susceptibles d'identifier l'indicateur de police est impérative (« *mandatory* »). Dès lors que le juge conclut qu'il est en présence d'un indicateur de police confidentiel, il n'a aucune discrétion de décider si oui ou non il protégera

---

<sup>73</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 19-23 et 39.

<sup>74</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 49 et plus généralement para. 45-48.

<sup>75</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 40.

<sup>76</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 41.

<sup>77</sup> *Doe v. Doe*, 2017 ONSC 1133, para. 19-21.

son identité. Il est lié par le privilège et doit l'appliquer<sup>78</sup>. Ensuite, le juge doit exercer sa discrétion pour déterminer la façon de le faire, c'est-à-dire les mesures prises pour protéger cette identité<sup>79</sup>, et celles-ci peuvent fluctuer au fil de la progression du dossier<sup>80</sup>.

68. À cette seconde étape de la détermination des mesures à prendre pour protéger l'identité de l'indicateur de police tout en assurant au public l'accès le plus complet aux débats, le test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* (reformulé sans en changer l'essence dans l'arrêt *Sherman*<sup>81</sup>) doit s'appliquer. En effet, celui-ci s'applique chaque fois qu'une ordonnance discrétionnaire restreignant la publicité des débats judiciaires est demandée<sup>82</sup>.

69. Dès lors, le processus en deux étapes énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Vancouver Sun* mérite, selon les Appelantes, les précisions suivantes :

*i. Première étape : détermination de la présence ou non d'un indicateur de police confidentiel*

70. À cette étape, le cercle des personnes concernées est très restreint – traditionnellement : l'indicateur lui-même, la police, la Couronne et la cour<sup>83</sup>.

71. Comme l'indiquait cette Cour dans l'arrêt *Vancouver Sun*, la cour se trouve alors dans une position délicate, les seules parties autorisées au débat plaidant souvent dans le même sens.

---

<sup>78</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 37 et 39-40; *R c. Basi*, 2009 CSC 52, para. 39; *R c. Barros*, [2011] 3 RCS 368, para. 30.

<sup>79</sup> *Doe v. Doe*, 2017 ONSC 1133, para. 21; Voir également *R c. Basi*, 2009 CSC 52, para. 55, 58.

<sup>80</sup> *Doe v. Doe*, 2017 ONSC 1133, para. 21.

<sup>81</sup> *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, para. 38.

<sup>82</sup> *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, para. 28; Voir également *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 36.

<sup>83</sup> *R c. Barros*, [2011] 3 RCS 368, para. 37; *R c. Brassington*, 2018 CSC 37, para. 41. À moins que l'exception relative à l'innocence de l'accusé soit en jeu; alors la défense est également incluse dans le cercle; Voir *R c. Brassington*, 2018 CSC 37, para. 42, 46.

Un *amicus curiae* peut être appelé à participer si les intérêts de l'indicateur coïncident effectivement avec ceux du ministère public :

« De toute évidence, il faut tenir compte de la position plutôt délicate dans laquelle se trouve le juge : il tient une audience à huis clos dans laquelle les deux parties — le présumé indicateur et le procureur général — plaident souvent toutes les deux dans le même sens. (Le procureur général pourrait, bien entendu, contester la revendication du privilège.) Le cas échéant, le caractère non contradictoire de l'instance à cette étape peut être source de préoccupation. Par conséquent, dans certains cas, il serait loisible au juge de nommer un *amicus curiae* qui l'aiderait à déterminer si la preuve permet de conclure que la personne est un indicateur confidentiel. [...] »<sup>84</sup>

**ii. Deuxième étape : détermination des mesures appropriées**

72. À cette seconde étape, le juge a discrétion pour déterminer comment procéder de la meilleure façon pour protéger l'identité de l'indicateur tout en assurant au public l'accès le plus complet aux débats<sup>85</sup>. Et « [l]orsqu'il détermine la façon appropriée de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires, le juge doit trouver une façon de limiter l'atteinte à ces principes. »<sup>86</sup>
73. Il a même, comme l'exprime cette Cour dans *Vancouver Sun*, le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Il ne devrait toutefois prendre une telle mesure qu'en dernier ressort<sup>87</sup> et assurer, dans la mesure du possible, l'accès du public à la salle d'audience<sup>88</sup>. La Cour dans *Vancouver Sun* énonce un certain nombre de possibilités, dépendant des faits de l'espèce, et précise :

« Il est impossible de savoir, dans l'abstrait, comment ces deux principes seront respectés; les juges doivent appliquer les principes

---

<sup>84</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 48; Voir également *R c. Basi*, 2009 CSC 52, para. 38, 57.

<sup>85</sup> *Doe v. Doe*, 2017 ONSC 1133, para. 19-21.

<sup>86</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 51.

<sup>87</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 41; Voir également *Doe c. Halifax Regional Municipality*, 2017 NSSC 17, para. 23 : « *In most cases the presence of a police informer will not cause the pall of secrecy to be cast over the entire proceeding.* »

<sup>88</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 45.



directeurs susmentionnés avec discernement, veiller à ce que l'identité de l'indicateur de police soit toujours protégée et tenter de favoriser la publicité des débats judiciaires dans ce contexte. »<sup>89</sup>

74. Toujours est-il qu'à cette seconde étape, l'atteinte minimale s'applique. Le juge devrait alors (1) envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces; et (2) se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible<sup>90</sup>. Comme l'indiquait cette Cour dans *Vancouver Sun* :

« Le principe directeur à cette étape devrait toujours rester le suivant : le juge doit favoriser dans toute la mesure possible la publicité des débats judiciaires sans risquer une violation du privilège relatif aux indicateurs de police. »<sup>91</sup>

75. Sans l'intervention de tiers faisant valoir les droits du public cependant, le juge se retrouve dans la même position délicate énoncée à la première étape (section i ci-dessus). En effet, comme l'indique cette Cour, « le procureur général et l'indicateur confidentiel plaideront énergiquement en faveur de la non-communication de tous les renseignements se rapportant à l'instance, écartant tout bénéfice du débat contradictoire »<sup>92</sup>. Dans ce contexte, sans les représentations de tiers, le juge ne jouit pas des bénéfices du débat contradictoire mentionnés à la section III ci-dessus.
76. C'est pourquoi cette Cour prévoyait déjà dans *Vancouver Sun* que le juge « peut à cette étape permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations » et que « la qualité pour agir peut à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l'importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d'atteindre cet objectif dans le contexte de l'affaire. »<sup>93</sup> (nous soulignons)

---

<sup>89</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 57.

