

T-2022-89

T-2022-89

Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

Le chef Victor Buffalo, agissant en son propre nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Samson et la Bande et de la Nation des Indiens Samson (*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada and The Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Minister of Finance (*Defendants*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Ministre des Finances (*défendeurs*)

T-1386-90

T-1386-90

Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the other Members of Enoch's Band of Indians and the Residents Thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (*Plaintiffs*)

Le chef Jerome Morin, agissant en son nom et au nom de tous les membres de la bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve indienne n° 135 de Stony Plain (*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défendresse*)

T-1254-92

T-1254-92

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les membres de la bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada and The Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Defendants*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et l'honorable Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et l'honorable Donald Mazankowski, ministre des Finances (*défendeurs*)

INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Calgary, November 22, 1995; Vancouver, March 14, 1996.

Evidence — Application for order Canada Evidence Act, s. 39 certificate insufficient, and for production of documents listed — Initial affidavits of documents not claiming immunity from disclosure on ground Cabinet confidences — Amended affidavit listing 68 documents under review to determine whether subject to s. 39 production — Documents identified by date, brief description of nature, addressee, addressor — S. 39 certificate later filed certifying 37 documents as containing Cabinet confidences — Identified by generic description tracking language of s. 39(2), bearing no relationship to document numbers in earlier affidavit — S. 39 strictly construed — Certificate not insufficient for matters of form — As no specific requirements as to form in s. 39, form determined by Clerk of Privy Council — Certificate deficient in failure to provide identifying reference, by number or descriptive detail, between documents listed in certificate and those in earlier affidavits of documents — Deficiency remedied if counsel for plaintiffs providing identifying information to Court within reasonable time — Certificate otherwise meeting requirements of s. 39.

Crown — Prerogatives — Crown as party to litigation — Whether still vested with residue of prerogative authority — Responsibility to protect public interest, immunity from disclosure of Cabinet confidences — Rules relating to discovery of documents apply to Crown — Crown Liability and Proceedings Act providing, except as otherwise provided by Act, Regulations, rules of practice, procedure of court in which proceedings taken apply — No exceptions provided.

Practice — Discovery — Production of documents — Documents allegedly constituting Cabinet confidences produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate rendering them immune from disclosure —

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 22 novembre 1995; Vancouver, 14 mars 1996.

Preuve — Demande d'ordonnance déclarant insuffisante une attestation déposée en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada et ordonnant la production de documents qui sont énumérés dans cette attestation — Dans les premiers affidavits qu'ils ont produits, les défendeurs n'ont pas affirmé que les documents bénéficiaient d'une dispense de production au motif qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet — Dans leur affidavit modifié, ils ont énuméré 68 documents qui faisaient l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'art. 39 — Les documents étaient identifiés par leur date, une brève description de leur nature et le nom de l'expéditeur et celui du destinataire — Les défendeurs ont par la suite produit une attestation fondée sur l'art. 39 dans laquelle ils attestaient que 37 documents contenaient des renseignements confidentiels du Cabinet — Les documents y étaient décrits en des termes généraux qui reparaient le libellé de l'art. 39(2) et qui n'avaient rien à avoir avec les chiffres qui leur avaient été antérieurement assignés dans les affidavits déjà produits — Interprétation restrictive de l'art. 39 — L'attestation n'est pas insuffisante sur le plan de la forme — Comme l'art. 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune condition de forme particulière, la question de la forme relève du greffier du Conseil privé — L'attestation est insuffisante étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier, que ce soit par numéro ou par détails descriptifs, les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés — Cette lacune peut être corrigée en communiquant dans un délai raisonnable à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents — L'attestation respecte par ailleurs les exigences de l'art. 39.

Couronne — Prérogatives — Sa Majesté agissant comme partie à un procès — Il s'agit de savoir si elle est toujours investie d'un reste de prérrogative — Sa Majesté est chargée de protéger l'intérêt du public et de refuser la communication des renseignements confidentiels du Cabinet — Les dispositions des Règles de la Cour fédérale portant sur la communication préalable des documents s'appliquent à la Couronne — La Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que, sauf disposition contraire de la loi en question et de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi — Aucune exception n'est prévue.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait

Certificate precluding Court from compelling disclosure whenever filed — In accordance with R. 448, requiring full disclosure by affidavit of documents listing all relevant documents known to party, Crown must provide affidavit with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue" for which no privilege claimed, privilege claimed and in latter case, provide statement of grounds for each claim of privilege — S. 39 not providing for return of documents already produced.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Documents allegedly constituting Cabinet confidence produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate, rendering them immune from disclosure — Only certificate filed in accord with s. 39 precluding Court from ordering disclosure by answering questions upon discovery — Certificate precluding disclosure whenever filed — Objection to questions relating to document not yet certified on ground answers revealing Cabinet confidences must be confirmed by s. 39 certificate within reasonable time.

This was an application for an order that a *Canada Evidence Act*, section 39 certificate was insufficient, for production of the documents listed therein, and requiring the defendants' witnesses at examinations for discovery to answer questions in relation to documents produced, but not yet included in a section 39 certificate. The defendants sought an order for the return of documents produced that were later included in a certificate filed under section 39.

Section 39 provides that where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council (Cabinet), disclosure shall be refused without examination or hearing of the information by the court. Subsection 39(2) elaborates what constitutes such a confidence. Paragraph 39(4)(a) exempts from certification a Cabinet confi-

l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39 qui permettrait d'en refuser la communication — Une fois qu'elle a été produite, l'attestation empêche la Cour d'exiger la communication des documents — Conformément à la Règle 448, qui exige la communication intégrale en obligeant les parties à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elles ont connaissance, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige» — Dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document — L'art. 39 ne prévoit pas la remise des documents déjà produits.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39, lequel permettrait d'en refuser la communication — Seule l'attestation produite conformément à l'art. 39 empêche la Cour d'ordonner la communication de renseignements confidentiels en répondant aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable — L'attestation empêche la communication une fois qu'elle a été produite — L'opposition aux questions relatives à un document qui n'a pas encore fait l'objet d'une attestation au motif que les réponses qui seraient données révéleraient des renseignements confidentiels du Cabinet doit être confirmée dans un délai raisonnable par une attestation produite en vertu de l'art. 39.

Il s'agit d'une demande visant à obtenir une ordonnance déclarant qu'une attestation déposée en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est insuffisante, ordonnant la production des documents qui y sont énumérés et enjoignant aux témoins des défendeurs interrogés lors des interrogatoires préalables de répondre aux questions relatives aux documents qui ont été produits mais qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39. Les défendeurs demandent à la Cour d'ordonner aux demandeurs de leur remettre les documents produits qui ont par la suite fait l'objet d'une attestation déposée en vertu de l'article 39.

L'article 39 prévoit que le tribunal doit refuser la divulgation d'un renseignement, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, lorsqu'un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de ce renseignement en attestant par écrit qu'il constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada (le Cabinet). Le paragraphe 39(2) précise ce qui constitue un renseignement confidentiel. L'alinéa

dence that has been in existence for more than 20 years.

The claims related to alleged breaches of duty dating back almost 50 years. Document production has been an ongoing process, anticipating a series of affidavits of documents. The initial affidavits of documents did not claim immunity from disclosure on the ground that any document contained Cabinet confidences. Thereafter defendants' counsel realized that certain documents, some of which had already been produced to the plaintiffs, ought to be withheld since they included Cabinet confidences. An amended affidavit of documents was filed which listed 68 documents then under review to determine whether they were subject to production under section 39. That list described each document by date, a brief description of the nature of the document, addressee and addressor. The section 39 certificate, filed later, certified 37 documents as containing Cabinet confidences. None of the detailed descriptive information of earlier document lists was included for any of those documents, which were described in generic terms tracking the wording of the various paragraphs of subsection 39(2). The numbers on the list bore no relationship to document numbers in the affidavits of documents earlier filed. The plaintiffs were unable to determine which documents originally listed as relevant were claimed under section 39, and the certificate was of no assistance to the Court. None of the 37 documents has been produced.

The issues were: (1) whether section 39 should be narrowly construed; (2) whether the Crown as a litigant was subject to requirements of the *Federal Court Rules* as to time or production of documents; (3) whether the section 39 certificate was sufficient in terms of form and substance; (4) whether the plaintiffs were entitled to oral discovery by examination with regard to information in documents that have been produced, but have not yet been included in a section 39 certificate.

Held, the motion should be allowed in part.

(1) Section 39 should be strictly construed. Parliament restricted Crown immunity by providing for actions against the Crown, and narrowing the absolute nature of

39(4)a soustrait à l'attestation les renseignements confidentiels du Cabinet dont l'existence remonte à plus de 20 ans.

Les demandes se rapportent à de présumées violations d'obligations remontant à une cinquantaine d'années. Les parties ont mis au point un processus permanent de production de documents dans le cadre duquel elles prévoyaient produire une série d'affidavits. Dans les premiers affidavits qu'ils ont produits, les défendeurs n'ont pas affirmé que les documents ne devaient pas être produits au motif qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Par la suite, l'avocat des défendeurs s'est aperçu que certains documents, dont quelques-uns avaient déjà été communiqués aux demandeurs, devaient être retenus, étant donné qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Dans l'affidavit modifié qu'ils ont déposé, ils ont énuméré quelque 68 documents qui faisaient l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'article 39. Cette liste précisait la date de chaque document, donnait une brève description de la nature du document et indiquait le nom de l'expéditeur et celui du destinataire. Dans l'attestation qu'ils ont par la suite produite en vertu de l'article 39, les défendeurs attestaient que 37 documents contenaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Aucun des renseignements descriptifs détaillés contenus dans les listes antérieures n'y était donné au sujet des documents, qui y étaient décrits en des termes généraux qui reprenaient le libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) de la Loi. Les chiffres inscrits sur la liste n'avaient rien à voir avec les chiffres antérieurement assignés aux documents dans les affidavits déjà produits. Les demandeurs n'étaient pas en mesure de déterminer lesquels des documents qui avaient été initialement inscrits comme pertinents faisaient l'objet d'une revendication fondée sur l'article 39, et l'attestation n'était d'aucune utilité pour la Cour. Aucun des 37 documents n'a été communiqué.

Les questions en litige sont celles de savoir: (1) si l'article 39 devrait être interprété de façon restrictive; (2) si la Couronne était, en tant que partie au procès, assujettie aux exigences des *Règles de la Cour fédérale* en ce qui concerne les délais ou la production de documents; (3) si l'attestation produite en vertu de l'article 39 était suffisante tant sur le plan de la forme que du fond; (4) si les demandeurs avaient le droit d'interroger au préalable des représentants des défendeurs relativement aux renseignements contenus dans les documents qui avaient été produits mais qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39.

Jugement: la requête doit être accueillie en partie.

(1) L'article 39 devrait être interprété de façon restrictive. Le législateur fédéral a limité la portée de l'immunité de la Couronne en permettant d'intenter des poursuites

the Crown's claim to public interest immunity in regard to evidence.

(2) The Rules relating to discovery of documents are applicable to the Crown when it is a litigant. In relation to document discovery the *Crown Liability and Proceedings Act* as amended in 1990 provides that, except as otherwise provided by the Act or the regulations, the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings. The Act makes no exception from the Rules for the Crown as a party. Thus, in accord with Rule 448, which requires full disclosure by an affidavit of documents listing all relevant documents known to a party, the Crown must provide an affidavit or affidavits with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue", for which no privilege is claimed and for which privilege is claimed, and in the latter case it must provide a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document.

(3) The certificate was not insufficient for any of the matters of form. Section 39 does not include any specific requirements as to form, which is therefore determined by the Clerk, provided the certificate is in a form that is readily seen as a certificate within section 39.

As to substantive deficiencies, the certificate was deficient in its failure to provide any identifying reference, by number or descriptive detail, between the documents as listed in the certificate and those listed in affidavits of documents previously filed. That deficiency may be remedied by provision of information to counsel for the plaintiffs and to the Court that will identify the documents now certified. If information identifying the 37 documents certified, by reference to the documents included in earlier lists, is not provided within such reasonable time as agreed to by the parties or as determined by the Court, the defendants shall produce the documents forthwith.

The certificate otherwise met the requirements of section 39 and of the Court's Rules. The certificate referred to the documents as "confidences of the Queen's Privy Council . . . for the reasons set out in the Schedule", which listed the documents described by general words

contre Sa Majesté et en tempérant le caractère absolu de l'immunité d'ordre public de la Couronne en matière de preuve.

(2) Les dispositions des *Règles de la Cour fédérale* relatives à la communication préalable des documents s'appliquent à Sa Majesté lorsqu'elle agit comme partie au procès. En ce qui a trait à la communication préalable des documents, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, modifiée en 1990, prévoit que, sauf disposition contraire de la Loi en question ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi. La Loi ne prévoit aucune exception aux Règles en ce qui concerne Sa Majesté, lorsqu'elle agit à titre de partie au procès. Ainsi, conformément à l'article 448 des Règles — qui exige la communication intégrale en obligeant chaque partie à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elle a eu connaissance —, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige». En outre, dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document.

(3) L'attestation n'était pas insuffisante sur le plan de la forme. L'article 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune condition de forme particulière. La question de la forme de l'attestation relève donc du greffier, à condition qu'on puisse aisément l'identifier comme une attestation prévue par l'article 39.

Quant aux vices de fond, l'attestation est insuffisante, étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier — que ce soit par numéro ou par détails descriptifs — les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés. Les défendeurs peuvent corriger cette lacune en communiquant à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents qui font l'objet de la présente attestation. Si les renseignements qui permettent d'identifier les 37 documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans des listes déjà produites ne sont pas communiqués aux avocats des parties dans un délai raisonnable fixé par les avocats d'un commun accord ou, à défaut d'entente, par la Cour, les défendeurs communiqueront sans délai les documents en question aux demandeurs.

L'attestation satisfait par ailleurs aux exigences de l'article 39 et des Règles de la Cour. L'attestation précise que les documents constituent [TRADUCTION] «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à

tracking the relevant paragraphs of subsection 39(2). As such, the wording was substantially similar to that approved by the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.* and any differences were not sufficient to warrant a conclusion that the certificate was deficient.

The certificate certified that paragraph 39(4)(a) did not apply as none of the documents had been in existence for more than 20 years. The plaintiffs argued that information contained in a document may be more than 20 years old, even if the document itself was not. By the definition in subsection 39(2), Parliament intended to permit objection to disclosure of information as it is found in the types of documents therein described, not information at large. In the application of paragraphs 39(4)(a) and (b), relying upon the definition of a confidence as provided by subsection 39(2), the certificate met the statutory requirement.

It was also urged that the certificate should clearly indicate that the information would not be more than 20 years old by the time of the trial of these actions. The application of subsection 39(4) can only be made with reference to the date of the certificate objecting to disclosure, not to an uncertain date in future when the litigation may be ended. In that sense also the certificate met the statutory requirement. The date at which a document said to contain Cabinet confidences becomes 20 years old would be evident, permitting a party once denied access to later claim access, if the age of the confidence comes to exceed 20 years before the trial ends.

(4) A certificate made in accord with section 39 may be filed at any time, before or after disclosure of documents by affidavits of documents or production of the documents themselves, and before questions about them are answered in oral discovery. Aside from very exceptional circumstances, whenever a certificate is filed it effectively precludes the Court thereafter from examining the information or compelling its disclosure, but only a certificate in accord with section 39 can preclude the Court from ordering disclosure by production of documents or by answering questions upon discovery.

la présente» (qui est la liste des documents qui sont décrits en des termes généraux qui reprennent le libellé des dispositions applicables du paragraphe 39(2)). Le texte de l'attestation est en grande partie identique à celui que la Cour d'appel a approuvé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Central Cartage* et les différences qui existent ne justifient pas en elles-mêmes de conclure que l'attestation est insuffisante.

Dans l'attestation, la greffière atteste que l'alinéa 39(4)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'applique pas, étant donné que l'existence d'aucun d'entre eux ne remonte à plus de vingt ans. Les demandeurs soutiennent que l'existence des renseignements contenus dans un document peut remonter à plus de vingt ans même si le document lui-même ne remonte pas à vingt ans. En raison de la définition contenue au paragraphe 39(2), le législateur fédéral voulait permettre l'opposition à la divulgation de renseignements que l'on trouve dans les types de documents qui y sont décrits, et non à la divulgation de tout type de renseignements en général. Pour l'application des alinéas 39(4)a) et b), l'attestation qui a été déposée en l'espèce satisfait aux exigences de la loi, en raison de la définition de l'expression «renseignement confidentiel» prévue au paragraphe 39(2).

Les demandeurs affirment par ailleurs que l'attestation devrait indiquer clairement que l'existence des renseignements ne remontera pas à plus de vingt ans lors de l'instruction des présentes actions. On ne peut appliquer le paragraphe 39(4) qu'en fonction de la date de l'attestation par laquelle on s'oppose à la divulgation, et non en fonction de la date future incertaine à laquelle il se peut que le procès se termine. En ce sens, l'attestation satisfait aussi aux exigences de la loi. La date à laquelle un document qui renfermerait des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet «atteint» l'âge de vingt ans s'imposerait d'elle-même, permettant ainsi à la partie qui s'est déjà vu refuser la communication d'un renseignement de le réclamer plus tard, si l'existence de ce renseignement confidentiel en vient à remonter à plus de vingt ans avant la fin du procès.

