

2005 FCA 118  
A-417-04

2005 CAF 118  
A-417-04

**Clerk of the Privy Council (*Appellant*)**

**Greffier du Conseil privé (*appelant*)**

v.

c.

**Jean Pelletier and Attorney General of Canada  
(*Respondents*)**

**Jean Pelletier et Procureur général du Canada  
(*intimés*)**

A-418-04

A-418-04

**Clerk of the Privy Council (*Appellant*)**

**Greffier du Conseil privé (*appelant*)**

v.

c.

**Michel Vennat and Attorney General of Canada  
(*Respondents*)**

**Michel Vennat et Procureur général du Canada  
(*intimés*)**

**INDEXED AS: PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: PELLETIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Noël and Nadon  
JJ.A.—Montréal, April 4 and 7, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Noël et Nadon,  
J.C.A.—Montréal, 4 et 7 avril 2005.

*Evidence — Objection to disclosure — Cabinet confidences — Appeals from F.C. orders concluding that Canada Evidence Act, s. 39 confidentiality certificates objecting to production of certain documents sought by respondents fatally defective because not containing useful description of date, author, title, content of documents — F.C. also concluding, after consideration of contents of accidentally disclosed document, that said document not containing confidential information — Requirements for certificates identified by S.C.C. in Babcock v. Canada (Attorney General) — Act, s. 39 privilege not irretrievably lost by slight deficiencies in certificate, and Clerk of Privy Council having right to correct inadequacy of description of documents in certificate — No waiver of s. 39 privilege in instant case, but in any event, waiver in respect of certain documents, information not constituting waiver in respect of other documents, information — S. 39 objection requiring Court to make determination based on certificate filed — F.C. conclusion that document not containing confidential information thus invalid — Memorandum to Cabinet and its recommendations not severable — Appeals dismissed, subject to appellant's right to file new certificates.*

*Preuve — Opposition à la divulgation — Renseignements confidentiels du Cabinet — Appels d'ordonnances de la C.F. qui a conclu que les attestations de confidentialité délivrées en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada pour s'opposer à la production de certains documents demandés par les intimés étaient entachées d'un défaut fatal parce qu'elles ne contenaient aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre, ni au contenu des documents — La C.F. a également conclu, après avoir examiné le contenu d'un document divulgué accidentellement, que ce document ne contenait pas des renseignements confidentiels — Les exigences relatives aux attestations ont été identifiées par la C.S.C. dans l'arrêt Babcock c. Canada (Procureur général) — Le privilège de l'art. 39 n'est pas irrémédiablement perdu du fait de légères défaillances dans l'attestation et le greffier du Conseil privé a le droit de remédier à l'insuffisance de la description des documents dans l'attestation — Il n'y a aucune renonciation au privilège de l'art. 39 dans la présente affaire mais, de toute façon, la renonciation relativement à certains documents ou renseignements ne constitue pas une renonciation relativement à d'autres documents ou renseignements — L'objection fondée sur l'art. 39 exige que la Cour rende une décision à partir de l'attestation déposée — La conclusion de la C.F. selon laquelle le document ne contenait pas de renseignements confidentiels est donc sans effet — La note au Cabinet et ses recommandations sont indissociables — Appels rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer de nouvelles attestations.*

These were two appeals, heard jointly, from two orders of the Federal Court concluding that the certificates submitted by the Clerk of the Privy Council objecting, pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*, to the production of certain documents (i.e. memoranda and recommendations to the Council) sought by the respondents, were fatally defective.

The Judge was of the view that the certificates did not contain a useful description of the date, author, title or content of the documents for which privilege was being claimed. He also considered the content of one of those documents, that was inadvertently given to one of the respondents and filed in Court, and concluded that it did not contain confidential information.

*Held*, the appeals should be dismissed, subject to the appellant's right to file a new certificate in each of the two cases.

The formal requirements for a certificate of confidentiality, identified by the Supreme Court of Canada in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, were applied to the documents at issue here. Although some of the minimal requirements for identification of the documents may not have been complied with, the privilege of non-disclosure under section 39 is not necessarily irretrievably lost by the slightest technical or formal deficiency in the certificate. The Clerk of the Privy Council should have the right to correct the inadequacy of the description of documents for which the certificate of confidentiality is filed. The idea of requiring sufficient identification of the documents covered by the certificate is not to cause the benefit of the privilege to be lost but to enable the Court to see on the face of the certificate that these are Cabinet confidences, that they fall under subsection 39(2) of the Act and that the Clerk did not exceed the powers conferred on him by the Act.