<sup>90</sup> *R c. Mentuck*, 2001 CSC 76, para. 25 citant *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 RCS 480, para. 69.

<sup>91</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 41.

<sup>92</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 55.

<sup>93</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 41.

77. La Cour terminait même ses motifs sur un souhait : « Souhaitons que [...] les principes généraux énoncés ci-dessus seront utiles aux tribunaux aux prises avec un problème semblable. »<sup>94</sup>
78. Le Procès secret et l'affaire *Bacon* démontrent que manifestement, cette proposition n'était pas suffisante ou, du moins, ne l'est plus.
79. Considérant les droits fondamentaux en jeu, les Appelantes croient qu'il faut rappeler l'importance de l'application du test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* (tel que reformulé sans en changer l'essence dans l'arrêt *Sherman*<sup>95</sup>) et de procéder véritablement à l'exercice de pondération que ces arrêts commandent.
80. Les Appelantes soumettent également qu'à cette seconde étape, le juge « [doit] permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations » et « la qualité pour agir [doit] à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l'importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d'atteindre cet objectif dans le contexte de l'affaire. »<sup>96</sup>
81. Comme l'indiquait la Cour dans *Vancouver Sun*, « [l]e plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias. »<sup>97</sup>
82. Pour que les tribunaux puissent bénéficier de leur intervention et de leurs représentations au soutien d'une atteinte minimale à la publicité des débats judiciaires, les médias doivent d'abord être informés qu'une demande est faite dans le but d'obtenir des ordonnances de confidentialité. La Cour dans *Vancouver Sun* suggère une méthode possible :

« Un juge qui constate l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police devrait, s'il estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de donner avis de l'instance dans laquelle ce privilège a été revendiqué, afficher dans un lieu public — idéalement sur support papier au palais de justice ainsi que par voie électronique dans Internet — un avis

---

<sup>94</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 61.

<sup>95</sup> *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, para. 38.

<sup>96</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 41.

<sup>97</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 52.

adressé à toutes les parties intéressées. Le plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias. »<sup>98</sup>

[Nous soulignons]

83. Un exemple de procédure compatible, établie par la Cour supérieure de l'Ontario, est prévu dans sa *Consolidated Provincial Practice Direction*<sup>99</sup>.
84. C'est ainsi, « à cette étape que les médias obtiennent l'autorisation de présenter des observations sur la façon d'assurer le respect du privilège relatif aux indicateurs de police tout en portant atteinte le moins possible au principe de la publicité des débats judiciaires. »<sup>100</sup>
85. Les Appelantes soumettent qu'à cette étape, tous les renseignements autres que l'identité nominale de l'indicateur de police et certains renseignements identitaires qui sont d'emblée réellement susceptibles d'identifier l'indicateur<sup>101</sup> devraient faire l'objet d'un débat. Cependant, les Appelantes conçoivent que les parties au dossier pourraient légitimement refuser que les médias (ou autres tiers) aient accès à d'autres renseignements (en plus de ceux qui, d'emblée, sont identifiants) parce qu'ils sont réellement susceptibles d'identifier l'indicateur, selon les circonstances propres à chaque cas. Sans nécessairement connaître ces informations en elles-mêmes, les tiers intéressés devraient être informés de (i) la nature de l'information que l'on cherche à soustraire aux yeux du public et (ii) la raison concrète justifiant de ne pas la divulguer aux représentants des médias aux fins du débat. Ce faisant, ceux-ci pourraient offrir leur éclairage au tribunal relativement au bien-fondé des raisons soulevées.

---

<sup>98</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 52.

<sup>99</sup> Ontario, Superior Court of Justice, *Consolidated Provincial Practice Direction*, part VI, s. F (1<sup>er</sup> juillet 2014 tel qu'amendé), en ligne : <[www.ontariocourts.ca/scj/practice/practice-directions/provincial](http://www.ontariocourts.ca/scj/practice/practice-directions/provincial)>

<sup>100</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 54.

<sup>101</sup> Les Appelantes reconnaissent que certains renseignements identitaires sont d'emblée réellement susceptibles d'identifier l'indicateur de police, tels les liens familiaux et amicaux, l'image, la date de naissance, les attributs physiques et l'adresse.

86. Pour débattre de manière ordonnée et organisée, les tribunaux pourraient s'inspirer de la procédure suivie dans le cadre de la divulgation d'un mandat de perquisition, où l'on voit l'utilisation de tableaux de type *Gardiner*. Cette procédure a été suggérée d'abord par la Cour d'appel de l'Ontario<sup>102</sup> puis a été reprise par la Cour d'appel du Québec<sup>103</sup> et les cours d'instances inférieures<sup>104</sup> :

« [62] La procédure doit demeurer flexible afin de permettre au juge saisi d'une telle demande de s'ajuster en fonction des faits propres à la situation. Il importe cependant que celui-ci s'assure du caractère équitable de la procédure adoptée et que la partie qui s'oppose à l'ouverture du paquet scellé, ici le ministère public, présente ses motifs de façon organisée et avec la transparence nécessaire pour permettre un débat éclairé de la part de toutes les parties intéressées sur la nécessité du secret.