(4) Une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi peut être déposée en tout temps avant ou après la communication des documents au moyen d'affidavits ou par la production des documents eux-mêmes, et avant que l'on réponde aux questions posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. Exception faite de circonstances très exceptionnelles, le dépôt d'une attestation empêche effectivement la Cour d'examiner par la suite les renseignements ou d'ordonner leur divulgation. Cependant, seule l'attestation qui est conforme à l'article 39 peut empêcher la Cour d'ordonner la divulgation en prescrivant la production des documents ou en ordonnant aux témoins de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable.

The defendants' representatives were directed to answer questions asked at discovery so far as the answers do not reveal information constituting Cabinet confidences. If the answers require revelation of such information, any objection relating to a document not already certified must be confirmed by inclusion in a section 39 certificate filed within a reasonable time.

Section 39 does not provide for the return of documents already produced. All documents produced are subject to an implied undertaking restricting their use to the action and to the confidentiality order earlier issued.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.
Crown Liability Act, S.C. 1952-53, c. 30.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 27 (as am. *idem*, s. 31), 34 (as am. *idem*, s. 32).
Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations, SOR/91-604.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 447 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 448 (as am. *idem*), 449 (as am. *idem*), 450 (as am. *idem*), 451 (as am. *idem*), 452 (as am. *idem*), 453 (as am. *idem*), 454 (as am. *idem*), 455 (as am. *idem*), 456 (as am. *idem*), 457 (as am. *idem*), 458 (as am. *idem*), 459 (as am. *idem*), 460 (as am. *idem*), 461 (as am. *idem*), 462 (as am. *idem*), 463 (as am. *idem*), 464 (as am. *idem*), 465 (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Puddister Trading Co. et al. v. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (F.C.T.D.); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *I.L.W.U. v. Canada*, [1989] 1 F.C. 444 (T.D.).

La Cour ordonne aux représentants des défendeurs de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable dans la mesure où les réponses qu'ils donnent n'ont pas pour effet de révéler des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet. Si les réponses sont réputées exiger la révélation de tels renseignements, toute opposition qui ne se rapporte pas à un document faisant déjà l'objet d'une attestation peut régulièrement être confirmée par son inclusion dans une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi et déposée dans un délai raisonnable.

L'article 39 lui-même ne renferme aucune disposition en ce qui concerne la remise des documents qui ont déjà été produits. Tous les documents qui sont produits sont assujettis à l'engagement implicite de ne les utiliser que pour la présente action. Ils sont également assujettis à l'ordonnance de confidentialité déjà prononcée dans la présente instance.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38, 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 27 (mod., *idem*, art. 31), 34 (mod., *idem*, art. 32).
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.C. 1952-53, ch. 30.
Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux), DORS/91-604.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 447 (mod. par DORS 90/846, art. 15), 448 (mod., *idem*), 449 (mod., *idem*), 450 (mod., *idem*), 451 (mod., *idem*), 452 (mod., *idem*), 453 (mod., *idem*), 454 (mod., *idem*), 455 (mod., *idem*), 456 (mod., *idem*), 457 (mod., *idem*), 458 (mod., *idem*), 459 (mod., *idem*), 460 (mod., *idem*), 461 (mod., *idem*), 462 (mod., *idem*), 463 (mod., *idem*), 464 (mod., *idem*), 465 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Puddister Trading Co. et al. c. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (C.F. 1^{re} inst.); *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *S.I.D.M. c. Canada*, [1989] 1 C.F. 444 (1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co., [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.* (1990), 106 A.R. 105; 69 D.L.R. (4th) 681; 43 L.C.R. 145 (Q.B.).

CONSIDERED:

Carey v. Ontario, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (T.D.).

REFERRED TO:

Samson Indian Nation and Band v. Canada, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.); *Makanjuola v Comr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.).

APPLICATION for an order that a *Canada Evidence Act*, section 39 certificate was insufficient, for production of documents listed therein, and requiring the defendants' witnesses at examinations for discovery to answer questions in relation to documents produced, but not yet included in a certificate. Application allowed in part.

COUNSEL:

James A. O'Reilly for plaintiffs in T-2022-89.

Edward H. Molstad, Q.C. for plaintiffs in T-2022-89.

Judy D. MacLachlan for plaintiffs in T-2022-89.

DISTINCTION FAITES AVEC:

Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co., [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.* (1990), 106 A.R. 105; 69 D.L.R. (4th) 681; 43 L.C.R. 145 (B.R.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.); *Makanjuola v Comr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.).

DEMANDE d'ordonnance déclarant qu'une attestation délivrée en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est insuffisante, ordonnant aux défendeurs de communiquer certains documents énumérés dans l'attestation et enjoignant aux témoins des défendeurs interrogés lors des interrogatoires préalables de répondre aux questions relatives aux documents qui sont produits mais qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation. La demande est accueillie en partie.

AVOCATS:

James A. O'Reilly pour les demandeurs dans T-2022-89.

Edward H. Molstad, c.r. pour les demandeurs dans T-2022-89.

Judy D. MacLachlan pour les demandeurs dans T-2022-89.

No one appearing for plaintiffs in T-1386-90.

Malcolm O. Maclean for plaintiffs in T-1254-92.

Alan Macleod, Q.C., Mary E. Comeau and Mark E. Tysowski for defendants.

Barbara S. Ritzen and Eric A. Bowie for defendants.

SOLICITORS:

O'Reilly & Associés, Montréal, for plaintiffs in T-2022-89.

Parlee McLaws, Edmonton, for plaintiffs in T-2022-89.

Rae & Company, Calgary, for plaintiffs in T-2022-89.

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, for plaintiffs in T-1386-90.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiffs in T-1254-92.

Macleod Dixon, Calgary, for defendants.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

Personne n'a comparu pour les demandeurs dans T-1386-90.

Malcolm O. Maclean pour les demandeurs dans T-1254-92.

Alan Macleod, c.r., Mary E. Comeau et Mark E. Tysowski pour les défendeurs.

Barbara S. Ritzen et Eric A. Bowie pour les défendeurs.

PROCUREURS:

O'Reilly & Associés, Montréal, pour les demandeurs dans T-2022-89.

Parlee McLaws, Edmonton, pour les demandeurs dans T-2022-89.

Rae & Company, Calgary, pour les demandeurs dans T-2022-89.

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, pour les demandeurs dans T-1386-90.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour les demandeurs dans T-1254-92.

Macleod Dixon, Calgary, pour les défendeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

1 MACKAY J.:

Issues concerning a certificate under section 39 Canada Evidence Act

2 The Samson Indian Band and Nation as plaintiffs in one action (T-2022-89), being dealt with in preparations for trial together with the other two actions ordered to be heard at the same time, seek an order that a certificate issued and filed herein pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*¹ (the Act), is insufficient, and that documents listed in the certificate be produced to plaintiffs.

3 The plaintiffs also seek an order that the defendants' witnesses at examinations for discovery be required to answer questions in relation to docu-

LE JUGE MACKAY:

Questions concernant une attestation fondée sur l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada

2 La Bande et la Nation des Indiens de Samson agissent à titre de demanderesse dans une action (T-2022-89) qui est examinée en vue d'être instruite conjointement avec deux autres actions dont l'audition simultanée a déjà été ordonnée. Elles demandent à la Cour de déclarer que l'attestation qui a été délivrée et déposée en l'espèce en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹ (la Loi) est insuffisante et d'ordonner aux défendeurs de leur communiquer certains documents énumérés dans l'attestation.

3 Les demanderesse sollicitent également une ordonnance enjoignant aux témoins des défendeurs qui sont interrogés lors des interrogatoires préalables de

ments produced in these actions, in some cases already marked as exhibits, for which no claim has been made by a section 39 certificate that the documents are confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

4 The plaintiffs in T-2022-89 are supported by the plaintiffs in T-1386-90 (the Enoch Band) and the plaintiffs in T-1254-92 (the Ermineskin Band) in their submissions, for the documents and oral evidence in discovery are generally relevant in all three actions.

5 In written submissions for the defendants, the issues raised by the motion in regard to section 39 of the Act are expressed as follows:

1. Where documents have been listed in an Affidavit of Documents, but copies of them have not been furnished to opposing counsel, and those documents are subsequently made the subject of a Certificate issued under s. 39, is that Certificate effective to preclude further disclosure of the information contained in them?
2. Where documents have been listed in an Affidavit of Documents and copies of them have been furnished to opposing counsel, and it is subsequently discovered that they contain information which constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada (hereafter "a cabinet confidence"), can the documents then be made the subject of a Certificate issued under s. 39, and if so what is the effect of that Certificate? Specifically, is a Crown deponent at an examination for discovery required to answer questions about the information contained in the documents?

6 The issues thus described and those implied by the plaintiffs' motion do not include all of the questions raised in argument when the motion was heard. For example, the defendants ask the Court to order return of documents produced that are later included in a certificate filed under section 39 of the Act.

répondre aux questions relatives aux documents qui sont produits dans les actions en question et qui, dans certains cas, sont déjà cotés et qui n'ont pas fait l'objet d'une attestation portant, en vertu de l'article 39, qu'ils constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

Les demandeurs dans le dossier T-1386-90 (la Bande d'Enoch) et les demandeurs dans le dossier T-1254-92 (la Bande d'Ermineskin) appuient les prétentions formulées par les demandeurs dans le dossier T-2022-89, étant donné que les documents et les témoignages recueillis lors de l'enquête préalable sont en règle générale pertinents aux trois actions.

Dans leurs observations écrites, les défendeurs formulent de la façon suivante les questions litigieuses soulevées par la requête en ce qui concerne l'article 39 de la Loi:

[TRADUCTION]

1. Lorsque des documents ont été énumérés dans un affidavit, mais qu'aucune copie n'en a été fournie à l'avocat de la partie adverse et que ces documents font par la suite l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39, cette attestation a-t-elle pour effet d'empêcher la divulgation des renseignements que ces documents contiennent?
2. Lorsque des documents ont été énumérés dans un affidavit et que des copies en ont été fournies à l'avocat de la partie adverse, et que l'on découvre par la suite qu'ils contiennent des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada (ci-après appelés «renseignements confidentiels du Cabinet»), les documents en question peuvent-ils par la suite faire l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39, et, dans l'affirmative, quel est l'effet de cette attestation? Plus précisément, le déposant de Sa Majesté est-il tenu de répondre aux questions qui lui sont posées lors de l'interrogatoire préalable au sujet des renseignements contenus dans ces documents?

En plus des questions litigieuses qui viennent d'être exposées et de celles qui découlent implicitement de la requête des demandeurs, d'autres questions ont été soulevées au cours du débat qui a eu lieu lors de l'audition de la requête. Ainsi, les défendeurs demandent à la Cour d'ordonner aux deman-

4

5

6

There are different perceptions of the requirements for a certificate under section 39 of the Act in the circumstances of these cases, and differences as to the effects of that certificate under the Act. I propose to deal with the questions raised when the motion was heard. These are discussed in relation to underlying principles, the sufficiency of the certificate filed, and the application of section 39 in relation to documents already produced, but only after a brief overview to the background, the text of section 39 and of the certificate filed in this case.

The background

7 Trial of these three actions is now scheduled to commence in spring 1997. In the actions various forms of relief are claimed against Her Majesty the Queen and certain of her officers. The claims relate to alleged breaches of trust and of fiduciary duties concerning the management of oil and gas resources on the respective reserve lands of the three plaintiff bands (the oil and gas issues), concerning the management of revenues derived as royalties from those resources (the money management issues), and concerning the provision of services to the three bands (the programs and services issues). The claims relate to alleged breaches of duty extending back almost fifty years, to the mid-to-late 1940s.

8 The nature of the claims, extending over many years, presents major difficulties for document production in accord with the Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], particularly for the defendants, who early found that records of more than one government department or agency required examination for relevant documents. With the Court's directions in case management, initiated

deurs de leur remettre les documents produits qui font par la suite l'objet d'une attestation déposée en vertu de l'article 39 de la Loi. Il y a des divergences de perception en ce qui concerne les exigences auxquelles l'attestation prévue à l'article 39 de la Loi est assujettie, eu égard aux circonstances des présentes affaires, ainsi que des divergences au sujet de l'effet de cette attestation sous le régime de la Loi. Je me propose de traiter des questions qui ont été soulevées lors de l'audition de la requête. Je les analyserai en fonction des principes sous-jacents, de la suffisance de l'attestation produite et de l'application de l'article 39 aux documents déjà produits. Je ne procéderai à cette analyse qu'après avoir donné une vue d'ensemble de la genèse de l'instance, du libellé de l'article 39 et de l'attestation qui a été déposée en l'espèce.

Genèse de l'instance

7 Le début de l'instruction des trois présentes actions est, à l'heure actuelle, prévu pour le printemps 1997. Dans ces actions, les demandeurs réclament divers types de réparations à Sa Majesté la Reine et à certains de ses préposés. Les demandes portent sur de présumés abus de confiance et violations d'obligations fiduciaires relatifs à la gestion de ressources en pétrole et en gaz situées sur les terres des réserves respectives des trois bandes demanderesse (les questions relatives au pétrole et au gaz), à la gestion des recettes tirées des redevances provenant de ces ressources (les questions relatives à la gestion des sommes d'argent) et à la fourniture de services aux trois bandes (les questions relatives aux programmes et aux services). Les demandes se rapportent à de présumées violations d'obligations remontant à une cinquantaine d'années, c'est-à-dire entre le milieu et la fin des années quarante.

8 La nature de ces demandes, qui s'étendent sur de nombreuses années, pose des difficultés majeures en ce qui concerne la production des documents conformément aux Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. C'est particulièrement le cas des défendeurs, qui ont découvert assez rapidement qu'il leur fallait examiner les dossiers de plusieurs ministères et organismes gouvernementaux.

under the Associate Chief Justice, the parties developed a process for document production as a continuing process anticipating a series of affidavits of documents. Counsel for Her Majesty and the other defendants established processes to facilitate document production to assist all parties and to meet the Court's pre-trial procedures. This has been a major task for, as noted in the affidavit of Gregor MacIntosh, sworn and filed October 20, 1994, the computer system developed to manage documents in these actions by that time contained records of more than 50,000 documents retrieved from files in Ottawa, Calgary and Edmonton.

Grâce aux directives que la Cour a données, à l'initiative du juge en chef adjoint, au sujet de la gestion du dossier, les parties ont mis au point un processus continu de production de documents dans le cadre duquel elles prévoyaient produire une série d'affidavits. Les avocats de Sa Majesté et celui des autres défendeurs ont mis au point des processus pour faciliter la production de documents afin d'aider toutes les parties et de respecter la procédure préparatoire au procès de la Cour. Il s'agit d'une tâche considérable car, comme Gregor MacIntosh l'a fait remarquer dans l'affidavit qu'il a souscrit et qui a été déposé le 20 octobre 1994, le système informatique mis au point pour gérer les documents dans les présentes actions contenait, à la date en question, 50 000 documents provenant de dossiers situés à Ottawa, Calgary et Edmonton.

9 Thus, for example, after the first affidavits of documents were filed in the spring of 1994 as directed by the Court, access to documents and production of copies was initiated and carried on as documents became available and were processed by defendants' counsel. That process has made it possible to commence examinations for discovery before all documents were produced. As we shall note, supplementary affidavits have since been filed as directed by the Court, and the process of document production is on-going.

Ainsi, par exemple, après que les premiers affidavits eurent été déposés au printemps 1994 conformément aux directives de la Cour, la communication des documents et la production de copies ont été entreprises et effectuées au fur et à mesure que les documents devenaient disponibles et qu'ils étaient traités par l'avocat des défendeurs. Ce processus a permis de commencer les interrogatoires préalables avant que tous les documents ne soient produits. Ainsi que nous le soulignons plus loin, des affidavits supplémentaires ont depuis lors été produits conformément aux directives de la Cour, et le processus de production des documents est toujours en cours.

10 In accord with directions of the Court, affidavits of documents were first filed by the defendants on March 3, 1994, for the money management issues, on March 30, 1994 for the oil and gas issues, and on June 15, 1994 for programs and services issues. In these affidavits no limit or qualification on disclosure is expressed in relation to section 39 of the Act. That is, no documents are claimed as immune from disclosure on grounds that they contain confidences of the Queen's Privy Council.

Conformément aux directives données par la Cour, des affidavits ont d'abord été produits par les défendeurs le 3 mars 1994, relativement aux questions concernant la gestion des sommes d'argent, le 30 mars 1994, pour les questions relatives au pétrole et au gaz, et le 15 juin 1994, à l'égard des questions relatives aux programmes et aux services. Dans ces affidavits, aucune limite ou réserve n'est exprimée en vertu de l'article 39 de la Loi en ce qui concerne la divulgation de renseignements. En d'autres termes, on n'y affirme pas que les documents ne doivent pas être divulgués au motif qu'ils renferment des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine.