Statements made by the Prime Minister and the Minister of Transport, contained in a press release, and the inadvertent disclosure of one of the documents at issue, did not constitute waivers of the privilege of non-disclosure. In any event, waiving the protection of section 39 by releasing certain documents or information does not constitute a waiver of the right to rely on section 39 in respect of other documents or information.

As to the Judge's consideration of the content of one of the claimed documents, on a section 39 objection to the production of document(s), the Court is required to make a determination of the merits of the objection based on the certificate filed, and does not have jurisdiction to examine the

Il s'agissait de deux appels, qui ont fait l'objet d'une audience commune, de deux ordonnances de la Cour fédérale qui avait conclu que les attestations présentées par le greffier du Conseil privé qui s'opposait, en se fondant sur l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à la production de certains documents (c.-à-d. une note et des recommandations au Conseil) demandés par les intimés, étaient entachées d'un défaut fatal.

Le juge était d'avis que les attestations ne contenaient aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre ni au contenu des documents pour lesquels on réclamait un privilège. Il a également examiné le contenu de l'un de ces documents, lequel avait été donné par inadvertance à l'un des intimés et déposé à la Cour, et il a conclu qu'il ne contenait pas de renseignements confidentiels.

*Arrêt*: les appels doivent être rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer, dans chacun des deux dossiers, une nouvelle attestation.

Les exigences de forme requises pour une attestation de confidentialité, identifiées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, ont été appliquées aux documents ici en cause. Bien que certaines des exigences minimales d'identification des documents n'aient peut-être pas été respectées, le privilège de non-divulgaration fondé sur l'article 39 n'est pas nécessairement perdu de manière irrémédiable à la moindre défaillance technique ou formelle de l'attestation. Le greffier du Conseil privé doit avoir la possibilité de remédier à l'insuffisance de la description des documents à l'égard desquels l'attestation de confidentialité est déposée. L'objectif des exigences d'identification suffisante des documents visés par l'attestation n'est pas de faire perdre le bénéfice du privilège, mais bien de permettre à la Cour de constater à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet, qu'ils tombent sous le coup du paragraphe 39(2) de la Loi et que le Greffier n'a pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère.

Les déclarations faites par le premier ministre et le ministre des Transports, contenues dans un communiqué de presse, et la divulgation par inadvertance de l'un des documents en cause, ne constituaient pas des renoncements au privilège de non-divulgaration. De toute façon, le fait de renoncer à la protection de l'article 39 en communiquant certains documents ou renseignements n'emporte pas une renonciation au droit d'invoquer l'article 39 relativement à d'autres documents ou renseignements.

Quant à l'examen par le juge du contenu de l'un des documents réclamés, sur une objection à la production de documents fondée sur l'article 39, la Cour est tenue de rendre une décision sur le bien-fondé de l'objection à partir de l'attestation déposée et elle n'a pas la compétence pour

document(s) at issue. As there was no waiver of disclosure of the document in question, the Judge's conclusion, based on examining the document, that it did not contain confidential information, was arrived at in the absence of jurisdiction and so was invalid.

Finally, a memorandum to Cabinet and the recommendation(s) it contains cannot be severed for confidentiality purposes.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 SCC 57; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225; [2001] B.C.J. No. 220 (QL).

##### DISTINGUISHED:

*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678; [2000] 6 W.W.R. 581; 76 B.C.L.R. (3d) 35; 142 B.C.A.C. 161; 2000 BCCA 348.

APPEALS from two orders of the Federal Court (2004 FC 1072; 2004 FC 1073; [2004] F.C.J. No. 1291 (QL)) concluding that certificates filed by the Clerk of the Privy Council pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act* objecting to the production of certain documents claimed by the respondents were fatally defective. Appeals dismissed, subject to the appellant's right to file new certificates.