[63] Dans *R. c. Canadian Broadcasting Corporation*, aussi connue sous le nom de *R. c. Gardiner*, la Cour d'appel de l'Ontario énonce une façon de faire qui permet un débat éclairé. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario faisait face, tout comme le juge en l'espèce, à des motifs insuffisants de la part du juge réviseur et à des vices de procédure relativement à une demande d'ouverture d'un paquet scellé d'un mandat de perquisition. Pour éviter ce genre de situation, elle propose la procédure suivante :

[51] Where a sealing order is imposed and an application to unseal warrant materials is commenced, some of the further problems encountered in this case can be avoided by the application judge taking firmer control of how the parties – primarily the Crown – proceed on the application. For example, at the outset, the judge should require the Crown to identify the grounds upon which it opposes allowing access to the specific portions of the warrant materials. The Crown should set out its position in an organized format, such as the table prepared by the Crown and incorporated in Nordheimer J.'s reasons in *Toronto Star*. This document should be provided to the other parties to allow them to make effective submissions. The Crown should provide an unedited copy of the warrant materials to the court, with the

<sup>102</sup> *R v. Canadian Broadcasting Corporation (R c. Gardiner)*, 2008 ONCA 397, para. 48-55.

<sup>103</sup> *R c. Construction De Castel inc*, 2014 QCCA 1125, para. 62-65.

<sup>104</sup> *Bureau des enquêtes indépendantes c. Média QMI*, 2022 QCCS 2067, para. 55 et annexe au jugement, **R.S.A., onglet 1.**

edited information identified by highlighting or otherwise, to clearly indicate what portions it seeks to have sealed.

[52] Preliminary orders may be required to decide what information is provided to the parties and on what terms they are to receive it. In the present case, it would have been preferable if the application judge had decided not to proceed with the merits of the application after learning that the parties had not received the edited information in time to make submissions on it.

[53] Placing the onus on the Crown to perform the burdensome task just described reflects the presumption that once a search warrant has been executed, the warrant and the information upon which it is based must be made available to the public unless it is demonstrated that the ends of justice would be subverted by disclosure of the information. The Crown, as the only party with access to all of the information, is in the best position to perform this task.

[54] The hearing must, of course, be tailored to the particular case. However, regardless of how the hearing proceeds, requiring the Crown to set out the alleged grounds for a sealing order ensures that there will be in place a starting point for resolving the issues at hand. This document will also prove helpful in dealing with procedural issues that might arise, including what material should be disclosed to other counsel to facilitate argument, on what basis such disclosure should be made, as well as whether some part of the hearing must proceed *in camera*.

[55] The document will also simplify the court's obligation to give reasons for its conclusions. In order to be susceptible to appellate review, the application judge's reasons should indicate the specific basis upon which particular portions of the warrant materials are to be kept under seal. This laborious task would be made much simpler if the court were able to indicate its disposition of each proposed redaction in an organized format such as that used by the court in *Toronto Star*. The use of such a format will also help to alleviate the concern expressed by the application judge in this case that the rendering of reasons might have the effect of making the sealing order ineffective.

(je souligne)

[64] Le tableau auquel il est fait référence au paragraphe 51 est plus amplement décrit au paragraphe 48 :

[48] Before the hearing, the Crown reviewed the search warrant materials and redacted those portions about which it had specific concerns. The Crown prepared a table setting out its position in an organized format. The table contained three columns: the page numbers of the warrant material, the grounds for redacting any of those pages, and a description of the edited information. The Crown consented to a preliminary order permitting it to provide the actual sealing order and the edited version of the information used to obtain the warrants to each of the media applicants. The edited version and the table setting out the Crown's position provided the basis for the submissions to the application judge. To facilitate the judge's review of the material, the Crown provided him with a copy of the warrant materials, with the edited portions identified by highlighter, thus eliminating the need to compare the edited version with the original. »<sup>105</sup>

[Références omises; soulignements dans l'original]

87. Cette méthode sous forme de tableau reprenant (i) la nature de chacune des informations que l'on demande de soustraire aux yeux du public, et (ii) la raison concrète justifiant qu'elle doive demeurer confidentielle, a été appliquée dans des affaires autres que celles en ouverture de mandats de perquisition, notamment où des ordonnances de confidentialité (caviardage, non-publication) ont été demandées<sup>106</sup>. Pour toutes les informations pour lesquelles une ordonnance de confidentialité est demandée, le ou la juge saisi de la demande devrait se demander quels renseignements sont nécessaires à la tenue d'un débat contradictoire et peuvent être communiqués aux parties et aux médias (ou autres tiers intéressés faisant valoir les droits du public), sans que ces informations soient à ce moment divulguées publiquement, mais utilisées aux seules fins du débat. Cette communication pourrait être sujette à un engagement de confidentialité ou autres mesures de même nature.

<sup>105</sup> *R c. Construction De Castel inc*, 2014 QCCA 1125, para. 62-64.