11 Of the documents listed as relevant in the initial affidavits, more than a thousand were claimed as

Sur le nombre de documents qui, selon les affidavits initiaux, seraient pertinents, plus d'un millier ont

9

10

11

privileged on the basis of solicitor-and-client privilege. After the affidavits of documents were filed, defendants' counsel realized that certain documents, some of which had already been produced to the plaintiffs, ought to be withheld and not produced in the action since, upon review, they include matters of Cabinet confidence, disclosure of which should be objected to pursuant to section 39 of the Act.

- 12 The parties were unable, after filing of the first affidavits of documents, to resolve differences between them concerning production of the documents claimed as privileged or suggested as subject to the possible application of section 39. After hearing counsel, on September 9, 1994, I ordered that the defendants file by October 20, 1994 an amended affidavit or affidavits of documents which, *inter alia*, would indicate,² in a Schedule IIB, all documents previously listed or subsequently discovered

... for which privilege is claimed in accord with s. 39 of the *Canada Evidence Act* under a certificate filed in compliance with that section on or before October 20, 1994; if no such certificate is filed by that date any documents that might have been claimed as privileged in accord with s. 39 shall be produced forthwith.

- 13 That order was appealed but not with respect to the directions concerning a certificate under section 39. In passing, in the decision of the Court of Appeal, Justices MacGuigan and Décary noted that those directions as to compliance with section 39 of the Act were not appealed.³

- 14 An amended affidavit of documents was filed on October 20, 1994. In a Schedule IIB to that affidavit the defendants' affiant, Mr. MacIntosh, listed some 68 documents as subject to review to determine whether "they are subject to the protection of section 39" of the Act. Completion of that review and filing of a certificate under that section had not been possible by October 20. The date for filing the certi-

fait l'objet d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat. Après que les affidavits eurent été déposés, l'avocat des défendeurs s'est aperçu que certains documents, dont quelques-uns avaient déjà été communiqués aux demandeurs, devaient être retenus et ne pas être produits dans l'action, étant donné qu'après examen, on avait découvert qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet et qu'il fallait s'opposer à leur divulgation en vertu de l'article 39 de la Loi.

Les parties n'ont pas réussi, après le dépôt des premiers affidavits, à résoudre leurs différends au sujet de la production des documents qui faisaient l'objet d'une revendication de privilège ou qui étaient susceptibles d'être visés par l'article 39. Après avoir entendu les avocats, j'ai, le 9 septembre 1994, ordonné aux défendeurs de déposer au plus tard le 20 octobre 1994 un ou plusieurs affidavits modifiés qui indiqueraient notamment², à une annexe IIB, tous les documents déjà énumérés et par la suite communiqués

[TRADUCTION] ... à l'égard desquels un privilège est revendiqué conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vertu d'une attestation déposée conformément à cet article au plus tard le 20 octobre 1994, à défaut de quoi, les documents qui auraient pu faire l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* seront produits sans délai.

Cette ordonnance a été portée en appel, mais pas en ce qui concerne les directives concernant la délivrance d'une attestation fondée sur l'article 39. Entre parenthèses, dans la décision de la Cour d'appel, les juges MacGuigan et Décary ont fait remarquer que les directives données au sujet de la conformité à l'article 39 de la Loi n'avaient pas été portées en appel³.

Un affidavit modifié a été déposé le 20 octobre 1994. À l'annexe IIB de cet affidavit, l'auteur de l'affidavit des défendeurs, M. MacIntosh, énumère quelque 68 documents qui font l'objet d'un examen pour déterminer [TRADUCTION] «s'ils sont susceptibles de bénéficier de la protection prévue à l'article 39» de la Loi. Il n'a pas été possible de terminer cet examen et de produire une attestation conformément

ificate was then further extended by orders, first to November 30, 1994, and ultimately to December 16, 1994 when a certificate was filed under section 39, certifying 37 documents as containing confidences of the Queen's Privy Council for Canada and not to be disclosed.

15 Document production, by the defendants in particular, has been on-going. Thus, after the first affidavits of documents were filed, the defendants' processes resulted in production of further documents as these were processed, whether or not they were included in the first affidavits, in the expectation that supplementary affidavits would include any documents not previously included in an affidavit list. In accord with the Court's directions the amended affidavit of documents was filed October 20, 1994, the certificate was filed under section 39 on December 16, 1994, and supplemental affidavits of documents were filed in December 1995. Additional supplementary affidavits of documents are expected, for document production is not yet complete.

16 In the defendants' document production, after late 1994, the procedures were changed so that only after documents have been screened by Crown officers, to identify and withhold those considered to contain information to be protected from release under section 39 of the Act, are documents provided to counsel for defendants for classification in regard to the issues raised, for entry in the computer based system, and ultimately for production to plaintiffs. Previously, screening for information considered as confidences of Cabinet within section 39 was done only after documents had already been listed in the first affidavits of documents or otherwise produced to the plaintiffs. In the result, as I understand it, the defendants now suggest there will be a further section 39 certificate or certificates concerning documents produced to plaintiffs prior to December 1994 which are not included under the one certificate

à cet article avant le 20 octobre. La date limite de la production de l'attestation a alors été repoussée à nouveau aux termes d'ordonnances prorogeant d'abord ce délai au 30 novembre 1994, puis au 16 décembre 1994. À cette dernière date, une attestation a été produite en vertu de l'article 39 pour certifier que 37 documents renfermaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et qu'ils ne devaient pas être divulgués.

15 La production de documents est constante, particulièrement de la part des défendeurs. Ainsi, après que les premiers affidavits eurent été produits, la procédure suivie par les défendeurs a permis à ces derniers de produire d'autres documents au fur et à mesure qu'ils les traitaient, indépendamment de leur inclusion ou de leur non-inclusion dans les premiers affidavits. On s'attendait ainsi à ce que les documents qui n'avaient pas déjà été inclus dans une liste jointe à un affidavit soient inclus dans des affidavits supplémentaires. Conformément aux directives de la Cour, l'affidavit modifié a été déposé le 20 octobre 1994, l'attestation a été produite conformément à l'article 39 le 16 décembre 1994 et des affidavits supplémentaires ont été déposés en décembre 1995. On s'attend à ce que d'autres affidavits supplémentaires soient produits, étant donné que la production des documents n'est pas encore terminée.

16 La procédure suivie par les défendeurs pour la communication de documents a été modifiée après la fin de 1994. Désormais, ce n'est qu'après qu'ils ont été examinés au préalable par des préposés de la Couronne chargés de repérer et de retenir les documents dont ils estiment qu'ils contiennent des renseignements qui ne doivent pas être divulgués en vertu de l'article 39 de la Loi que les documents sont communiqués à l'avocat des défendeurs en vue d'être classés en fonction des questions soulevées, d'être introduits dans le système informatique et, finalement, d'être communiqués aux demandeurs. Précédemment, l'examen préalable des renseignements considérés comme constituant des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39 n'avait lieu qu'après que les documents avaient déjà été énumérés dans les premiers affidavits ou qu'ils avaient autrement été communiqués aux de-

already filed. Counsel for defendants believes that documents produced after December 1994 ought not to include information that may be claimed under section 39 certificates.

mandeurs. En conséquence, si j'ai bien compris, les défendeurs laissent maintenant entendre qu'il y aura une ou plusieurs autres attestations fondées sur l'article 39 en ce qui concerne des documents qui ont été communiqués aux demandeurs avant décembre 1994 et qui ne sont pas inclus dans la seule attestation qui a été produite jusqu'à maintenant. L'avocat des défendeurs croit que les documents qui ont été produits après décembre 1994 ne devraient pas inclure de renseignements qui peuvent faire l'objet d'une revendication de privilège en vertu d'une attestation fondée sur l'article 39.

17 I have noted that by the affidavit filed October 20, as directed by the Court, the defendants' affiant sets out a list of 68 documents then under review to determine whether they are subject to production under section 39 of the Act. That list, in Schedule IIB to the affidavit, describes each by date, by brief description of the nature of the document, by addressee and addressor, in a manner similar to that by which the document would have been listed, if it was, in the original affidavits of documents. For each document listed in that Schedule IIB of the October 20, 1994 affidavit, a separate notation is entered: "This document is protected pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*". In the original lists most of those 68 documents would have been listed as relevant, and producible, except for a few that might also have been listed as privileged. None of the detailed descriptive information of earlier document lists is included for any document listed in the Schedule A to the section 39 certificate of the Clerk of the Privy Council filed in December 1994. As we shall see the documents are there described in generic terms reflecting the words of various paragraphs in subsection 39(2) of the Act, a description which is simply not related in any manner to the earlier descriptions of documents in the original affidavits of documents or to earlier numbers assigned to the documents in the defendants' document record system. That is one factor which leads the plaintiffs to argue the certificate is insufficient in this case. I add that from the face of the section 39 certificate there is no way of tracing to determine whether the documents included have already been produced to the plaintiffs.

Ainsi que je l'ai déjà signalé, dans l'affidavit déposé le 20 octobre conformément aux directives de la Cour, l'auteur de l'affidavit des défendeurs énumère 68 documents qui faisaient alors l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'article 39 de la Loi. Cette liste, que l'on trouve à l'annexe IIB de l'affidavit, précise la date de chaque document, donne une brève description de la nature du document, indique le nom de l'expéditeur et celui du destinataire, le tout d'une manière qui ressemble à celle qui aurait été utilisée pour identifier le document en question dans les affidavits originaux. Chaque document énuméré à cette annexe IIB de l'affidavit du 20 octobre 1994 porte la note suivante: [TRADUCTION] «Ce document est protégé en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*». Dans les listes originales, il aurait été indiqué que la plupart de ces 68 documents étaient pertinents et qu'ils pouvaient être produits, à l'exception de quelques-uns d'entre eux qui auraient été considérés comme protégés. Aucun des renseignements descriptifs détaillés contenus dans les listes antérieures n'est donné au sujet des documents énumérés à l'annexe A de l'attestation que la greffière du Conseil privé a produite en vertu de l'article 39 en décembre 1994. Comme nous le verrons, les documents y sont décrits en des termes généraux qui correspondent au libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) de la Loi. Or, cette description n'a tout simplement rien à voir avec les descriptions antérieures de documents contenues dans les affidavits originaux, ni avec les chiffres antérieurement assignés aux documents dans le système de consignation des documents des défen-

17

18 There was clarification at the hearing of this application of some factors known to counsel for defendants, but not known to other counsel and not discernible from the certificate and affidavits earlier filed. These factors help to clarify the circumstances and they underline some aspects of these reasons. Thus, it was confirmed at the hearing that the 37 documents included in the schedule to the section 39 certificate are all documents within the 68 listed in Schedule IIB in the affidavit filed October 20, 1994. None of the 37 documents listed with the certificate has been produced to the plaintiffs, but they have been included in the original lists of documents by detailed description and in Schedule IIB in the October 20, 1994 affidavit with similar detail, as earlier noted. The other 31 documents listed in the IIB Schedule to that affidavit, which are omitted from the list included with the Clerk's certificate, have now been produced or are intended to be produced to plaintiffs, unless they are also classified as subject to a claim of solicitor-and-client privilege.

19 To sum up, the section 39 certificate filed in December 1994 included 37 documents containing information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. None of these have been produced to the plaintiffs, though they are included with minimal descriptive detail in affidavits of documents.

The Legislative provision⁴

20 The Act provides for immunity from production of evidence concerning information about Cabinet

deurs. Il s'agit là d'un facteur qui amène les demandeurs à soutenir que la présente attestation est insuffisante. J'ajoute qu'au vu de l'attestation signée en vertu de l'article 39, il est impossible de déterminer si les documents qui y sont énumérés ont déjà été communiqués aux demandeurs.

18 À l'audition de la présente demande, on a clarifié certains des facteurs qui étaient connus de l'avocat des défendeurs mais qui n'étaient pas connus des autres avocats et qu'on ne pouvait discerner à la lecture de l'attestation et des affidavits déjà produits. Ces facteurs permettent d'éclaircir les circonstances et ils font ressortir certains aspects des présents motifs. Ainsi, on a confirmé à l'audience que les 37 documents énumérés dans l'annexe de l'attestation fondée sur l'article 39 sont tous des documents qui font partie des 68 documents énumérés à l'annexe IIB de l'affidavit déposé le 20 octobre 1994. Aucun des 37 documents énumérés dans l'attestation n'a été communiqué aux demandeurs, mais ils ont été inclus dans les listes originales de documents, où ils sont décrits en détail, ainsi que dans l'annexe IIB de l'affidavit du 20 octobre 1994, avec, comme nous l'avons déjà dit, tout autant de détails. Les défendeurs ont depuis lors produit—ou ont l'intention de produire—aux demandeurs les 31 autres documents qui sont énumérés à l'annexe IIB de cet affidavit et qui ne sont pas mentionnés dans la liste jointe à l'attestation de la greffière, sauf ceux qui sont par ailleurs classés comme faisant l'objet d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat.

19 Pour résumer, l'attestation qui a été déposée en décembre 1994 en vertu de l'article 39 comprenait 37 documents qui renfermaient des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada. Aucun de ces documents n'a été communiqué aux demandeurs, mais ils sont nommés dans les affidavits, avec des détails descriptifs minimes.

Dispositions législatives applicables⁴

20 La Loi autorise dans les termes suivants la non-divulgaration d'éléments de preuve concernant des

confidences, as follows:

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an *agendum* of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

renseignements relatifs à des communications confidentielles du Cabinet:

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

The Certificate filed

21 In this case the certificate filed pursuant to section 39 of the Act is signed by Jocelyne Bourgon, Clerk of the Privy Council. It includes a certificate and an attached schedule listing 37 documents there described. The certificate itself states as follows:

C E R T I F I C A T E

I, the undersigned, Jocelyne Bourgon, residing in the City of Ottawa, in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton, in the Province of Ontario, do certify and say:

1. I am the Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet.
2. I have personally examined and carefully reviewed the documents listed in Schedule "A" attached hereto for the purpose of determining whether they contain information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada pursuant to section 39 of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, C-5.
3. I certify to this Honourable Court pursuant to subsection 39(1) of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, C-5, that all of the documents referred to in the said Schedule are confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons set out in the Schedule attached hereto and I object to the disclosure of these documents and the information contained therein.
4. I further certify to this Honourable Court that paragraph 39(4)(a) of the Canada Evidence Act does not apply in respect of any of these documents as none of the documents

L'attestation

En l'espèce, l'attestation qui a été déposée en vertu de l'article 39 de la Loi porte la signature de la greffière du Conseil privé, Jocelyne Bourgon. Elle est constituée d'une attestation et d'une annexe où sont énumérés 37 documents qui y sont décrits. Voici le texte de l'attestation même: 21

[TRADUCTION]

A T T E S T A T I O N

Je, soussignée, Jocelyne Bourgon, domiciliée en la ville d'Ottawa, dans la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, dans la province d'Ontario, atteste ce qui suit:

1. Je suis la greffière du Conseil privé de la Reine pour le Canada et secrétaire du Cabinet.
2. J'ai personnellement examiné attentivement les documents énumérés à l'annexe A jointe à la présente en vue de déterminer s'ils renferment des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada au sens de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
3. J'atteste à la Cour, en vertu de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, que tous les documents mentionnés dans l'annexe en question constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à la présente et je m'oppose à la divulgation des documents en question et des renseignements qui y figurent.
4. J'atteste en outre à la Cour que l'alinéa 39(4)a) de la Loi sur la preuve au Canada ne s'applique à aucun de ces documents, étant donné que l'existence d'aucun d'entre eux ne

have been in existence for more than twenty years and that paragraph 39(4)(b) of the said Act does not apply in respect of any of the documents.

5. If oral evidence were sought to be given on the contents of the documents to the disclosure of which I have in this certificate objected, I would object to such evidence on the same grounds as those herein before set out in relation to the documents in question.

The certificate is then signed by Jocelyne Bourgon, Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet. The certificate is accompanied by an affidavit sworn by Roseline MacAngus, Office Assistant of Jocelyne Bourgon, Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet, who attests that she witnessed Ms. Bourgon sign the certificate, and that the signature on the certificate is that of Ms. Bourgon.

22 In the Schedule "A" to the certificate, 37 documents are listed, as noted by a general description that is related to the descriptions of documents included within certain paragraphs of subsection 39(2). Thus, for example, three of the documents listed in Schedule "A" are described as follows:

1. Document #1 is a copy of agenda(um) of Council or a record recording deliberations or decisions of Council within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act. [Note: this description is provided for each of documents 1, 8, 15, 18, 21.]

...

9. Document #9 is a copy of a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the said Act. [Note: this description is provided for each of documents 2, 3, 5, 7, 9, 14, 16, 19, 22, 29, 30, 33, 35.]

...