<sup>106</sup> Voir par exemple *Bureau des enquêtes indépendantes c. Média QMI*, 2022 QCCS 2067, para. 55 et annexe au jugement, **R.S.A., onglet 1.**

88. La Cour dans *Vancouver Sun* suggère d'ailleurs une telle procédure :

« Qui plus est, dans certaines circonstances, il conviendrait de transmettre ces renseignements [ceux permettant un débat utile pour éclairer le juge saisi de la demande d'ordonnance de confidentialité] non pas aux membres eux mêmes des médias qui souhaitent présenter des observations, mais plutôt à leurs avocats seulement, en leur qualité d'officiers de justice. [...] Le cas échéant, pour avoir accès aux renseignements, les avocats des médias devront accepter d'être liés par une ordonnance judiciaire de non communication des renseignements à leurs clients ou à toute autre personne jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la portée du huis clos. »<sup>107</sup>

89. En d'autres termes, le ou la juge saisi de la demande doit, selon les Appelantes, prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer un débat contradictoire, ce qui peut inclure la transmission de certains renseignements aux médias (ou autres tiers intéressés faisant valoir les droits du public à l'accès le plus étendu possible à ce qui se passe devant les tribunaux), ou à leurs procureurs seulement, privément et sous le sceau de la confidentialité aux fins du débat, même si au final certains de ces faits pourraient faire l'objet d'un jugement ordonnant certaines mesures de confidentialité.

90. Cette manière de procéder dans tout dossier dans lequel des ordonnances de confidentialité sont demandées permet un débat qui soit particularisé aux faits de l'espèce et donc réellement utile pour éclairer le juge saisi de la demande de l'application optimale du test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et de ce qui porterait le moins atteinte à la publicité des débats judiciaires. Comme l'énonçait le juge LeBel (dissident en partie) dans *Vancouver Sun* :

« L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige des aménagements plus fins que la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège. Cette affirmation ne permet pas à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion qui devient alors nécessaire pour déterminer comment s'appliquera la règle de la confidentialité. Il faut au moins débattre, le cas échéant, des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. De tels débats peuvent difficilement se dérouler dans l'abstrait,

---

<sup>107</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 59.

sans aucun contexte. [...] A fortiori, pour ces fins, il paraît plus conforme aux principes juridiques applicables de reconnaître que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou d'ordonner – lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire – que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information. »<sup>108</sup>

[Nous soulignons]

91. La majorité, sous la plume du juge Bastarache, recommandait la communication des renseignements essentiels à la formulation d'arguments juridiques utiles<sup>109</sup>.
92. Cette manière de procéder est d'ailleurs pratique courante lorsque des ordonnances de confidentialité sont demandées<sup>110</sup>. Les médias et/ou leurs représentants sont appelés à signer un engagement de confidentialité et ont accès aux informations et documents dans leur version confidentielle et décaviardée pour leur permettre de plaider adéquatement leur position. Souvent, certaines informations qui leur ont été divulguées ainsi sous le couvert de la confidentialité font ultimement l'objet d'ordonnances de confidentialité et ne peuvent être divulguées publiquement.

---

<sup>108</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 80 (LeBel J., dissident en partie). Voir également para 95 *in fine* pour un éventail des mesures possibles : « Dans ce contexte, il [le juge saisi de la demande] dispose de différents moyens lui permettant de régler la situation de la manière la moins attentatoire à la liberté d'expression, dans les circonstances propres à chaque affaire. Ces moyens vont, par exemple, de l'ordonnance de non-publication partielle et temporaire au huis clos complet des procédures, en passant par la mise sous scellés temporaire ou permanente de certains éléments de preuve. »

<sup>109</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 58.

<sup>110</sup> Le juge LeBel (dissident en partie) indiquait d'ailleurs dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, para. 131 : « Par ailleurs, les avocats sont habitués, dans leur profession, à travailler avec des documents confidentiels. Il faut par conséquent présumer qu'ils traiteraient les documents divulgués avec la plus grande diligence et la plus grande prudence. »



# Onglet 5



**SUPREME COURT OF CANADA**

**CITATION:** R. v. Kahsai, 2023  
SCC 20

**APPEAL HEARD:** March 14, 2023  
**JUDGMENT RENDERED:** July 28,  
2023  
**DOCKET:** 40044

**BETWEEN:**

**Emanuel Kahsai**  
Appellant

and

**His Majesty The King**  
Respondent

- and -

**Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Empowerment  
Council, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Criminal Trial  
Lawyers' Association, Canadian Civil Liberties Association and Criminal  
Lawyers' Association**  
Interveners

**CORAM:** Wagner C.J. and Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**REASONS FOR  
JUDGMENT:**  
(paras. 1 to 78)

Karakatsanis J. (Wagner C.J. and Côté, Rowe, Martin, Kasirer  
and Jamal JJ. concurring)

*Walker*, at para. 64; *Brooks*, at para. 44); whether it is a jury trial or judge alone (see *C.M.L.*, at paras. 76 and 86; *Brooks*, at para. 44); the attributes of the accused, including where they are unrepresented and any concerns about mental health challenges or their ability to cooperate with the court (see *Walker*, at para. 64; *Mastronardi*, at paras. 50-52; *Brooks*, at para. 44; *C.M.L.*); whether assistance is needed to test the Crown's case or advance a meaningful defence (see *Borutski*, at paras. 23, 28 and 31; *Ryan*, at para. 156); and what assistance the Crown and trial judge can provide within their roles (see *C.M.L.*, at para. 80; *Imona-Russel*, at para. 69; *Ryan*, at para. 156).

[62] *Amicus* can legitimately assume a wide range of adversarial functions throughout the proceedings, within the scope of the limits identified above. For example, I accept the submission of the intervener the Criminal Lawyers' Association that *amicus* can help the accused by explaining the strategic choices available to them, along with the potential implications of those decisions (see I.F., at p. 2). And there is no theoretical barrier to prevent *amicus* from testing the strength of the Crown's case through cross-examination, submissions or closing argument (see *Mastronardi*; *Borutski*; *C.M.L.*; *Walker*). As noted above, *amicus* may present an alternative theory or defence arising on the evidence to counter the position of the Crown, provided it does not conflict with any asserted theory or defence of the accused. Other adversarial functions may also be available.

[63] That is not to say a broad adversarial mandate for *amicus* is always necessary, nor that it should be close to routine. The dangers established in *CLAO* led

this Court to affirm that the power to appoint *amicus* must be reserved for exceptional circumstances. But these dangers do not stand in the way of maintaining public confidence in trial fairness — and as several authorities illustrate, they can be accommodated with an appointment order carefully tailored to the circumstances of a particular case.

D. *Summary and Best Practices*

[64] In sum, in the vast majority of cases, the responsibilities of the trial judge and the Crown will suffice to ensure trial fairness. Once it is determined that *amicus* is required, the trial judge retains wide discretion to appoint *amicus* with functions that are responsive to the needs of a case. This may include adversarial functions where necessary for trial fairness — for example, to restore balance to a proceeding when an accused chooses to self-represent and puts forward no meaningful defence. In tailoring the scope of the role for the *amicus*, the judge will consider the nature of the role of *amicus* as friend of the court and the circumstances of a case, including how the accused exercises their constitutional rights and what is needed to ensure a fair trial. While there are necessary limits to the adversarial functions that *amicus* can perform, the scope is broad enough to accommodate what is necessary for trial fairness in a particular case.

[65] In considering whether to appoint *amicus*, the judge should canvass the parties for their perspectives about the necessity and scope of an *amicus* appointment. The judge should consider whether an appointment that is limited in duration or scope would suffice. For example, assistance from *amicus* may only be necessary for

cross-examination of certain Crown witnesses or for a particular motion in the proceeding. It would also be helpful to reduce the terms of appointment to writing in a formal order or endorsement, explicitly identifying the nature and scope of the role for the *amicus* and the specific functions that the court requires.

[66] Finally, the trial judge should consider whether the mandate assigned to an *amicus* will make a confidentiality order necessary for the *amicus* to effectively discharge their role. As the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association submitted, full and frank conversation between the accused and an *amicus* may depend on a confidentiality order if the *amicus* is charged with advocating for the interests of the defence (see I.F., at p. 7). While solicitor-client privilege would not be available, a confidentiality order would create legal protections for communications between the *amicus* and the accused in discussing their case (see, e.g., *Imona-Russel*, at paras. 64 and 68, explaining how an undertaking by Crown counsel to treat all correspondence between the accused and *amicus* as privileged achieved the confidentiality necessary in that case).

#### IV. Application

[67] To succeed on this appeal, Mr. Kahsai must show that the *amicus* appointment in his trial created an irregularity so severe that it rendered the trial unfair in fact or in appearance (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 69 and 73). He will establish a miscarriage of justice if the gravity of the irregularity would create such a serious appearance of unfairness it would shake the public confidence in

the administration of justice (*R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 51, citing *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, at para. 89). This analysis is conducted from the perspective of a reasonable and objective person, having regard for the circumstances of the trial (*Khan*, at para. 73). It must also acknowledge that while the accused is entitled to a fair trial, they are not entitled to a perfect trial, and “it is inevitable that minor irregularities will occur from time to time” (*Khan*, at para. 72).

[68] The “miscarriage of justice” standard — already a high bar — is even higher when claimed based on perceived unfairness instead of actual prejudice. When the perceived unfairness of a trial is at issue, “the appearance of unfairness must be pronounced, such that it would be a serious interference with the administration of justice and offend the community’s sense of fair play and decency” (*Davey*, at para. 74). Whether a miscarriage of justice arose is a question of law reviewable for correctness (*R. v. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 599 A.R. 76, at para. 13, citing *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, at p. 439).

[69] Courts have found a miscarriage of justice based on perceived unfairness in a range of circumstances, including where defence counsel shared confidential information with the trial judge, in breach of solicitor-client privilege (*R. v. Olusoga*, 2019 ONCA 565, 377 C.C.C. (3d) 143); where the trial judge showed prejudgment by implying that a defence witness was committing perjury in his testimony (*R. v. Sherry* (1995), 26 O.R. (3d) 782 (C.A.)); where defence counsel did not prepare the accused

# Onglet 6

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario  
and Lawrence Greenspon** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Advocates' Society and Mental Health  
Legal Committee** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO v. CRIMINAL LAWYERS'  
ASSOCIATION OF ONTARIO**

**2013 SCC 43**

File No.: 34317.

2012: December 12; 2013: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,  
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and  
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Courts — Jurisdiction — Appointment of amici curiae — Provincial Attorney General and amici curiae appointed by trial judges in criminal proceedings disagreeing on amici's rate of remuneration — Whether superior and statutory courts have inherent or implied jurisdiction to determine rate of remuneration of amici curiae.*

In three cases arising in the context of criminal proceedings in Ontario, trial judges appointed *amici curiae* to assist the accused, who had discharged counsel of their choice. The judges did so in order to maintain the orderly conduct of the trials or to avoid delay in these complex, lengthy proceedings. The cases were not decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and did not proceed on the basis that the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario et  
Lawrence Greenspon** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général du Québec,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique, Association des  
libertés civiles de la Colombie-Britannique,  
Advocates' Society et Mental Health  
Legal Committee** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO c. CRIMINAL LAWYERS'  
ASSOCIATION OF ONTARIO**

**2013 CSC 43**

N° du greffe : 34317.