34. Document #34 is a copy of a record used for or reflecting communications or discussions between

remonte à plus de vingt ans et j'atteste que l'alinéa 39(4)b) de la Loi en question ne s'applique à aucun de ces documents.

5. Si l'on tentait de faire entendre des témoins au sujet du contenu des documents à la divulgation desquels je me suis opposée dans la présente attestation, je m'opposerais à l'audition de ces témoins pour les mêmes motifs que ceux qui sont exposés à la présente relativement aux documents en question.

L'attestation est ensuite signée par la greffière du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, Jocelyne Bourgon. L'attestation est accompagnée d'un affidavit souscrit par Roseline MacAngus, adjointe de bureau de la greffière du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, Jocelyne Bourgon. M^{me} MacAngus atteste qu'elle a été témoin de la signature de l'attestation de M^{me} Bourgon et que la signature apposée sur l'attestation est bien celle de M^{me} Bourgon.

À l'annexe A de l'attestation, 37 documents sont énumérés et annotés au moyen d'une brève description qui renvoie aux descriptions de documents contenues dans certains alinéas du paragraphe 39(2). Ainsi, par exemple, voici la description qui est donnée en ce qui concerne trois des documents énumérés à l'annexe A: 22

[TRADUCTION]

1. Le document n° 1 est une copie d'un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal des délibérations ou des décisions du Conseil au sens de l'alinéa 39(2)c) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 1, 8, 15, 18 et 21.]

...

9. Le document n° 9 est une copie d'une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 2, 3, 5, 7, 9, 14, 16, 19, 22, 29, 30, 33 et 35.]

...

34. Le document n° 34 est une copie d'un document employé en vue ou faisant état de communications ou

Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy within the meaning of paragraph 39(2)(d) of the Act. [Note: this description is provided for each of documents 10, 11, 25, 34.]

de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique au sens de l'alinéa 39(2)d) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 10, 11, 25 et 34.]

23 Within that Schedule the documents certified are listed by a number, from 1 to 37, which bears no relationship to any document number in the affidavits of documents earlier filed, or to any locator number assigned to documents in the defendants' system for document production. The description of each document listed is taken from the generic descriptions of documents within paragraphs (a), (c), (d), (e) and (f) of subsection 39(2). Thus in document 1 above, the description, "a copy of agenda(um) of Council or a record recording deliberations or decisions of Council", is in words taken directly from paragraph 39(2)(c). Each document description concludes with the words "within the meaning of paragraph 39(2) [(a), or (c), or (d), or (e), or (f)] of the said Act". The Schedule contains only 5 basic descriptions, two of which have modest variations, and, as noted with the example descriptions above, several documents are described, except for the numbers assigned within the Schedule, in the same words. Within each group of documents similarly described there is thus no means of distinguishing one document from another.

23 Dans cette annexe, les documents faisant l'objet de l'attestation sont identifiés par un numéro (de 1 à 37) qui n'a aucun rapport avec les numéros attribués aux documents dans les affidavits déjà produits ou avec les numéros de repérage assignés aux documents dans le système de production de documents des défendeurs. La description de chaque document énuméré est tirée de la description générale des documents que l'on trouve aux alinéas a), c), d), e) et f) du paragraphe 39(2). Ainsi, dans le cas du document 1 susmentionné, la description suivante: [TRADUCTION] «une copie d'un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal des délibérations ou des décisions du Conseil» reprend mot à mot le libellé de l'alinéa 39(2)c). Chaque description de document se termine par les mots «au sens de l'alinéa 39(2)[a), c), d), e) ou f)] de la loi en question». L'annexe ne contient que cinq descriptions de base, dont deux ne comportent que des variantes minimales et, ainsi que nous l'avons fait remarquer au sujet des descriptions citées ci-dessus à titre d'exemple, plusieurs documents sont décrits dans les mêmes termes, sauf en ce qui concerne les numéros qui leur sont assignés dans l'annexe. À l'intérieur de chaque catégorie de documents décrits de façon analogue, il n'y a donc aucun moyen de distinguer un document de l'autre.

24 For the defendants, counsel notes that the certificate filed in this case is substantially the same as that quoted and given approval by the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*⁵ For this reason it is said, as in *Central Cartage*, the Court must accept the certificate, it may not examine the documents certified as immune from disclosure and it may not require more detail about those documents. In *Central Cartage*, where the certificate filed tracked the wording of section 39 of the Act, the Court of Appeal allowed the appeal from the order of the Motions Judge, who had directed that the certificate should state the date

24 L'avocat des défendeurs fait remarquer que l'attestation déposée en l'espèce est en grande partie identique à celle qui a été citée et approuvée par la Cour d'appel dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*⁵. Il affirme que, pour cette raison, la Cour doit, comme dans l'affaire *Central Cartage*, accepter l'attestation, qu'elle ne peut pas examiner les documents qui, selon l'attestation, font l'objet d'un privilège de non-divulgaration et qu'elle ne peut pas exiger plus de détails au sujet de ces documents. Dans l'affaire *Central Cartage*, dans laquelle l'attestation déposée reprenait le libellé de l'article 39 de la Loi, la Cour d'appel a accueilli

of the document, from whom and to whom it was sent and its subject-matter.

l'appel interjeté de l'ordonnance par laquelle le juge qui avait entendu la requête avait déclaré que l'attestation devait préciser la date du document, de qui il provenait et à qui il était envoyé, ainsi que son objet.

The issues

25 In argument the parties differed in regard to a number of issues which I classify in three general topics. The first concerns underlying principles which provide a framework for resolution of the other issues. These underlying principles include the appropriate approach to construction of section 39 of the Act, and the obligations of the Crown under the Court's Rules, here for pre-trial discovery. The second issue concerns the sufficiency of the certificate filed under section 39 in light of the terms of that provision, an issue which the plaintiffs contend involves both considerations of form and of substance. The third issue concerns oral discovery by examination of the defendants' representatives, particularly with regard to information in documents that have been produced to the plaintiffs and that, upon subsequent review, are later considered to contain Cabinet confidences, but the documents have not yet been included in a certificate filed in accord with section 39.

26 I turn to these general issues, and to minor issues dealt with in argument which relate to one or other of the general issues.

Underlying Principles—A Framework for Resolving Issues

27 In my view the parties differ in their views of basic underlying principles here applicable. The first difference concerns their respective approaches to the interpretation of section 39. In the plaintiffs' view the provision for absolute immunity from disclosure of information properly certified under section 39 is an extraordinary feature that is contrary to the modern open approach to litigation, even

Questions en litige

Lors du débat, les parties étaient en désaccord au sujet de plusieurs questions que je classe sous trois grandes rubriques. La première concerne les principes sous-jacents qui créent un cadre permettant de résoudre les autres points litigieux. Ces principes sous-jacents concernent notamment la bonne méthode d'interprétation de l'article 39 de la Loi et les obligations de la Couronne aux termes des Règles de la Cour, en l'occurrence, celles qui concernent l'enquête préalable. La deuxième question concerne la suffisance de l'attestation produite en vertu de l'article 39, compte tenu du libellé de cette disposition, une question qui, selon les demandeurs, implique l'examen du fond et de la forme. La troisième question en litige concerne l'interrogatoire préalable des représentants des défendeurs, particulièrement en ce qui concerne les renseignements contenus dans les documents qui ont été communiqués aux demandeurs et qui, après un examen subséquent, ont été ensuite considérés comme renfermant des renseignements confidentiels du Cabinet sans avoir toutefois encore fait l'objet d'une attestation produite conformément à l'article 39.

Je passe maintenant à l'examen de ces questions générales et à l'étude de points mineurs qui ont été abordés lors du débat et qui se rapportent à l'une ou l'autre des questions générales.

Principes sous-jacents—Cadre permettant de résoudre les questions en litige

À mon avis, les parties sont en désaccord en ce qui concerne les principes fondamentaux sous-jacents qui s'appliquent en l'espèce. Leur première divergence concerne leur méthode d'interprétation respective de l'article 39. Suivant les demandeurs, le fait de prévoir la possibilité de refuser totalement de divulguer des renseignements qui font l'objet d'une attestation en bonne et due forme en vertu de l'arti-

litigation involving the Crown, and it adversely affects the position of the subject involved in litigation, particularly where that is against the Crown. In this regard the plaintiffs express particular concern for adverse effects upon aboriginal rights arising from the construction of statutes, a matter referred to by the Supreme Court of Canada in *Sparrow*.⁶ For these reasons, it is said section 39 ought, in these circumstances, to be strictly construed and given narrow application.

28 In the Crown's view, on the other hand, the longstanding recognition in the courts of public interest immunity, within which Cabinet confidences have a place of special importance, warrants a liberal interpretation consistent with the importance of maintaining that immunity. The defendants refer to English cases⁷ which speak of the Crown's responsibility to protect matters of public interest especially Cabinet confidences, by claiming immunity from disclosure.

29 In this country, at least for the federal Crown, Parliament has limited that responsibility and the significance of a claim to immunity, even with regard to confidences of Cabinet, except in limited circumstances. The Crown's general immunity has been reduced, in part by providing for actions against the Crown,⁸ and in part by subsequently narrowing the absolute nature of the Crown's claim to public interest immunity in regard to evidence. The evolution of the latter restriction, in regard to evidentiary matters, is traced by Mr. Justice La Forest in *Carey v. Ontario*,⁹ in regard to common law developments. There, in the absence of a statutory base comparable to section 39 of the Act, the courts have moved to examining documents claimed as immune from production, balancing the public interests in maintaining confidence and in disclosing

cle 39 constitue une mesure extraordinaire qui va à l'encontre de la conception ouverte moderne des lois, qui s'applique même aux litiges auxquels Sa Majesté est partie. Ils affirment en effet que cette mesure nuit à la cause de la personne qui est partie à un procès, surtout lorsque celui-ci est dirigé contre Sa Majesté. À cet égard, les demandeurs se disent particulièrement préoccupés par les effets préjudiciables que l'interprétation des lois peut avoir sur les droits des autochtones, une question qui a été abordée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*.⁶ Pour ces motifs, les demandeurs soutiennent que l'on devrait, dans ces conditions, donner une interprétation stricte à l'article 39 et lui donner une application étroite.

En revanche, Sa Majesté estime que la reconnaissance de longue date que les tribunaux ont donné au principe de l'immunité d'ordre public, au sein duquel les renseignements confidentiels du Cabinet occupent une place importante, justifie une interprétation libérale qui s'accorde avec l'importance que revêt le maintien de cette immunité. Les défendeurs citent des décisions anglaises⁷ dans lesquelles les tribunaux parlent de la responsabilité qu'a Sa Majesté de protéger certaines questions d'intérêt public telles que les renseignements confidentiels du Cabinet en invoquant l'immunité qui lui permet de s'opposer à leur divulgation. 28

Au Canada, du moins en ce qui concerne la Couronne fédérale, le législateur fédéral a limité cette responsabilité et la portée de l'immunité, même en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet, sauf dans des cas limités. L'immunité générale de la Couronne a été réduite, en partie en permettant d'intenter des poursuites contre Sa Majesté⁸, et en partie en tempérant par la suite le caractère absolu de l'immunité d'ordre public de la Couronne en matière de preuve. L'évolution de cette dernière restriction, qui concerne les questions de preuve, est retracée par le juge La Forest dans l'arrêt *Carey c. Ontario*⁹, en ce qui concerne la common law. De là, faute de base légale comparable à celle que l'on trouve à l'article 39 de la Loi, les tribunaux en sont venus à examiner les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège de non-divulgence, en 29

documents in the administration of justice.

mettant en balance l'intérêt public relatif à la protection de la confidentialité et l'intérêt public concernant la divulgation des documents dans le cadre de l'administration de la justice.

30 The evolution of public interest immunity as an evidentiary matter concerning the federal Crown is traced by Mr. Justice Strayer in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*.¹⁰ In light of that evolution it seems clear that Parliament has moved to restrict Crown immunity, and section 39 of the Act, preserving that immunity where a certificate drawn in accord with the Act is filed. Section 39 does not create an immunity for Cabinet confidences. Rather, those confidences are immune from ordered production of documentary or oral evidence relating to them, provided the requirements of the section are met. In these circumstances, section 39 is to be strictly construed, in my opinion.

L'évolution de l'immunité d'ordre public de la Couronne fédérale en ce qui concerne les questions de preuve est retracée par le juge Strayer dans le jugement *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*¹⁰. À la lumière de cette évolution, il semble évident que le législateur fédéral a pris des mesures pour restreindre l'immunité de la Couronne et, à l'article 39 de la Loi, qu'il protège cette immunité lorsqu'est déposée une attestation rédigée conformément à la Loi. L'article 39 ne crée pas une immunité en ce qui concerne les renseignements confidentiels du Cabinet. L'immunité prévue à l'article 39 porte plutôt sur les éléments de preuve documentaires et les témoignages qui se rapportent aux renseignements confidentiels en question. L'article 39 permet d'en refuser la divulgation malgré l'ordre qui a été donné à cet effet, pourvu que les conditions prévues à cet article soient respectées. Dans ces conditions, l'article 39 doit, selon moi, être interprété de façon restrictive.

31 The second matter on which the parties' views appear to differ, though this was not directly discussed in argument on the motion, is in regard to the obligations of the Crown as a party to litigation under the Court's Rules. Implicit in the submissions of the plaintiffs is the principle that the Crown as a party to litigation is subject to the Court's Rules, in pre-trial preparations as in other matters, in the same way as other parties, unless there be a specific statutory or regulatory exception. For the defendants it is uncertain whether they perceive that the Crown is still vested with some residue of prerogative authority, beyond statutory provisions, that affect its position in litigation. My uncertainty arises from the emphasis of counsel for the defendants upon the Crown's special responsibility to protect and preserve the public interest and immunity of Cabinet confidences from required disclosure, a responsibility that should not be lost through mere inadvertence, as Crown counsel described the production of documents in this case, a description with which I

La deuxième question sur laquelle les parties semblent en désaccord, même si cette question n'a pas été abordée directement lors du débat sur la requête, concerne les obligations que les Règles de la Cour mettent à la charge de Sa Majesté en tant que partie au procès. Il découle implicitement des observations formulées par les demandeurs qu'en tant que partie au procès, Sa Majesté est assujettie au même titre que les autres parties aux Règles de la Cour, tant en ce qui concerne les mesures préparatoires à l'instruction qu'en ce qui a trait à toutes les autres questions, à moins qu'il n'existe une exception prévue par une loi ou par un règlement. Pour ce qui est des défendeurs, je ne sais pas avec certitude s'ils estiment que la Couronne possède encore un reste de prérogatives—autres que celles qui sont prévues par la loi—qui ont une incidence sur sa position au procès. Mon incertitude s'explique par l'importance que l'avocat des défendeurs accorde à la responsabilité spéciale qui est imposée à Sa Majesté en ce qui concerne la protection et la préserva-

disagree. My uncertainty arises also from counsel's suggestions that section 39 of the Act is not subject to requirements of the Court's Rules as to time or otherwise, as if enforcement of the Court's Rules somehow was in conflict with section 39, and from the suggestion of counsel that an amended affidavit of documents should be filed by defendants, omitting those documents certified under section 39. Interestingly, it was only in connection with that suggestion and the request that the plaintiffs be directed to return documents that once produced might later be included under a section 39 certificate, that counsel indicated defendants would be prepared to identify the documents certified, by reference to descriptions or numbers earlier assigned to them.

32 With respect, these comments might be taken to suggest counsel is not aware of, or is not prepared to accept as applicable to the Crown, the Court's Rules relating to production of documents particularly as these were changed in 1990 by Amending Order 13.¹¹ Prior to that change, document discovery, subject to the Court's order otherwise, merely required a list of documents which might advance a party's case or rebut that of an opponent. Since 1990, Rule 448 requires full disclosure by an affidavit of documents listing all relevant documents known to a party. The affidavit is sworn and the Rules require a certificate of the solicitor that the necessity of full disclosure has been explained and the possible consequences of failing to provide it have been set out to the affiant.

tion de l'intérêt public et de l'immunité des renseignements confidentiels du Cabinet permettant d'en refuser la divulgation malgré l'ordre qui a été donné en ce sens, une responsabilité qui ne devrait pas être perdue par simple inadvertance, ainsi que l'avocat de la Couronne a qualifié la production des documents en l'espèce (qualification à laquelle je ne souscris pas). Mon incertitude découle aussi du fait que l'avocat affirme que l'article 39 de la Loi n'est pas soumis aux exigences des Règles de la Cour en matière notamment de délais, comme si l'application des Règles de la Cour entraînait en quelque sorte en conflit avec l'article 39. Mon incertitude s'explique également par le fait que l'avocat soutient que les défendeurs devraient déposer un affidavit modifié, omettant ainsi les documents déjà visés par l'attestation délivrée en vertu de l'article 39. Fait intéressant, ce n'est que relativement à cette affirmation et au fait que l'on demandait à la Cour d'ordonner aux demandeurs de remettre les documents qui, une fois produits, pouvaient par la suite être visés par une attestation fondée sur l'article 39, que l'avocat a précisé que les défendeurs seraient prêts à identifier les documents faisant l'objet de l'attestation en fonction des descriptions ou des numéros qui leur avaient déjà été assignés.