2012 : 12 décembre; 2013 : 1<sup>er</sup> août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Tribunaux — Compétence — Nomination d'un amicus curiae — Mésentente entre le procureur général provincial et des amici curiae nommés par des juges président des procès criminels au sujet du taux de rémunération des amici — Les cours supérieures et les tribunaux d'origine législative ont-ils une compétence inhérente ou tacite pour fixer le taux de la rémunération des amici curiae?*

Dans trois affaires issues de dossiers criminels ontariens, les juges des procès ont nommé des *amici curiae* pour assister les accusés après que ceux-ci eurent révoqué les avocats dont ils avaient retenu les services. Cette mesure visait à assurer le bon déroulement des procès ou à ne pas retarder des instances longues et complexes. Les juges n'ont pas statué sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni estimé



B. *Amici Curiae and the Inherent Jurisdiction of the Court*

(1) Appointing Amici

[44] While courts of inherent jurisdiction have no power to appoint the women and men who staff the courts and assist judges in discharging their work, there is ample authority for judges appointing *amici curiae* where this is necessary to permit a particular proceeding to be successfully and justly adjudicated.

[45] *Amici curiae* have long played a role in our system of justice. As early as the mid-14th century, the common law courts from which our superior courts are descended received the assistance of *amici* (see S. C. Mohan, “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] *S.J.L.S.* 352, at pp. 356-60). Indeed, as one scholar has noted, “[t]here can be no doubt as to the age and wide acceptance of the *amicus curiae*. As to its origin, on the other hand, there is a great deal of doubt. Like so many things of great age, its roots are lost even though the practice still continues” (F. M. Covey, Jr., “*Amicus Curiae*: Friend of the Court” (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, at p. 33). A number of cases have recognized the practice; in addition, there are statutory provisions that provide for the appointment of an *amicus* in certain circumstances.<sup>4</sup>

[46] A court’s inherent jurisdiction to appoint an *amicus* in criminal trials is grounded in its authority to control its own process and function as a court of law. Much like the jurisdiction to exercise

<sup>4</sup> In civil matters in Ontario, Rule 13.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, permits a court to appoint a friend of the court for the purpose of rendering assistance by way of argument. In this Court, Rule 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, permits the Court or a judge to appoint an *amicus* in an appeal, while s. 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, provides for the appointment of an *amicus* to argue in favour of an unrepresented interest where the Governor in Council has referred a matter to the Court for its consideration, and authorizes the Minister of Finance to pay the reasonable expenses of counsel out of funds authorized by Parliament for expenses of litigation.

B. *L’amicus curiae et la compétence inhérente de la cour*

(1) Nomination de l’amicus

[44] Bien qu’une cour dotée de la compétence inhérente ne puisse nommer les membres de son personnel appelés à appuyer ses juges dans leur travail, une abondante jurisprudence veut qu’elle puisse nommer un *amicus* lorsque cette mesure s’impose afin que justice puisse être rendue dans une instance en particulier.

[45] La fonction d’*amicus curiae* existe depuis longtemps dans notre système de justice. Dès le milieu du 14<sup>e</sup> siècle, les cours de common law, les ancêtres de nos cours supérieures, ont bénéficié des services d’*amici* (voir S. C. Mohan, « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] *S.J.L.S.* 352, p. 356-360). En effet, comme le fait observer un auteur, [TRADUCTION] « [l]’ancienneté et la reconnaissance générale de la fonction d’*amicus curiae* ne font aucun doute. Ses origines sont en revanche assez incertaines. À l’instar de tant de choses anciennes, l’institution existe toujours même si on ne peut déterminer son origine » (F. M. Covey, Jr., « *Amicus Curiae* : Friend of the Court » (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, p. 33). Non seulement la fonction d’*amicus* est reconnue par la jurisprudence, mais des dispositions législatives prévoient la nomination d’un *amicus* dans certaines situations<sup>4</sup>.

[46] La compétence inhérente de la cour pour nommer un *amicus* lors d’un procès criminel s’appuie sur son pouvoir de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice.

<sup>4</sup> En Ontario, dans les affaires civiles, le tribunal est habilité par la règle 13.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, à nommer un ami de la cour appelé à l’aider par la formulation d’arguments. Notre Cour ou un de ses juges peut, suivant la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, nommer un *amicus* dans le cas d’un appel. Le par. 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, prévoit la nomination d’un *amicus* pour défendre un intérêt non représenté lorsque le gouverneur en conseil soumet une question au jugement de la Cour, et il autorise le ministre des Finances à payer les frais raisonnables alors engagés par l’avocat, sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice.

control over counsel when necessary to protect the court's process that was recognized in *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18, the ability to appoint *amici* is linked to the court's authority to "request its officers, particularly the lawyers to whom the court afforded exclusive rights of audience, to assist its deliberations" (B. M. Dickens, "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, at p. 671).

[47] Thus, orders for the appointment of *amici* do not cross the prohibited line into the province's responsibility for the administration of justice, provided certain conditions are met. First, the assistance of *amici* must be essential to the judge discharging her judicial functions in the case at hand. Second, as my colleague Fish J. observes, much as is the case for other elements of inherent jurisdiction, the authority to appoint *amici* should be used sparingly and with caution, in response to specific and exceptional circumstances (para. 115). Routine appointment of *amici* because the defendant is without a lawyer would risk crossing the line between meeting the judge's need for assistance and the province's role in the administration of justice.<sup>5</sup>

[48] So long as these conditions are respected, the appointment of *amici* avoids the concern that it improperly trenches on the province's role in the administration of justice.

<sup>5</sup> Making use of *amici* in this manner is not universally endorsed. In the United Kingdom, the Attorney General and Lord Chief Justice jointly issued guidance to the judiciary regarding the use of advocates to the court, as *amici* are known there (see "Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court", reproduced in Lord Goldsmith, "Advocate to the Court", *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online)). This guidance specified that advocates to the court are traditionally appointed on points of law and do not normally lead evidence, examine witnesses, and, in particular, are not to be appointed solely because an accused is unrepresented (para. 4).