J'estime, en toute déférence, que l'on pourrait 32 interpréter ces propos comme permettant de penser que l'avocat n'est pas au courant des Règles de la Cour relatives à la production de documents—d'autant plus que celles-ci ont été modifiées par l'ordonnance modificative n° 13 de 1990¹¹—ou encore qu'il n'est pas disposé à accepter qu'elles s'appliquent à Sa Majesté. Avant cette modification, il suffisait, pour communiquer un document au préalable—sous réserve d'une ordonnance contraire de la Cour—de produire une liste des documents qui étaient susceptibles d'aider sa propre cause ou de réfuter celle de la partie adverse. Depuis 1990, la Règle 448 exige la communication intégrale en obligeant chaque partie à l'action à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elle a connaissance. L'affidavit est fait sous serment et les Règles exigent que le procureur atteste qu'il a expliqué à l'auteur de l'affidavit la nécessité de divulguer tous les documents, ainsi que les conséquences possibles d'un manquement à cette obligation.

33 The Rules relating to discovery of documents, in my opinion, are fully applicable to the Crown when it is a litigant. That was specified in the Rules as they existed up to 1990, for the former Rule 447 provided in part:

Rule 447. (1) After the close of pleadings, there shall, subject to an in accordance with the provisions of these Rules, be discovery (including the giving of an opportunity to inspect and make copies) of documents by the parties to an action (including the Crown when it is such a party). . . .

34 While the Rules as amended in 1990 no longer specify that they are applicable to the Crown, in relation to document discovery, the *Crown Liability and Proceedings Act*, as amended in 1990¹² now provides:

27. Except as otherwise provided by this Act or the regulations, the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings.

35 That Act itself makes no exception from the Rules for the Crown as a party. Section 34 [as am. *idem*, s. 32] of that Act authorizes the Governor in Council to make regulations, *inter alia*, prescribing rules of practice and procedure in respect of proceedings by or against the Crown, or making applicable to any proceedings against the Crown all or any of the rules of evidence applicable in similar proceedings. Regulations enacted thus far include the *Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*,¹³ which effectively place the federal Crown in the same position as any other party litigant in provincial courts in regard to filing lists of documents, subject to sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*. There simply is no statutory or regulatory exception for the Crown from the application of the Court's Rules.

36 While a case like this, involving a vast array of documents, presents special problems for the Crown,

33 Les dispositions relatives à la communication préalable de documents s'appliquent entièrement, selon moi à Sa Majesté, lorsqu'elle est partie à un procès. C'est ce que précisait les Règles, dans leur rédaction en vigueur avant 1990, car l'ancienne Règle 447 disposait notamment:

Règle 447. (1) Après la clôture des plaidoiries, il doit y avoir, sous réserve et en conformité des dispositions des présentes Règles, communication (y compris la possibilité d'inspecter et de prendre copie) des documents par les parties à l'action (y compris la Couronne quand elle est partie à l'action) . . .

34 Bien que, depuis les modifications qui leur ont été apportées en 1990, les Règles ne précisent plus qu'elles s'appliquent à la Couronne en ce qui concerne la communication préalable des documents, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, modifiée en 1990¹², prévoit maintenant:

27. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi.

35 La Loi elle-même ne prévoit aucune exception aux Règles en ce qui concerne la Couronne, lorsqu'elle agit à titre de partie au procès. L'article 34 [mod., *idem*, art. 32] de la cette Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut notamment, par règlement, prescrire des règles de pratique et de procédure applicables aux poursuites auxquelles l'État est partie ou rendre applicables aux poursuites visant l'État toute règle de preuve applicable à toute poursuite semblable. Parmi les règlements qui ont été pris jusqu'à maintenant en application de cette disposition, mentionnons le *Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*¹³, qui a pour effet de placer la Couronne fédérale dans la même position que tout autre plaideur devant les tribunaux provinciaux en ce qui concerne le dépôt de listes de documents, sous réserve des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il n'y a tout simplement aucune disposition législative ou réglementaire qui soustrait Sa Majesté à l'application des Règles de la Cour.

36 Bien qu'un cas comme celui-ci, qui implique une quantité considérable de documents, pose des diffi-

in my opinion, as a party it is bound by the Rules of this Court in regard to document discovery. Thus, in accord with Rule 448 the Crown must provide an affidavit or affidavits with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue", *inter alia*, for which no privilege is claimed, and for which privilege is claimed, and in the latter case it must provide a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document.

37 In this case, the original affidavits were properly drawn so far as they included relevant documents that were later perceived as containing information of Cabinet confidences, though the defendants did not then, as they might have done, claim immunity or privilege for certain documents under section 39 of the Act. That claim having emerged, but not having been reduced to a formal certificate, the Court's order of September 9, 1994, directing filing of a certificate that is now in question, was designed to facilitate filing of an appropriate amended affidavit of documents. That would state, for all parties, any claims of privilege pursuant to section 39 of the Act while ensuring compliance with the Court's Rules, in particular Rule 448 for full disclosure of relevant documents. That goal of facilitating compliance with the Court's Rules for full disclosure was to have been met, with some further delay, by filing of the certificate on December 16, 1994, in so far as that certificate is consistent with requirements under section 39, and with the Court's Rules.

38 I add two further notes. First, Rule 448 requires lists of documents with "sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue". In my view, the inclusion of detailed descriptive informa-

cultés spéciales à Sa Majesté, j'estime qu'en tant que partie, elle est liée par les Règles de notre Cour concernant la communication préalable des documents. Ainsi, conformément à la Règle 448, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer notamment un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige». En outre, dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document.

En l'espèce, les affidavits originaux ont été régulièrement rédigés dans la mesure où ils comprenaient les documents pertinents qui ont par la suite été considérés comme renfermant des renseignements confidentiels du Cabinet, même si les défendeurs n'ont pas alors, même s'ils leur aurait été loisible de le faire, revendiqué d'immunité ou de privilège en vertu de l'article 39 de la Loi relativement à certains documents. Il est par la suite apparu qu'un tel privilège pouvait être invoqué, mais comme il n'a pas été revendiqué dans une attestation officielle, l'ordonnance du 9 septembre 1994 par laquelle la Cour a ordonné le dépôt de l'attestation qui est maintenant en cause était conçue pour faciliter le dépôt d'un affidavit modifié approprié. Cet affidavit préciserait, pour toutes les parties, tous les privilèges invoqués en vertu de l'article 39 de la Loi tout en garantissant l'observation des Règles de la Cour, en particulier de la Règle 448, qui exige la communication intégrale des documents pertinents. L'objectif en question—celui de faciliter l'observation des Règles de la Cour portant sur la communication intégrale des documents—devait être atteint, avec quelques retards supplémentaires, par le dépôt de l'attestation le 16 décembre 1994, dans la mesure où cette attestation satisfait aux exigences de l'article 39 et aux Règles de la Cour.

Je tiens à formuler deux dernières observations. En premier lieu, la Règle 448 exige la production de listes de documents contenant «des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents perti-

tion concerning each document listed in the defendants' original affidavits of documents was consistent with this provision, even for those documents that later became certified under section 39 of the Act. The inclusion of documents in the section 39 certificate by a description that is meaningless in relation to previous lists of documents raises another question dealt with in considering the sufficiency of the certificate. My second note is that I am not persuaded that application of the Court's Rules in relation to discovery of documents in any way conflicts with section 39 of the *Canada Evidence Act*.

Sufficiency of the Certificate Filed

39 For the plaintiffs it is urged that the certificate filed in this case on December 16, 1994, is insufficient, both in form and substance, to qualify as an appropriate certificate under section 39 of the Act. The defendants urge that the certificate is drawn in substantially the same form as was expressly approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*.¹⁴ The certificate is said to track the language of section 39, a formal requirement in accord with the decision of Mr. Justice Strayer in *Smith, Kline & French*,¹⁵ approved in *Central Cartage*.¹⁶ As Strayer J. noted, that language at least assures that the Clerk, in making the certificate, has addressed her mind to the criteria and limitations set out in section 39. We should take note that both of these decisions were rendered in relation to a certificate filed under section 39 under the Court's Rules prior to 1990 which did not require full disclosure of documents.

40 I am not persuaded the certificate here can be considered insufficient for any of the matters of form in which it is said to be deficient by the plaintiffs. Those deficiencies are said to be a lack of any

nents à l'affaire en litige». À mon avis, l'inclusion de renseignements descriptifs détaillés pour chacun des documents énumérés dans les affidavits initiaux des défendeurs satisfaisait aux exigences de cette disposition, même dans le cas des documents qui ont par la suite fait l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39 de la Loi. L'inclusion de documents dans l'attestation signée en vertu de l'article 39 au moyen d'une description qui est dépourvue de sens par rapport aux listes de documents antérieures soulève une autre question qui sera abordée lors de l'examen du caractère suffisant de l'attestation. En second lieu, je ne suis pas persuadé que l'application des Règles de la Cour en ce qui concerne la communication préalable de documents entre de quelque manière en conflit avec l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Suffisance de l'attestation déposée

L'avocat des demandeurs soutient que l'attestation qui a été déposée en l'espèce le 16 décembre 1994 est insuffisante, tant sur le plan de la forme que sur le plan du fond, et qu'en conséquence, elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 39 de la Loi. Les défendeurs font valoir que le libellé de l'attestation correspond pour l'essentiel à celui qui a été expressément approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*.¹⁴ Ils affirment que l'attestation reprend le libellé de l'article 39, une exigence formelle qui est conforme à la décision du juge Strayer dans l'affaire *Smith, Kline & French*.¹⁵ qui a été approuvée dans l'arrêt *Central Cartage*.¹⁶ Ainsi que le juge Strayer l'a fait remarquer, l'emploi de ce libellé garantit à tout le moins qu'avant de signer l'attestation, la greffière a pris en considération les critères et les restrictions prévus à l'article 39. Il convient de signaler que ces deux décisions portaient sur une attestation déposée en vertu de l'article 39 sous le régime des Règles de la Cour qui étaient en vigueur avant 1990 et qui n'exigeaient pas la communication intégrale des documents.

Je ne suis pas convaincu que l'attestation dont il s'agit en l'espèce puisse être considérée comme insuffisante en raison des vices de forme dont elle serait, suivant les demandeurs, entachée. Les deman-

39

40

descriptive title on the certificate referring to section 39 of the Act, the lack of any seal, particularly a seal of the Office of Clerk of the Privy Council, the lack of identification of the Clerk except by her own certificate and the affidavit of her assistant, attesting to witnessing her signature. I note that section 39 includes no specific requirements of this nature for a certificate. This Court can take judicial notice of who serves as Clerk of the Queen's Privy Council, and the form of the certificate in my view is a matter for determination by the Clerk, provided it be in a form that is readily seen as a certificate within section 39. In my view none of the deficiencies of form here suggested would raise any serious question that the form is not within section 39.

41 The plaintiffs' claims of substantive deficiencies warrant more consideration. There are essentially three such claims.

42 First it is urged that the certificate filed does not address the question of objection to the disclosure of information, except implicitly as information may be included in the documents certified in paragraph 3 of the certificate as "confidences of the Queen's Privy Council for Canada". Moreover, that paragraph is contrasted with its counterpart in the certificate approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*¹⁷ where the comparable paragraph certified that the documents referred to "are confidences of the Queen's Privy Council for Canada as they constitute information contained in" and then there follow 3 generic descriptions tracing the words of what are now paragraphs 39(2)(a),(d) and (e) of the Act. Thus, the wording is different, but in the certificate in this case the comparable paragraph refers to the documents as "confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons set out in the Schedule attached hereto" (which is the list of documents described by general words tracking the relevant provisions of subsection 39(2)). Moreover, paragraph 2 of the certificate in this case notes not

deurs prétendent en effet que l'attestation est insuffisante parce qu'elle ne comporte pas d'intitulé descriptif qui renvoie à l'article 39 de la Loi, qu'on y trouve pas de sceau, particulièrement le sceau du Bureau de la greffière du Conseil privé, et que la greffière n'est identifiée que par sa propre attestation et par l'affidavit de son adjointe, qui atteste qu'elle a été témoin de sa signature. Je constate que l'article 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune de ces conditions. La Cour peut prendre connaissance d'office du nom de la personne qui occupe le poste de greffier du Conseil privé de la Reine, et la question de la forme de l'attestation constitue à mon avis une question qui relève du greffier, à condition qu'on puisse aisément l'identifier comme une attestation visée par l'article 39. À mon avis, aucun des vices de forme reprochés ne permet sérieusement de croire que l'attestation ne respecte pas les dispositions de l'article 39.

Les vices de fond dont l'attestation serait entachée méritent un examen plus approfondi. Selon les défendeurs, l'attestation est essentiellement entachée de trois vices de fond. 41

En premier lieu, les demandeurs affirment que l'attestation qui a été déposée n'aborde pas la question de l'opposition à la divulgation des renseignements, sauf de façon implicite lorsqu'elle parle des renseignements qui peuvent être inclus dans les documents qui, selon le paragraphe 3 de l'attestation, constitueraient des «renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada». De plus, les demandeurs mettent ce paragraphe en contraste avec le paragraphe semblable qui a été approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*¹⁷, dans lequel le greffier attestait que les documents visés étaient «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada contenus dans». Suivaient trois descriptions générales qui reprenaient le libellé des alinéas 39(2)(a), (d) et (e) de la Loi. Ainsi donc, le libellé est différent, mais dans la présente attestation, le paragraphe comparable précise que les documents constituent [TRADUCTION] «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à la présente» (qui est la liste 42

only that the documents listed in the Schedule have been reviewed, but also that the purpose of the review was to determine whether they “contain information constituting confidences of the Queen’s Privy Council for Canada pursuant to section 39” of the Act. I agree with counsel for the defendants that the certificate in this case is substantially similar in wording to that approved by the Court of Appeal in *Central Cartage* and that the differences that do exist do not in themselves warrant a conclusion that the certificate in this case is deficient in light of the requirements of section 39.

43 The plaintiffs’ argument properly stresses that it is the information and not the document that ultimately constitutes the confidence to be protected from disclosure by proper objection. Yet, in recognition that as a practical matter it may often be difficult to separate the information from the document containing it, subsection 39(2) defines a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada as including information contained in various forms of documents described in paragraphs (a) to (f) in that subsection. The certificate filed under section 39 must be read as informed by that definition.

44 That definition in subsection 39(2) also has significance for one aspect of the plaintiffs’ second ground of alleged substantive deficiency of the certificate filed. In so far as paragraph 4 of the certificate, certifying “that paragraph 39(4)(a) . . . does not apply in respect of any of these documents as none of the documents have been in existence for more than twenty years”, relates to “documents” and not to “information”, the essence of Cabinet confidences, the certificate is said to be insufficient. The plaintiffs argue that information contained in a document may be more than twenty years old even if the

des documents qui sont décrits en des termes généraux qui reprennent le libellé des dispositions applicables du paragraphe 39(2)). Qui plus est, en l’espèce, au paragraphe 2 de l’attestation, la greffière atteste non seulement qu’elle a examiné les documents énumérés à l’annexe, mais aussi que cet examen avait pour but de déterminer [TRADUCTION] «s’ils renferment des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada au sens de l’article 39» de la Loi. Je suis d’accord avec l’avocat des défendeurs pour dire que, dans le cas qui nous occupe, le texte de l’attestation est en grande partie identique à celui que la Cour d’appel a approuvé dans l’arrêt *Central Cartage* et que les différences qui existent ne justifient pas en elles-mêmes de conclure que la présente attestation est insuffisante compte tenu des exigences de l’article 39.

43 Dans leur plaidoirie, les demandeurs soulignent à juste titre que ce sont les renseignements et non le document qui constituent en fin de compte les communications confidentielles dont la divulgation doit être refusée au moyen de la formulation d’une opposition appropriée. Pourtant, reconnaissant qu’en pratique, il peut être souvent difficile de dissocier le renseignement du document où il se trouve, le paragraphe 39(2) précise qu’un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada s’entend notamment d’un renseignement contenu dans divers types de documents qui sont décrits aux alinéas a) à f) de ce paragraphe. Il faut présumer qu’en signant l’attestation prévue à l’article 39, la greffière a dûment tenu compte de cette définition.

44 La définition contenue au paragraphe 39(2) est également importante en ce qui concerne l’un des aspects du deuxième moyen qu’invoquent les demandeurs pour affirmer que l’attestation qui a été déposée est entachée d’un vice de fond. Ils soutiennent en effet que l’attestation est insuffisante, étant donné que son paragraphe 4—qui atteste [TRADUCTION] «que l’alinéa 39(4)a) . . . ne s’applique à aucun de ces documents, étant donné que l’existence d’aucun d’entre eux ne remonte à plus de vingt ans»—se rapporte à des «documents» et non à des «renseignements», lesquels constituent l’essence

document itself is not. While that is possible it seems clear to me that by the definition in subsection 39(2) Parliament intended to permit objection to disclosure of information as it is found in the types of documents there described, not information at large, or in some document more than twenty years old, which is excluded from certification by paragraph 39(4)(a). As a practical matter objection to disclosure of information may most readily be made by describing the information with reference to certain kinds of documents in which the information is contained. That appears to be what Parliament has here done by subsection 39(2). In the application of paragraphs (a) and (b) of subsection 39(4), relying upon the definition of a confidence as provided by subsection 39(2), the certificate here filed, by its paragraph 4, does meet the statutory requirement.

45 It was urged that in another sense the application of paragraph 39(4)(a) was here not adequately addressed by the certificate filed. The submission was made that the certificate should clearly indicate that the information in the documents here containing confidences of the Privy Council would not be more than twenty years old by the time trial of these actions ended, now expected by late 1997 or early 1998. It may well be argued that documents containing confidences which are more than twenty years old before the end of the trial should then be accessible to the plaintiffs. Nevertheless, the end of the trial is an uncertain date in future. All section 39 does specify in regard to the "aging" of confidences, is as set out in subsection 39(4), that a confidence in existence for more than twenty years, or one contained in a discussion paper within paragraph 39(2)(b) a maximum of four years from the date of decision made, is not subject to objection against

même des renseignements confidentiels du Cabinet. Les demandeurs soutiennent que l'existence des renseignements contenus dans un document peut remonter à plus de vingt ans même si le document lui-même ne remonte pas à vingt ans. Bien que cela soit possible, il est évident pour moi, en raison de la définition contenue au paragraphe 39(2), que le législateur fédéral voulait permettre l'opposition à la divulgation de renseignements que l'on trouve dans les types de documents qui y sont décrits, et non à la divulgation de tout type de renseignements en général, ou à la description des renseignements que l'on trouve dans certains documents dont l'existence remonte à plus de vingt ans, lesquels ne peuvent faire l'objet d'une attestation, selon l'alinéa 39(4)a). En pratique, la façon la plus facile de s'opposer à la divulgation consiste à décrire les renseignements en fonction de certains types de documents dans lesquels se trouvent les renseignements en question. Il semble que ce soit ce que le législateur fédéral a fait en l'espèce par le paragraphe 39(2). Pour l'application des alinéas a) et b) du paragraphe 39(4), l'attestation qui a été déposée en l'espèce satisfait effectivement aux exigences de la Loi, en raison de son paragraphe 4 et de la définition de l'expression «renseignement confidentiel» prévue au paragraphe 39(2).

45 Les demandeurs soutiennent que, dans un autre sens, la question de l'application de l'alinéa 39(4)a) n'a pas été régulièrement abordée dans l'attestation qui a été déposée en l'espèce. Ils affirment que l'attestation devrait indiquer clairement que l'existence des renseignements qui se trouvent dans les documents qui contiennent des renseignements confidentiels du Conseil privé ne remontera pas à plus de vingt ans à la clôture de l'instruction des présentes actions, que l'on prévoit pour le moment pour la fin de 1997 ou le début de 1998. On pourrait fort bien soutenir que les demandeurs devraient alors pouvoir consulter les documents qui contiennent des renseignements confidentiels dont l'existence remontera à plus de vingt ans avant la fin du procès. Néanmoins, la date de la fin du procès est une date future incertaine. La seule chose que l'article 39 dit au sujet du «vieillessement» des renseignements confidentiels, c'est, comme le prévoit le paragraphe 39(4), que le

disclosure.

renseignement confidentiel dont l'existence remonte à plus de vingt ans ou qui est contenu dans un document de travail visé à l'alinéa 39(2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues quatre ans auparavant, ne peut faire l'objet d'une opposition à sa divulgation.

46 In my view the application of subsection 39(4) can only be made with reference to the date of the certificate objecting to disclosure, not to an uncertain date in future when the litigation may be ended. In that sense also paragraph 4 of the certificate filed, in my opinion, meets the statutory requirement. However, if my view of the third claim of the plaintiffs is sound, as set out in the following paragraphs, the date at which a document, said to contain information constituting a Cabinet confidence, becomes twenty years old would be evident, permitting a party once denied access to later claim access, if the age of the confidence comes to exceed twenty years before the trial ends.

À mon avis, on ne peut appliquer le paragraphe 39(4) qu'en fonction de la date de l'attestation par laquelle on s'oppose à la divulgation, et non en fonction de la date future incertaine à laquelle il se peut que le procès se termine. J'estime en ce sens que le paragraphe 4 de l'attestation qui a été produite satisfait lui aussi aux exigences de la loi. Toutefois, si la conclusion à laquelle j'en viens dans les paragraphes suivants au sujet du troisième moyen invoqué par les demandeurs est juste, la date à laquelle un document qui renfermerait des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet «atteint» l'âge de vingt ans s'imposerait d'elle-même, permettant ainsi à la partie qui s'est déjà vu refuser la communication d'un renseignement de le réclamer plus tard, si l'existence de ce renseignement confidentiel en vient à remonter à plus de vingt ans avant la fin du procès.

47 The plaintiffs' third claim that the certificate filed is substantively insufficient arises from the lack of reference in the certificate, or the Schedule A list appended to it, to any previous number or description of documents in either the original affidavits of documents or the amended affidavit filed October 20, 1994. There is no way of identifying from the certificate any document earlier listed and now claimed as immune from disclosure under section 39. The plaintiffs urge that the certificate filed is not in accord with the order of this Court dated September 9, 1994, which directed the defendants to file, by a date subsequently extended to December 16, 1994, an amended affidavit of documents which "shall include in Schedule II all documents previously listed (or subsequently discovered) in separate lists or classifications, as follows: (*inter alia*)

Le troisième moyen qu'invoquent les demandeurs pour soutenir que l'attestation est entachée d'un vice de fond découle du fait que ni l'attestation, ni la liste contenue à l'annexe A qui y est jointe ne mentionnent de numéro ou de description de documents déjà utilisés dans les affidavits originaux ou dans l'affidavit modifié qui a été déposé le 20 octobre 1994. L'attestation ne permet absolument pas d'identifier les documents déjà énumérés pour lesquels on revendique maintenant le privilège de non-divulgation prévu à l'article 39. Les demandeurs soutiennent que l'attestation qui a été déposée n'est pas conforme à l'ordonnance du 9 septembre 1994 par laquelle notre Cour a enjoint aux défendeurs de déposer au plus tard à une date qui a par la suite été prorogée au 16 décembre 1994 un affidavit modifié auquel devait être jointe [TRADUCTION] «une annexe II classant tous les documents déjà énumérés (ou découverts par la suite) selon les listes ou catégories distinctes suivantes: (notamment)

Schedule IIB—Documents listed for which privilege is claimed in accord with s. 39 of the *Canada Evidence Act* under a certificate filed in compliance with that section on or before [the date set, as extended]. . . .

48 As earlier noted the defendants urge that the certificate filed in this case is substantially similar to the certificate approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*. Moreover, in reliance on that case they assert that once a certificate in this form is filed the Court has no authority to go behind it or to require the provision of descriptive detail such as the date, the addressee and addressor and the nature of the document in question. Thus it is said the Court may not require the minimal routine descriptive data it could require from any other party in relation to documents in discovery.

49 *Central Cartage* does appear to support that proposition. Yet that decision must be read in the context in which it was rendered, with reference to questions asked in oral discovery where the then Clerk certified that documents as described in his certificate were confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Those documents had not previously been included in any list of documents provided by the Crown and at the time of the decision, 1988, there was no obligation on the Crown under the Court's Rules to provide full disclosure by separate lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue . . . for which no privilege is claimed . . . (and those) for which privilege is claimed, with a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document (to paraphrase subsection 448(2) of the Court's Rules).

50 In my view the circumstances of this case are very different. The Crown now has an obligation to

[TRADUCTION]

Annexe IIB—Les documents énumérés pour lesquels un privilège est invoqué conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve du Canada* en vertu d'une attestation déposée conformément à cet article au plus tard le [date fixée, puis prorogée]. . . .

48 Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les défendeurs soutiennent que l'attestation déposée en l'espèce est en grande partie semblable à celle qui a été approuvée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*. De plus, en s'appuyant sur cet arrêt, les défendeurs font valoir qu'une fois qu'une attestation ainsi rédigée est déposée, la Cour ne peut plus aller au-delà de son libellé ou exiger qu'on fournisse des détails descriptifs comme la date, le nom de l'expéditeur et du destinataire et la nature du document en question. Ils affirment en conséquence que la Cour ne peut pas exiger que l'on fournisse les données descriptives minimales habituelles qu'elle pourrait exiger de toute autre partie en ce qui concerne les documents fournis dans le cadre de la communication préalable.

49 L'arrêt *Central Cartage* semble effectivement appuyer cette proposition. Pourtant, cette décision doit être interprétée en tenant compte du contexte dans lequel elle a été rendue, c'est-à-dire en tenant compte des questions qui avaient été posées lors de l'interrogatoire préalable, au cours duquel le greffier avait attesté que les documents décrits dans son attestation constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ces documents n'avaient pas auparavant été inclus dans une liste de documents fournie par la Couronne et, au moment de la décision, en 1988, les Règles de la Cour n'obligeaient pas la Couronne à donner communication intégrale des documents en fournissant des listes séparées et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige . . . à l'égard desquels aucun privilège n'est revendiqué . . . et, pour ceux à l'égard desquels un privilège est revendiqué, une déclaration exposant le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document (pour paraphraser le paragraphe 448(2) des Règles).

50 À mon avis, les circonstances de la présente affaire sont très différentes. La Couronne est mainte-

fully disclose all documents, with “sufficient description”, relevant to any issue. Initially, it appears, the Crown took that obligation seriously and, in the affidavits filed in March to June 1994 or in the amended affidavit of Gregor MacIntosh filed October 20, 1994, it did list documents with sufficient descriptive detail that they could be identified. Now it claims certain of those documents listed contain Cabinet confidences to be protected from disclosure, but declines to identify the documents in any meaningful way that is of assistance to anybody in this litigation. Clearly the certificate filed can serve no useful purpose for it can mean nothing to the plaintiffs who cannot be expected to comprehend which documents, originally listed as relevant and mostly producible, are now claimed under section 39 of the Act.

nant tenue de donner communication intégrale de tous les documents qui sont pertinents aux questions en litige «avec une description suffisamment détaillée». Il semble que la Couronne ait d’abord pris cette obligation au sérieux et, dans les affidavits qu’elle a déposés entre les mois de mars et de juin 1994 ou dans l’affidavit modifié de M. Gregor MacIntosh qui a été déposé le 20 octobre 1994, elle a effectivement énuméré les documents avec des détails descriptifs suffisants pour qu’ils puissent être identifiés. Elle prétend maintenant que les documents énumérés en question renferment des renseignements confidentiels du Cabinet qui sont protégés, mais elle refuse d’identifier les documents d’une façon qui puisse être utile pour les personnes en cause dans le présent procès. De toute évidence, l’attestation qui a été produite n’est d’aucun secours, car elle ne veut rien dire pour les demandeurs, de qui on ne peut s’attendre à ce qu’ils comprennent quels documents, qui ont d’abord été inscrits sur la liste parce qu’on les jugeait pertinents et qu’on croyait qu’ils étaient ceux qui étaient le plus susceptibles d’être produits, font maintenant l’objet d’une revendication de privilège en vertu de l’article 39 de la Loi.

51 Moreover, the certificate which fails to identify documents already listed or to provide any identification of the individual documents to which it refers, is of no assistance to the Court, which cannot refuse to order disclosure of documents in appropriate circumstances if it is not informed which documents are now claimed to constitute Cabinet confidences. In short, since information identifying documents has already been included in lists of documents disclosed by affidavits, the purpose of section 39 cannot be served unless the Court knows which documents are included in the Clerk’s certificate.

De plus, une attestation qui n’identifie pas les documents déjà énumérés ou qui ne donne aucune identification des documents individuels auxquels elle renvoie n’est d’aucune utilité pour la Cour, qui ne peut refuser d’ordonner la divulgation des documents lorsque les conditions voulues sont réunies si on ne lui précise pas quels documents constitueraient maintenant des renseignements confidentiels du Cabinet. En résumé, étant donné que les renseignements qui identifient les documents ont déjà été inclus dans les listes de documents divulgués par affidavits, l’objectif visé par l’article 39 ne peut être atteint que si le tribunal sait quels documents sont inclus dans l’attestation du greffier.

52 In *Puddister Trading Co. et al. v. Canada et al.*,¹⁸ a recent case dealing with somewhat similar circumstances, the Crown had included in its list of privileged documents, in an affidavit of documents under Rule 448, an entry in the following terms:

Dans le jugement *Puddister Trading Co. et al. c. Canada et al.*¹⁸, une affaire récente portant sur des circonstances quelque peu similaires, Sa Majesté avait inclus l’inscription suivante dans la liste de documents privilégiés qui était jointe à un affidavit souscrit en vertu de la Règle 448:

5. Documents subject to a confidence of the Queen's Privy Council of Canada and in respect of which a certificate will be filed pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act*.

The documents referred to in item 5 were not described, but the certificate mentioned in that item was filed and provided to plaintiffs' counsel just before the trial was to resume, following a recess after the first three days of trial. The certificate appears to have been drawn in the same form as that filed in this case, with a schedule "A" listing documents only by the generic descriptions of paragraphs within subsection 39(2) and without any other identifying information referable to any documents or list. In that case, my colleague Madam Justice Simpson said, in part [at pages 95-96]:

... even if the documents for which privilege is claimed had been properly produced in the affidavit on production, the privilege would not have been sustained at trial because it is my view that the Certificate is of no force and effect. This is so because the documents it lists simply cannot be identified. Had the documents described in the text of Schedule "A" to the Certificate in fact tracked the listing in the affidavit of documents, I would have upheld the Certificate, even though on its face it does not give a source for the document numbers it uses. However, when no source reference is given in the Certificate and when the 14 document references in fact have no identifiable source in any of the materials filed in court, the Certificate cannot stand because it is meaningless.

... I am unable to conclude that the Certificate in this case makes any assertion at all because the documents containing the information for which confidence is asserted are unknown.

In the result, Simpson, J. ordered production of documents sought by the plaintiffs since the claim to executive privilege failed.

[TRADUCTION] 5. Les documents qui constituent un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada et à l'égard desquels une attestation a été déposée conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les documents mentionnés au paragraphe 5 n'étaient pas décrits, mais l'attestation mentionnée dans ce paragraphe avait été déposée et fournie à l'avocat de la demanderesse juste avant la reprise du procès, à la suite d'une suspension ordonnée après les trois premiers jours d'instruction. Il semble que l'attestation ait été rédigée selon la même forme que celle qui a été utilisée en l'espèce et qu'on y ait joint une annexe A où les documents n'étaient désignés qu'au moyen d'une description générale qui reprenait le libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) sans autre renseignement d'identification se rapportant aux documents ou à la liste. Dans cette décision, ma collègue M^{me} le juge Simpson a notamment déclaré [aux pages 95 et 96]:

... même si les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué avaient été régulièrement produits dans l'affidavit de production, le privilège n'aurait pu être invoqué au procès parce que j'estime que l'attestation est nulle et de nul effet et ce, parce qu'on ne peut tout simplement pas retracer les documents qui y sont énumérés. Si les documents désignés dans le texte de l'annexe «A» de l'attestation avaient effectivement permis de retracer les documents énumérés dans l'affidavit de documents, j'aurais confirmé la validité de l'attestation, même si elle n'indique pas à première vue la provenance des documents numérotés qui y sont mentionnés. Toutefois, compte tenu du fait que l'attestation ne mentionne pas la provenance des documents et que les quatorze renvois ne correspondent en fait à aucune source repérable dans le dossier soumis à la Cour, la validité de l'attestation ne peut être confirmée parce qu'elle est dépourvue de sens.

... il m'est impossible de conclure que l'attestation en cause en l'espèce renferme quelque revendication que ce soit, parce qu'on ne connaît pas les documents dans lesquels se trouvent les renseignements qui seraient confidentiels.

En conséquence, le juge Simpson a ordonné la production des documents réclamés par la demanderesse, étant donné que la revendication de privilège de l'exécutif était rejetée.

53 In part the issues in *Puddister* were similar to some in this case, that is in so far as the certificate

Les questions en litige dans l'affaire *Puddister* ressemblent en partie à celles qui sont soulevées 53

filed pursuant to section 39 did not identify the documents certified with any reference to any information before the Court. It is the only case discovered that appears to deal with the sufficiency of a certificate filed under section 39 as it relates to an affidavit of documents filed under the current Rule 448, which provides for full disclosure.

dans la présente affaire, dans la mesure où l'attestation déposée en vertu de l'article 39 ne permet pas d'identifier les documents visés par l'attestation en renvoyant à des renseignements déjà portés à la connaissance de la Cour. C'est la seule affaire que j'ai découverte qui semble traiter de la suffisance d'une attestation déposée en vertu de l'article 39 qui se rapporte à un affidavit déposé en vertu de l'actuelle Règle 448, qui exige la communication préalable intégrale des documents.