Par analogie avec la mesure prise à l'égard d'un avocat pour faire respecter sa procédure — dont la Cour reconnaît la légitimité dans *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18 —, la nomination d'un *amicus* se rattache au pouvoir de la cour de [TRADUCTION] « demander aux auxiliaires de justice, en particulier les avocats auxquels elle accorde le droit exclusif de plaider devant elle, de l'aider dans l'accomplissement de sa tâche » (B. M. Dickens, « A Canadian Development : Non-Party Intervention » (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, p. 671).

[47] La nomination judiciaire d'un *amicus* n'empiète donc pas sur la compétence de la province en matière d'administration de la justice, dès lors que certaines conditions sont réunies. Premièrement, le juge doit avoir besoin de l'aide d'un *amicus* pour s'acquitter de ses fonctions dans l'affaire en cause. Deuxièmement, comme le fait observer mon collègue le juge Fish, à l'instar d'autres éléments de la compétence inhérente, le pouvoir de la cour de nommer un *amicus* doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection, et dans une situation particulière et exceptionnelle (par. 115). La nomination automatique d'un *amicus* chaque fois qu'un défendeur n'est pas représenté pourrait ne plus viser à répondre au besoin d'assistance du juge, mais relever de l'administration de la justice, laquelle ressortit à la province<sup>5</sup>.

[48] Lorsque ces conditions sont respectées, la nomination d'un *amicus* n'empiète pas sur la fonction provinciale d'administration de la justice.

<sup>5</sup> Cette conception du recours à l'*amicus* ne fait pas l'unanimité. Au Royaume-Uni, le procureur général et le lord juge en chef ont formulé de concert des lignes directrices destinées à la magistrature sur le recours à l'*advocate to the court*, l'équivalent de notre *amicus* (voir « Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court », reproduit dans Lord Goldsmith, « Advocate to the Court », *Law Society Gazette*, 1<sup>er</sup> février 2002 (en ligne)). Ces lignes directrices précisent qu'un *advocate to the court* est habituellement nommé pour clarifier un point de droit et ne présente habituellement pas d'éléments de preuve, ni n'interroge de témoins et, en particulier, sa nomination ne tient pas uniquement au fait que l'accusé n'est pas représenté (par. 4).

(2) Amici as Defence Counsel

[49] Further, I agree with my colleague Fish J. that “[o]nce clothed with all the duties and responsibilities of defence counsel, the *amicus* can no longer properly be called a ‘friend of the court’” (para. 114). *Amici* and court-appointed defence counsel play fundamentally different roles (see D. Berg, “The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts” (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, at pp. 72-74).

[50] The issue of whether it was appropriate to appoint *amici* to effectively act as defence counsel was raised by the Attorney General of Quebec and the Attorney General of British Columbia, who were interveners in this Court. It was not challenged by the Attorney General of Ontario. However, to the extent that the terms for the appointment of *amici* mirror the responsibilities of defence counsel, they blur the lines between those two roles, and are fraught with complexity and bristle with danger.

[51] First, the appointment of *amici* for such a purpose may conflict with the accused’s constitutional right to represent himself (see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 972).

[52] Second, it can also defeat the judicial decision to refuse to grant state-funded counsel following an application invoking the accused’s fair trial rights under the *Charter*. For instance, by expanding the role of the *amicus*, first to act as though he was defending a client who remained mute, and later to take instructions from the accused, the trial judge in *Imona Russel* undermined the court’s earlier decisions to deny state-funded defence counsel.

[53] Third, there is an inherent tension between the duties of an *amicus* who is asked to represent the interests of the accused, especially where

(2) L’amicus appelé à exercer la fonction d’avocat de la défense

[49] Par ailleurs, je conviens avec mon collègue le juge Fish que « [d]ès que les devoirs et les obligations d’un avocat de la défense lui incombent, [l’*amicus*] ne peut plus être considéré à juste titre comme l’“ami de la cour” » (par. 114). L’*amicus* et l’avocat de la défense nommé par la cour jouent des rôles foncièrement différents (voir D. Berg, « The Limits of Friendship : the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, p. 72-74).

[50] Intervenants devant notre Cour, les procureurs généraux du Québec et de la Colombie-Britannique soulèvent la question de savoir s’il est approprié de nommer un *amicus* pour tenir lieu dans les faits d’avocat de la défense. Le caractère approprié de cette nomination n’est pas contesté par le procureur général de l’Ontario. Toutefois, dans la mesure où le mandat de l’*amicus* s’apparente à celui de l’avocat de la défense, la ligne de séparation entre ces deux fonctions est brouillée et des complications et des risques en résultent.

[51] Premièrement, la nomination d’un *amicus* pour représenter un accusé peut aller à l’encontre du droit constitutionnel de ce dernier d’assurer sa propre défense (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 972).

[52] Deuxièmement, elle peut aussi aller à l’encontre de la décision de ne pas accorder les services d’un avocat rémunéré par l’État rendue par un tribunal saisi d’une demande fondée sur le droit constitutionnel de l’accusé à un procès équitable. Par exemple, dans *Imona Russel*, en élargissant le rôle de l’*amicus*, d’abord pour agir dans l’instance comme s’il défendait un client qui choisissait de garder le silence, puis pour représenter l’accusé conformément à ses instructions, la juge du procès a court-circuité le refus initial des services d’un avocat rémunéré par l’État.

[53] Troisièmement, il existe une tension inhérente entre les obligations de l’*amicus* auquel on demande de représenter l’accusé, surtout lorsqu’il

# Onglet 7

# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *R. v. Bacon*,  
2020 BCCA 140 **ABBREVIATED**

Date: 20200612  
Docket: CA44953

Between:

**Regina**

Appellant

And

**James Kyle Bacon**

Respondent

Restriction on Publication: A publication ban has been mandatorily imposed under s. 517(1) of the *Criminal Code* restricting the publication, broadcasting or transmission in any way of the evidence taken, the information given, or the representations made and the reasons, if any, given or to be given by the justice presiding over the application for judicial interim release (bail).