54 At the hearing of the motion now before the Court counsel for the Crown confirmed, as had been indicated in the written submissions, that in the circumstances of this case advice would be provided to plaintiffs to identify, with reference to earlier lists of documents, which ones are included under the certificate filed December 16, 1994. In my view that would be appropriate. It would meet the spirit of the order requiring documents listed in earlier affidavits to be claimed pursuant to section 39 by filing of an appropriate certificate. I consider the terms of that order are met when the certificate filed is supplemented by counsel's advice identifying the documents earlier listed which are covered by the certificate. That would also meet what I perceive to be the Crown's obligations under the Rules now providing for document discovery by full disclosure of relevant documents while providing a realistic means of exercising its discretion to object to the release of any relevant document on the ground it contains information constituting a confidence of the Queen's Privy Council under section 39 of the Act.

À l'audition de la requête dont la Cour est présentement saisie, l'avocat de Sa Majesté a confirmé, comme il l'avait précisé dans ses observations écrites, que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, des conseils seraient donnés aux demandeurs pour les aider à identifier en fonction des listes de documents déjà produites, quels documents sont visés par l'attestation déposée le 16 décembre 1994. À mon avis, cette façon de procéder serait appropriée. Elle respecterait l'esprit de l'ordonnance exigeant que les documents énumérés dans des affidavits déjà produits fassent l'objet d'une revendication conforme à l'article 39 par le dépôt d'une attestation appropriée. J'estime que les conditions de cette ordonnance sont respectées lorsque l'attestation qui a été déposée est complétée par les conseils par lesquels l'avocat identifie les documents déjà énumérés qui sont visés par l'attestation. Cette façon de procéder respecterait aussi ce que j'estime être les obligations que les nouvelles dispositions des Règles mettent à la charge de la Couronne en l'obligeant à *communiquer intégralement les documents pertinents* tout en prévoyant une façon réaliste d'exercer son pouvoir discrétionnaire de s'opposer à la divulgation de tout document pertinent en alléguant qu'il renferme des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine au sens de l'article 39 de la Loi.

55 In sum, my opinion is that in the circumstances of this case, where documents have previously been listed in an affidavit of documents, with the usual minimum descriptive detail, even though the documents themselves or copies have not been produced to the plaintiffs, and the defendants now seek to certify some of the documents previously listed as

En somme, je suis d'avis que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, dans laquelle des documents ont déjà été énumérés dans un affidavit avec le minimum habituel de détails descriptifs—même si les documents eux-mêmes ou des copies de ceux-ci n'ont pas été produits aux défendeurs—et dans laquelle les défendeurs demandent maintenant

constituting confidences of Cabinet pursuant to section 39 of the Act, that certificate, in addition to tracking the language of subsection 39(2), should include, or counsel must arrange to provide, sufficient information to identify the particular documents claimed under the certificate.

que la greffière atteste que certains des documents déjà énumérés constituaient des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39 de la Loi, cette attestation, devrait, en plus de reprendre le libellé du paragraphe 39(2), renfermer suffisamment de renseignements pour permettre d'identifier les documents particuliers visés par la revendication de privilège dans l'attestation ou que l'avocat devrait prendre des mesures pour communiquer les renseignements en question.

56 If it were otherwise, in an era of full disclosure of relevant documents, the certificate would not provide information that would avoid the necessity for further exercise of the Crown's claim to object to disclosure whenever a document is sought, or information about a document is sought in oral discovery, by the plaintiff in this litigation. If it is sought, and objected to, the Crown with each objection will in effect identify a document it claims not to be required to disclose under section 39 of the Act. Ultimately identification of all such documents would be acquired by tenacious counsel, but in two steps, wasting time and energy that could be put to better use.

S'il en était autrement, à une époque où les documents pertinents doivent être communiqués intégralement, l'attestation ne contiendrait pas de renseignements qui éviteraient à Sa Majesté de devoir recourir à nouveau à ses pouvoirs pour s'opposer à la divulgation chaque fois qu'un document ou qu'un renseignement relatif à un document est demandé dans le cadre de l'interrogatoire préalable, en l'espèce, par la partie demanderesse. Si un document est réclamé et que Sa Majesté s'oppose à sa divulgation, Sa Majesté identifiera en fait dans chaque cas le document qu'elle prétend ne pas être tenue de divulguer en vertu de l'article 39 de la Loi. Un avocat tenace finirait ainsi par obtenir l'identification de tous ces documents, mais ne pourrait y parvenir qu'en deux étapes, gaspillant ainsi du temps et des énergies qui pourraient être mieux utilisés.

57 I conclude that in this case, the certificate filed, by failing to identify the documents included in the certificate with reference to documents included in earlier lists of affidavits, was insufficient to meet the requirements of an objection under section 39. That deficiency could be addressed by the defendants providing information identifying the documents earlier listed which are now claimed as confidences of the Privy Council under section 39.

Je conclus qu'en l'espèce, l'attestation qui a été déposée est insuffisante et qu'elle ne respecte pas les conditions prévues pour pouvoir formuler une opposition en vertu de l'article 39, étant donné qu'elle n'identifie pas les documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans les listes d'affidavits déjà produites. Les défendeurs pourraient corriger cette lacune en communiquant des renseignements qui permettent d'identifier les documents déjà énumérés qui constitueraient maintenant des renseignements privés du Conseil privé au sens de l'article 39.

S. 39 in Relation to Documents Produced

Application de l'article 39 par rapport aux documents produits

58 The final matter of serious difference between the parties relates to the application of section 39, and

Le dernier point litigieux qui oppose sérieusement les parties concerne l'application et les effets de

its effects, in relation to documents which have already been produced to the plaintiffs. As we have seen, after a number of documents had been produced by the defendants, so that copies were in the hands of the plaintiffs, it appeared to the defendants that certain of them should not have been disclosed, but rather should have been certified under section 39 of the Act and objection made to their disclosure.

59 The position initially adopted by the Crown in relation to these documents was that once they had been disclosed by production to the plaintiffs the documents would not be claimed under a section 39 certificate. Counsel, however, would instruct the defendants' deponents in examination for discovery not to answer any question about any of these documents since it was a document that could have been subject to being objected to under section 39. The document so identified in discovery might speak for itself, but no information would be provided in response to any question arising in relation to such a document. That position was adopted by counsel for the defendants and their deponents declined to answer questions in discovery about any document so identified.

60 A few days before the hearing of this motion counsel for the Crown advised that its position had changed. It now planned, while continuing to object and to decline to answer questions in discovery about documents that might have been, but were not yet, the subject of a certificate under section 39, to file one or more additional certificates pursuant to that provision, certifying the documents in question as constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Moreover, it sought return from the plaintiffs of copies of documents once they were included as documents in a certificate filed pursuant to section 39. I note that the documents now to be certified would have to be identified if they were to be recovered, as the defendants here seek to do.

l'article 39 en ce qui concerne les documents qui ont déjà été communiqués aux demandeurs. Ainsi que nous l'avons vu, après que plusieurs documents eurent été produits par les défendeurs et que les demandeurs en eurent reçu copie, les défendeurs se sont aperçus que certains de ces documents n'auraient pas dû être produits mais qu'ils auraient plutôt dû faire l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39 et qu'on aurait dû s'opposer à leur divulgation.

59 Au départ, le point de vue que la Couronne a adopté au sujet de ces documents était qu'une fois qu'ils étaient divulgués par suite de leur production aux demandeurs, les documents ne pouvaient faire l'objet d'une revendication de privilège fondée sur l'article 39. L'avocat donnerait toutefois comme directives aux auteurs des affidavits des défendeurs qui seraient entendus lors de l'interrogatoire préalable de ne répondre à aucune question posée au sujet des documents en question, étant donné qu'il s'agissait de documents à la divulgation desquels on aurait pu s'opposer en vertu de l'article 39. Le document ainsi identifié lors de l'enquête préalable pourrait parler de lui-même, mais aucun renseignement ne serait communiqué en réponse aux questions posées au sujet de ce document. L'avocat des défendeurs a adopté ce point de vue et les auteurs des affidavits des défendeurs ont refusé, lors de l'interrogatoire préalable, de répondre à quelque question que ce soit au sujet des documents ainsi identifiés.

60 Quelques jours avant l'audition de la présente requête, l'avocat de Sa Majesté a informé la Cour que son point de vue avait changé. Sa Majesté prévoyait maintenant, tout en continuant à s'opposer à la divulgation et à refuser de répondre lors de l'interrogatoire préalable à toute question portant sur des documents qui auraient pu faire l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39 de la Loi mais ne l'avaient pas encore fait, déposer une ou plusieurs attestations supplémentaires en vertu de cette disposition pour attester que les documents en question constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. De plus, l'avocat de Sa Majesté a demandé aux demandeurs de lui remettre les copies des documents une fois qu'ils seraient joints à une attestation déposée en

61 The plaintiffs take the position that once documents have been produced to them it is too late to claim that they constitute Cabinet confidences under section 39. That section, it is said, permits the Crown to claim immunity from disclosure, but the claim must be timely and it must be made before there is disclosure in fact. By analogy once the horse is out of the barn, it is too late to prevent its escape by closing the door. Once a confidence is disclosed, it is said the purpose of section 39 is frustrated, that purpose being to protect confidences of Cabinet from disclosure. The plaintiffs rely in particular upon *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*,¹⁹ which the defendants urge is distinguishable, or if not, it was wrongly decided. Plaintiffs also refer to *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.*²⁰

62 In *Best Cleaners*, Mr. Justice Mahoney for the Court of Appeal majority held, *inter alia*, that a certificate filed on the eve of trial by the Clerk of the Privy Council, pursuant to then subsection 36.3(1) [R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)], now subsection 39(1), of the Act, in relation to documents and information freely disclosed by the Crown in discovery, in the circumstances of that case, was not a bar to admission in evidence of documents if they had been produced on discovery, nor was it a bar to evidence from oral discovery about the documents. In the course of his decision Mahoney J.A. commented as follows:²¹

Section 36.3 is predicated on the notion that Her Majesty's Privy Council for Canada will be astute in not divulging information it deems confidential and that it requires a statutory right to maintain confidentiality only in the face of "a court, person or other body with jurisdic-

vertu de l'article 39. Je constate qu'il faudrait identifier les documents qui doivent maintenant être attestés si l'on veut les récupérer, comme les défendeurs le souhaitent en l'espèce.

61 Les demandeurs adoptent le point de vue selon lequel, une fois que les documents leur ont été communiqués, il est trop tard pour prétendre qu'ils constituent des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39. Ils affirment que cet article permet à Sa Majesté de revendiquer un privilège de non-communication, mais que cette revendication doit être faite en temps opportun et avant que le document ne soit effectivement communiqué. Par analogie, une fois que le cheval est sorti de l'écurie, il est trop tard pour l'empêcher de s'enfuir en fermant la porte. Les demandeurs affirment qu'une fois qu'un renseignement confidentiel est révélé, l'objet de l'article 39, à savoir empêcher la divulgation des renseignements confidentiels du Cabinet, est mis en échec. Les demandeurs invoquent en particulier l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*¹⁹ qui, selon les défendeurs, porte sur des faits différents ou, sinon, est mal fondé. Les demandeurs citent également le jugement *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.*²⁰.

62 Dans l'arrêt *Best Cleaners*, le juge Mahoney a notamment statué, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, qu'une attestation déposée la veille du procès par le greffier du Conseil privé en vertu du paragraphe 36.3(1) [S.R.C. 1970, ch. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4)] (maintenant le paragraphe 39(1)) de la Loi, relativement à des documents et à des renseignements librement divulgués par la Couronne lors de l'enquête préalable ne rendaient pas inadmissibles en preuve, eu égard aux circonstances de cette affaire, les documents produits au cours de l'enquête préalable, et qu'ils ne rendaient pas inadmissibles les témoignages portant sur ces documents. Le juge Mahoney a notamment déclaré²¹:

L'article 36.3 repose sur le principe suivant lequel le Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada sera suffisamment avisé pour ne pas divulguer les renseignements qu'il juge confidentiels et suivant lequel ce n'est que devant «le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de

tion to compel the production of information". On a fair reading of the section, it is the compulsion of the disclosure of the information that is protected against, not the receipt of the information in evidence if it is available otherwise than by exercise of the tribunal's power to compel its production.

There is a large measure of unreality in the proposition that the filing of a certificate has the effect of undoing the disclosure of information already lawfully disclosed to the opposing party in a legal proceeding. Everyone with a legitimate interest in the information has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. No such intention is expressed by Parliament; to infer it is repugnant.

63 In *Leeds*, Associate Chief Justice Miller of the Alberta Court of Queen's Bench followed the decision of Mahoney J.A. in *Best Cleaners*, in circumstances where the Crown in right of Alberta had voluntarily and pursuant to an order disclosed a large number of documents, including Cabinet documents, and had not objected to discovery upon them. Shortly before trial the Crown brought a motion for leave to remove many of the documents on the ground they were irrelevant to the issues or were covered by a public interest immunity. The case was not concerned with section 39 of the Act or any provincial statutory equivalent.

64 Both those cases, in a general way, support the principle that once the Crown discloses documents it can no longer raise a claim to public interest immunity to have them excluded from evidence. Nevertheless, I believe that is too broad a reading of the decision in *Best Cleaners* when one considers the text of section 39. In light of the text, which includes no reference to the time when an objection is to be made by filing a certificate, in my opinion *Best Cleaners* must be read as related to its facts including the prior disclosure in oral discovery of

contraindre à la production de renseignements» qu'il est nécessaire d'invoquer le droit à la confidentialité prévu par la Loi. Une lecture objective de cet article révèle qu'il protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve si ils sont obtenus autrement que par l'exercice, par le tribunal, de son pouvoir de contraindre à leur production.

C'est faire preuve de beaucoup d'irréalisme que de prétendre que le dépôt d'un certificat a pour effet d'effacer la production de renseignements déjà légalement divulgués à la partie adverse dans une procédure judiciaire. Tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la Cour, dans un tel cas, sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. Le Parlement n'a pas exprimé une telle intention et la lui prêter est tout simplement choquant.

Dans le jugement *Leeds*, le juge en chef adjoint 63 Miller de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a suivi la décision rendue par le juge Mahoney dans l'arrêt *Best Cleaners*, dans des circonstances dans lesquelles Sa Majesté du chef de l'Alberta avait, volontairement et conformément à une ordonnance, divulgué un grand nombre de documents, y compris des documents du Cabinet, et ne s'était pas opposée à ce qu'ils soient divulgués lors de l'enquête préalable. Peu de temps avant le procès, Sa Majesté a présenté une requête en vue d'obtenir l'autorisation de retirer bon nombre des documents au motif qu'ils n'étaient pas pertinents aux questions en litige ou qu'ils étaient protégés par une immunité d'ordre public. Cette affaire ne portait pas sur l'article 39 de la Loi ou sur une disposition législative provinciale équivalente.

Ces deux décisions appuient, de façon générale, le 64 principe qu'une fois que Sa Majesté a communiqué des documents, elle ne peut plus invoquer une immunité d'ordre public pour les faire exclure de la preuve. J'estime néanmoins qu'il s'agit là d'une interprétation trop large de l'arrêt *Best Cleaners* lorsqu'on examine le libellé de l'article 39. À la lumière du libellé de cet article—qui ne précise rien en ce qui concerne le délai dans lequel l'opposition doit être faite au moyen du dépôt d'une attestation—, j'estime que l'arrêt *Best Cleaners* doit être

information subsequently certified under section 39, and including the filing of the certificate late on the day before trial was set to commence.

65 In my opinion subsection 39(1) is clear in its intent: a court or other body with jurisdiction to compel the production of information shall refuse to order disclosure of information, without itself examining it, where disclosure is objected to and the information is certified in writing, by a minister or the Clerk of the Privy Council for Canada. The rest of section 39 sets out definitions and descriptions of documents that may contain such information and restricts the application of subsection 39(1) to information that has been in existence only for a limited period. As we have seen in *Best Cleaners Mahoney J.A.*, referring to the same statutory provision, but then section 36.3, emphasized that “it is the compulsion of the disclosure of the information that is protected against, not the receipt of the information in evidence if it is available otherwise than by exercise of the tribunal’s power to compel its production”.²² In *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*²³ MacGuigan J.A., describes the purpose of section 39 as follows:

The wording of section 39 of the Act seems to me to be clear enough: an objection to the disclosure of information by a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council is determinative of the matter where the minister or the Clerk certifies in writing that the information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada; in that case disclosure of the information is to be denied without further examination.

66 The section does not create confidences of the Queen’s Privy Council. It does not direct how these are to be protected, except to preclude this Court or any other from ordering disclosure of information once a certificate is issued and filed, whenever that may be done in relation to the Court’s own processes for discovery or for the taking of evidence. In

interprété en fonction de ses propres faits, en tenant notamment compte du fait que des renseignements qui avaient par la suite fait l’objet d’une attestation en vertu de l’article 39 avaient déjà été divulgués lors de l’interrogatoire préalable, et en tenant compte du dépôt tardif de l’attestation, la veille de la date fixée pour l’ouverture du procès.

65 À mon avis, l’objet du paragraphe 39(1) est clair: un tribunal ou un autre organisme qui a le pouvoir de contraindre à la production de renseignements doit refuser d’ordonner la divulgation de renseignements, sans les examiner lui-même, lorsqu’un ministre ou le greffier du Conseil privé pour le Canada s’oppose à leur divulgation et que les renseignements en question font l’objet d’une attestation écrite. Le reste de l’article 39 définit et précise le contenu des documents qui peuvent renfermer de tels renseignements et restreint l’application du paragraphe 39(1) aux renseignements dont l’existence ne remonte qu’à peu de temps. Ainsi que nous l’avons vu dans l’arrêt *Best Cleaners*, le juge Mahoney, qui parlait de la même disposition législative—qui était alors l’article 36.3—a souligné que cet article «protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve si ils sont obtenus autrement que par l’exercice, par le tribunal, de son pouvoir de contraindre à leur production»²². Dans l’arrêt *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*²³, le juge MacGuigan, J.C.A., explique l’objet de l’article 39 dans les termes suivants:

Le libellé de l’article 39 de la Loi m’apparaît suffisamment clair: le fait qu’un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé se soient opposés à la divulgation de renseignements tranche la question lorsque le ministre ou le greffier attestent par écrit que les informations demandées constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada; dans ce cas, la divulgation des informations doit être refusée sans autre examen.

66 L’article 39 ne crée pas de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. Il n’impose pas la façon dont ceux-ci doivent être protégés; il empêche simplement notre Cour ou tout autre tribunal d’ordonner la divulgation des renseignements une fois qu’une attestation a été signée et déposée, chaque fois que cela peut être fait relativement à la

my opinion section 39 may be applied at any stage and, aside from the exceptional circumstances of *Best Cleaners*, once a certificate in compliance with the Act and the Court's Rules is filed, the Court, and the parties to an action, may not thereafter examine the information that is certified. Here the certificate filed, subject to provision of information identifying documents as they were already listed in affidavits of documents, was effective and the Court may not order production or examination of the 37 documents certified, once it can identify those. None of those have been produced and the Crown's deponents have not answered questions about them in discovery. Similarly, documents already produced may yet be subject to inclusion in a further section 39 certificate or certificates. Any certificate filed hereafter, which identifies the documents, with reference to descriptive numbers for information already assigned to them, will be given effect by the Court.

propre procédure d'enquête préalable de la Cour ou à l'audition de la preuve. À mon avis, l'article 39 peut être appliqué à toute étape et, hormis les circonstances exceptionnelles de l'affaire *Best Cleaners*, une fois qu'une attestation conforme à la Loi et aux Règles de la Cour a été déposée, il n'est plus possible à la Cour—et aux parties à l'action—d'examiner par la suite les renseignements qui font l'objet de l'attestation. En l'espèce, l'attestation qui a été déposée était efficace, sous réserve de la communication de renseignements permettant d'identifier les documents déjà énumérés dans les affidavits, et la Cour ne peut pas ordonner la production ou l'examen des 37 documents attestés une fois qu'elle est en mesure de les identifier. Aucun de ces documents n'a été produit et les auteurs des affidavits de Sa Majesté n'ont pas répondu aux questions qui ont été posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. De la même façon, les documents déjà produits peuvent toujours être inclus dans une ou plusieurs attestations fondées sur l'article 39. La Cour donnera effet à toute attestation qui sera déposée après le prononcé du présent jugement et qui identifiera les documents en fonction des numéros descriptifs qui leur ont déjà été attribués.

67 In argument, it was urged that this permits the Crown to apply section 39 with retroactive effect. In my view that is not the case. A certificate, when filed, has effect only from and after the date it is filed. If a document is produced voluntarily by the Crown, that does not limit the Crown's capacity to change its mind and object under section 39 to disclosure of Cabinet confidences.

Lors du débat, les demandeurs ont affirmé que cette façon de procéder permettrait à la Couronne d'appliquer l'article 39 rétroactivement. À mon avis, ce n'est pas le cas. Une attestation ne produit ses effets qu'à compter de la date de son dépôt. La communication volontaire d'un document par Sa Majesté ne limite pas le pouvoir de celle-ci de changer d'avis et de s'opposer en vertu de l'article 39 à la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet.

68 That, however, provides no protection against ordered disclosure until a certificate, in compliance with the Act, is filed. Once documents are included in an affidavit of documents and not claimed as privileged, or if claimed as privileged under section 39, but not claimed within a certificate filed in accord with that section, the plaintiffs are entitled under the Rules to examine the defendants' deponents in relation to those documents.

Sa Majesté n'est cependant pas pour autant protégée contre l'ordonnance de divulgation qui est rendue tant qu'une attestation conforme à l'article 39 de la Loi n'est pas déposée. Une fois que les documents sont inclus dans un affidavit et qu'ils ne font pas l'objet d'une revendication de privilège ou, s'ils font l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 mais que cette revendication n'est pas formulée dans le cadre d'une attestation déposée conformément à l'article 39, les demandeurs ont le

67

68

69 Of course, in an examination for discovery there may be objection or refusal to answer questions. If there is objection or refusal by representatives of the defendants on grounds that to answer a question in relation to a document, or to answer another question, would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada and the document in question or the information sought is not yet included in a certificate under section 39, then completion and filing of a certificate should be done as a matter of course without unreasonable delay. In *I.L.W.U. v. Canada*,²⁴ Mr. Justice McNair set out a process for certification by the Clerk of the Privy Council of objections to disclosure of information constituting Cabinet confidences sought by questions in discovery. That seems to me appropriate here, subject to establishment of a process, after consultation with counsel, for a necessary certificate to be filed without unreasonable delay.

70 A similar process with a time established for filing of a certificate or certificates may be useful, upon consultation with counsel, in relation to any proposed filing of section 39 certificates in regard to

a) documents produced to plaintiffs prior to December 1994;

b) documents that, after December 1994 were added to the defendants' production process, but may or may not have been included in supplementary affidavits of documents filed in mid-December 1995, either as producible documents or as documents for which privilege is claimed under section 39 of the Act; or

c) documents processed in the defendants' ongoing process after mid-December 1995.

droit en vertu des Règles d'interroger les auteurs des affidavits des défendeurs au sujet de ces documents.

Évidemment, lors de l'interrogatoire préalable, des objections peuvent être formulées et les personnes interrogées peuvent refuser de répondre. Si les représentants des défendeurs formulent une objection ou refusent de répondre au motif que le fait de répondre à une question se rapportant à un document ou de répondre à une autre question aurait pour effet de divulguer un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada et si le document en question ou le renseignement demandé n'est pas encore inclus dans une attestation signée en vertu de l'article 39, la signature et le dépôt de l'attestation devraient tout naturellement être faits dans un délai raisonnable. Dans le jugement *S.I.D.M. c. Canada*²⁴, le juge McNair suggère une procédure d'attestation par le greffier du Conseil privé des oppositions à la divulgation de renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Cabinet et qui sont réclamés par le biais de questions posées lors de l'interrogatoire préalable. Cette procédure me semble appropriée en l'espèce, sous réserve de l'établissement, après consultation des avocats, d'une procédure permettant le dépôt de l'attestation requise dans un délai raisonnable.

Une procédure semblable prévoyant un délai pour le dépôt d'une ou de plusieurs attestations peut s'avérer utile, après consultation des avocats, pour ce qui est de tout dépôt projeté d'attestations prévues à l'article 39 en ce qui concerne l'une ou l'autre des catégories suivantes de documents:

a) les documents communiqués aux demandeurs avant décembre 1994;

b) les documents qui, après décembre 1994, ont été ajoutés au processus de communication des défendeurs, mais qui ont ou n'ont pas été inclus dans les affidavits supplémentaires de documents déposés à la mi-décembre 1995, à titre de documents communicables ou de documents faisant l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 de la Loi;

c) les documents traités dans le processus en cours des défendeurs après la mi-décembre 1995.

Conclusion

71 In the result, the plaintiffs' motion is allowed in part only. The certificate filed on December 16, 1994, is deficient in its failure to provide any identifying reference, by number or descriptive detail, between the documents as listed in the certificate and those listed in affidavits of documents previously filed. That deficiency may be remedied by provision of information to counsel for the plaintiffs and to the court that will identify the documents now certified. The deficiency arises because, without identifying the documents certified by reference to document descriptions or numbers previously assigned in this action, the Court is in no position to refuse to order disclosure of documents previously listed, unless they be privileged on some other ground. The certificate otherwise meets the requirements of section 39 and of the Court's Rules. If the information identifying the 37 documents certified, by reference to the documents included in earlier lists, is not provided to counsel for the parties within such reasonable time as counsel may agree, or failing agreement as may be set by this Court, then defendants shall produce the documents to the plaintiffs forthwith.

72 In my opinion a certificate made in accord with section 39 of the Act may be filed at any time, before or after disclosure of documents by affidavits of documents or production of the documents themselves, and before questions about them are answered in oral discovery. Aside from very exceptional circumstances such as those in *Best Cleaners*, whenever a certificate is filed it effectively precludes the Court thereafter from examining the information or compelling its disclosure, but only a certificate in accord with section 39 can preclude the Court from ordering disclosure by production of documents or by answering questions in discovery. Only a certificate that identifies the documents to the Court, and the parties, can be expected to be effective in having the Court refuse to order disclosure.

Dispositif

71 En conséquence, la requête des demandeurs est accueillie en partie seulement. L'attestation déposée le 16 décembre 1994 est insuffisante, étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier—que ce soit par numéro ou par détails descriptifs—les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés. Les défendeurs peuvent corriger cette lacune en communiquant à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents qui font l'objet de la présente attestation. Cette lacune s'explique par le fait que, si les documents attestés ne sont pas identifiés en fonction des descriptions ou des numéros qui leur ont déjà été attribués dans la présente action, la Cour n'est pas en mesure de refuser d'ordonner la divulgation des documents déjà énumérés, sauf s'ils sont protégés pour un autre motif. L'attestation satisfait par ailleurs aux exigences de l'article 39 et aux Règles de la Cour. Si les renseignements qui permettent d'identifier les 37 documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans des listes déjà produites ne sont pas communiqués aux avocats des parties dans un délai raisonnable fixé par les avocats d'un commun accord ou, à défaut d'entente, par la Cour, les défendeurs communiqueront sans délai les documents en question aux demandeurs.

72 À mon avis, une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi peut être déposée en tout temps avant ou après la communication des documents au moyen d'affidavits ou par la production des documents eux-mêmes, et avant que l'on réponde aux questions posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. Exception faite de circonstances très exceptionnelles comme celles de l'affaire *Best Cleaners*, le dépôt d'une attestation empêche effectivement la Cour d'examiner par la suite les renseignements ou d'ordonner leur divulgation. Cependant, seule l'attestation qui est conforme à l'article 39 peut empêcher la Cour d'ordonner la divulgation en prescrivant la production des documents ou en ordonnant aux témoins de répondre aux questions qui leur sont posées lors de l'interrogatoire préalable. Seule l'attestation qui permet à la Cour et aux parties d'identifier les documents en cause peut avoir

pour effet d'amener la Cour à refuser d'ordonner la divulgation des renseignements demandés.

73 The defendants' representatives are directed to answer questions asked in discovery so far as the answers do not reveal information constituting a confidence of the Queen's Privy Council for Canada. If the answers are deemed to require revelation of such information any objection that is not related to a document already certified can only properly be confirmed by inclusion in a certificate made in accord with section 39 of the Act, and filed within such reasonable time after the objection or refusal is made as the parties may agree upon or this Court by order will direct.

73 La Cour ordonne aux représentants des défendeurs de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable dans la mesure où les réponses qu'ils donnent n'ont pas pour effet de révéler des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Si les réponses sont réputées exiger la révélation de tels renseignements, toute opposition qui ne se rapporte pas à un document faisant déjà l'objet d'une attestation peut régulièrement être confirmée par son inclusion dans une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi et déposée dans le délai raisonnable qui suit la formulation de l'opposition ou le refus et que les parties peuvent fixer d'un commun accord ou que la Cour peut fixer par ordonnance.

74 It may be, as the defendants say, that documents which, after their production, are included in a section 39 certificate are of no use to the plaintiffs for they are subject to an implied undertaking not to use them for any reason other than this litigation, and once certified under section 39 they may not be ordered to be examined or disclosed. Nevertheless, section 39 itself makes no provisions for the return of documents that have been produced. The Court is not disposed to order that documents, once they are produced, be returned to the defendants if they are included under a section 39 certificate. As noted, all documents produced are subject to an implied undertaking restricting their use other than for this action. They are also subject to a confidentiality order earlier issued in these proceedings. The parties may agree upon return of such documents now or after trial.

74 Il se peut, comme l'affirment les défendeurs, que des documents qui, après leur production, sont inclus dans une attestation signée en vertu de l'article 39 ne soient d'aucune utilité pour les demandeurs, étant donné qu'ils sont assujettis à un engagement implicite de ne pas les utiliser à d'autres fins que celles du présent procès et qu'une fois attestés en vertu de l'article 39, la Cour n'ordonne pas qu'ils soient examinés ou divulgués. Néanmoins, l'article 39 lui-même ne renferme aucune disposition en ce qui concerne la remise des documents qui ont été produits. La Cour n'est pas disposée à ordonner qu'une fois produits, les documents soient remis aux défendeurs s'ils sont inclus dans une attestation fondée sur l'article 39. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, tous les documents qui sont produits sont assujettis à l'engagement implicite de ne les utiliser que pour la présente action. Ils sont également assujettis à l'ordonnance de confidentialité déjà prononcée dans la présente instance. Les parties peuvent s'entendre maintenant ou après le procès sur la remise des documents en question.

¹ R.S.C., 1985, c. C-5.

² Order, dated 9 September 1994, describing documents to be included in Schedule IIB of an amended affidavit of documents.

¹ L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5.

² Ordonnance du 9 septembre 1994 énumérant les documents devant être inclus à l'annexe IIB jointe à l'affidavit modifié.

³ *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at p. 768.

⁴ R.S.C., 1985, c. C-5.

⁵ [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at pp. 649-650.

⁶ *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

⁷ *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.), at pp. 917 and 925; *Makanjuola v Commr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.), at p. 623.

⁸ In the case of the Crown federal, this was effected originally by the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30; subsequently amended and re-enacted, now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as am., in particular by S.C. 1990, c. 8.

⁹ [1986] 2 S.C.R. 637, at pp. 647-654.

¹⁰ [1983] 1 F.C. 917 (T.D.), at pp. 923-927.

¹¹ SOR/90-846, s. 15.

¹² S.C. 1990, c. 8, s. 31.

¹³ SOR/91-604.

¹⁴ *Supra*, note 5.

¹⁵ *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.), at pp. 931-933.

¹⁶ *Supra*, note 5, at p. 654.

¹⁷ *Supra*, note 5, at p. 649.

¹⁸ (1995), 95 F.T.R. 92 (F.C.T.D.), at p. 94.

¹⁹ [1985] 2 F.C. 293 (C.A.).

²⁰ (1990), 106 A.R. 105 (Q.B.).

²¹ *Supra*, note 19, at p. 311.

²² *Id.*

²³ [1992] 2 F.C. 130 (C.A.), at p. 148.

²⁴ [1989] 1 F.C. 444 (T.D.).

³ *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), à la p. 768.

⁴ L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).

⁵ [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), aux p. 649 et 650.

⁶ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

⁷ *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.), aux p. 917 et 925; *Makanjuola v Commr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.), à la p. 623.

⁸ Dans le cas de la Couronne fédérale, on y est parvenu d'abord en adoptant la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30, loi qui a été par la suite modifiée et a été rééditée et qui s'intitule maintenant *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, mod., en particulier par L.C. 1990, ch. 8.

⁹ [1986] 2 R.C.S. 637, aux p. 647 à 654.

¹⁰ [1983] 1 C.F. 917 (1^{re} inst.), aux p. 923 à 927.

¹¹ DORS/90-846, art. 15.

¹² L.C. 1990, ch. 8, art. 31.

¹³ DORS/91-604.

¹⁴ *Supra*, note 5.

¹⁵ *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1^{re} inst.), aux p. 931 à 933.

¹⁶ *Supra*, note 5, à la p. 654.

¹⁷ *Supra*, note 5, à la p. 649.

¹⁸ (1995), 95 F.T.R. 92 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 94.

¹⁹ [1985] 2 C.F. 293 (C.A.).

²⁰ (1990), 106 A.R. 105 (B.R.).

²¹ *Supra*, note 19, à la p. 311.

²² *Id.*

²³ [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), à la p. 148.

²⁴ [1989] 1 C.F. 444 (1^{re} inst.).