Restriction on Publication: A publication ban has been imposed under s. 486.5 of the *Criminal Code* restricting the publication, broadcasting or transmission in any way of evidence that could identify a witness/undercover officer. This publication ban applies indefinitely unless otherwise ordered.

## **APPEAL FILE SEALED**

**A copy of the Statement made by a single justice on May 21, 2020 pronouncing judgment pursuant to s. 21(3) of the *Court of Appeal Act* is attached as Appendix A.**

Before: The Honourable Madam Justice Saunders  
The Honourable Mr. Justice Goepel  
The Honourable Mr. Justice Hunter

On appeal from: An order of the Supreme Court of British Columbia, dated December 1, 2017 (*R. v. Bacon*, Vancouver Registry 26150).

Counsel for the Appellant: M.K. Levitz, Q.C., J.M. Gordon, Q.C.,  
C.G. Baragar, Q.C., C. Lusk,  
and M.J. Wolf

Counsel for the Respondent: F.R. Addario, K.M. Eldred,  
and J.G. Foy

*Amici Curiae*: A. Kapoor and  
V. Cichalewska

Place and Date of Hearing: Vancouver, British Columbia  
December 2, 3, 4, 5 & 6, 2019

Place and Date of Judgment: Vancouver, British Columbia  
May 21, 2020

**Written Reasons of the Court released  
in Abbreviated Version on June 12, 2020**

[44] Undoubtedly, the balancing of societal interests that must take place and the “clearest of cases” threshold presents an accused who seeks a stay under the residual category with an onerous burden. Indeed, in the residual category, cases warranting a stay of proceedings will be “exceptional” and “very rare” (*Tobiass*, at para. 91). But this is as it should be. It is only where the “affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases” that a stay of proceedings will be warranted (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667).

[Emphasis added.]

[63] The judge concluded that the balancing exercise favoured granting a stay. Considering all four categories of misconduct that she found met the test for abuse of process, she addressed the factors referred to in *Babos*, sorting them into factors favouring a trial and factors favouring a stay.

[64] We have concluded that two of the four areas of conduct found by the judge to be abuses of process did not amount to abuses of process. As we have concluded that the judge erred in principle in finding these two aspects of the investigation demonstrated abuses of process, it is open to us, applying the standard of review applicable to discretionary decisions, to interfere with the result.

[65] We find the balance favours a full trial of the charges on their merits, where Mr. Bacon will be found not guilty or guilty. The charges against him allege he was at the head of a terrible conspiracy, a conspiracy that led to the execution-style murders of the target and five other persons, all for expansion of business in the illicit drug trade. Murder has been recognized as the most heinous of peace time crimes (*R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633 at 646) and the seriousness of conspiracy to commit murder is of the highest order. The community has “a profound interest” in seeing guilt or innocence of these charges alleged against Mr. Bacon determined on the merits.

[66] In our view, the other concerns that led the judge to enter a stay of proceedings, absent the matters in respect to which we find an error in principle, do not, on their own, support an entry of a stay of proceedings.

[67] We conclude that the stay of proceedings should be set aside and the matter remitted to the Supreme Court of British Columbia for trial.

### **OBSERVATIONS ON OFF-THE-DOCKET PROCEEDINGS**

[68] We have had the opportunity to review the record in detail and recognize that certain portions of the evidence raise concerns of extraordinary seriousness, and require the highest level of confidentiality. For that reason, high security levels were employed in this Court, and the entire hearing was held *in camera*.

[69] Nonetheless, we are disquieted by learning that some of the pre-trial proceedings proceeded off-docket, and so were not made known to the community. Closing a court room is a serious and rare step. It is even more serious to hide the fact a hearing is ongoing.

[70] Such secrecy in the court process is an anathema. A court should not hide the fact a hearing is proceeding. Listing a case as an *in camera* proceeding provides slim information to the public but it is not nothing. In the minimum, doing so informs the public that the court, which is their court, is grappling with the case listed. It allows the public to keep track of the closed proceedings and it allows for applications to the court in respect of the closure: e.g., *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In our respectful view, proceedings that do not allow for that minimal degree of oversight should not occur.

### **CONCLUSION**

[71] The pre-appeal proceedings were exceedingly long and the logistics of this appeal were significant. We would express our thanks to all counsel for their assistance and the professional manner that they displayed throughout the appeal. Some recognition for the efficient presentation should also be accorded to Mr. Justice Frankel as appeal management justice.

[72] We wish to also express our appreciation to the judge. She was faced with a Herculean task of almost unprecedented complexity. The pre-trial proceedings lasted some four-and-one-half years. She was called upon to address numerous



applications and make numerous rulings. The pre-trial proceedings culminated in the stay application which in itself spanned some 68 court days over 7 months and resulted in a ruling which is 885 paragraphs long. While we have ultimately reversed the judge's decision to grant a stay, we would be remiss if we did not note that the overwhelming majority of her many findings and rulings were not challenged by either side. Our task was made easier by the clarity of her thoughtful and precise reasons.

[73] For the reasons above, we conclude that the judge made errors in identifying certain conduct as an abuse of process, in considering steps taken to remedy, at least in part, the misconduct at the heart of the appeal, and in balancing the serious misconduct we agree is abuse of process with the importance of trying this case on the merits.

[74] The appeal is allowed. The order staying the trial against Mr. Bacon on the charges is set aside, and the matter is remitted to the Supreme Court of British Columbia for trial.

“The Honourable Madam Justice Saunders”

“The Honourable Mr. Justice Goepel”

“The Honourable Mr. Justice Hunter”