#### APPEARANCES:

*Claude Joyal and Pascale C. Guay* for appellant (A-417-04; A-418-04).

examiner le ou les documents en question. Alors qu'il n'y avait pas eu renonciation à la divulgation du document en question, la conclusion du juge que le document ne contenait pas de renseignements confidentiels, fondée sur l'examen de ce document, a été rendue en l'absence de compétence et était donc sans effet.

Enfin, une note au Cabinet, et la ou les recommandations qu'elle contient, sont indissociables pour fin de confidentialité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 CSC 57; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225; [2001] B.C.J. n° 220 (QL).

##### DÉCISION DISTINCTE:

*Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678; [2000] 6 W.W.R. 581; 76 B.C.L.R. (3d) 35; 142 B.C.A.C. 161; 2000 BCCA 348.

APPELS de deux ordonnances de la Cour fédérale (2004 CF 1072; 2004 CF 1073; [2004] A.C.F. n° 1291 (QL)), laquelle a conclu que les attestations déposées par le greffier du Conseil privé, en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, pour s'opposer à la production de certains documents demandés par les intimés, étaient entachées d'un défaut fatal. Appels rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer de nouvelles attestations.

#### ONT COMPARU:

*Claude Joyal et Pascale C. Guay* pour l'appelant (A-417-04; A-418-04).

*Suzanne Côté* for respondent Jean Pelletier (A-417-04).

*Alberto Martinez* for respondent Attorney General of Canada (A-417-04).

*Louis P. Bélanger* and *Patrick Girard* for respondent Michel Vennat (A-418-04).

*Martine L. Tremblay* for respondent Attorney General of Canada (A-418-04).

*Suzanne Côté* pour l'intimé Jean Pelletier (A-417-04).

*Alberto Martinez* pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-417-04).

*Louis P. Bélanger* et *Patrick Girard* pour l'intimé Michel Vennat (A-418-04).

*Martine L. Tremblay* pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-418-04).

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (A-417-04; A-418-04).

*Stikeman, Elliott LLP*, Montréal, for respondents Jean Pelletier (A-417-04) and Michel Vennat (A-418-04).

*Deslauriers, Jeansonne*, Montréal, for respondent Attorney General of Canada (A-417-04).

*Kugler, Kandestin LLP*, Montréal, for respondent Attorney General of Canada (A-418-04).

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant (A-417-04; A-418-04).

*Stikeman, Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les intimés Jean Pelletier (A-417-04) et Michel Vennat (A-418-04).

*Deslauriers, Jeansonne*, Montréal, pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-417-04).

*Kugler, Kandestin S.E.N.C.R.L.*, Montréal, pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-418-04).

*The following is the English version of the reasons for judgment of the Court delivered by*

*Voici les motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience en français par*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: The Court has before it two appeals from two orders made by Hugessen J. of the Federal Court in cases T-611-04 and T-668-04 [*Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1072; 2004 FC 1073, involving the plaintiffs Mr. Pelletier and Mr. Vennat respectively in those cases. Aside from a few differences which we will mention in the course of these reasons, the two appeals essentially involve the same questions. Moreover, the appeals were heard jointly. Consequently, these reasons will dispose of both appeals.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Nous sommes saisis de deux appels de deux ordonnances rendues par le juge Hugessen de la Cour fédérale dans les dossiers T-611-04 et T-668-04 [*Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1072; 2004 CF 1073 impliquant respectivement, dans ces dossiers, les demandeurs M. Pelletier et M. Vennat. À quelques différences près que nous signalerons au cours des présents motifs, les deux appels mettent substantiellement en cause les mêmes questions. En outre, l'audition des appels fut commune. En conséquence, les présents motifs disposeront des deux appels.

[2] In the two orders which he made on August 4, 2004 Hugessen J. concluded that there were formal defects in the certificates submitted by the Clerk of the Privy Council (the Clerk) by which he objected to producing certain documents claimed by the plaintiffs, and relied on section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).

[2] Dans les deux ordonnances qu'il a émises le 4 août 2004, le juge Hugessen a conclu qu'étaient déficientes au plan formel les attestations fournies par le greffier du Conseil privé (greffier), en vertu desquelles il s'opposait, en se fondant sur l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi), à la production de certains documents réclamés par les demandeurs.

[3] The gist of the Judge's decision is to be found in paragraphs 5, 6 and 7 of the reasons for order which he gave in each case:

In my opinion, it is clear beyond the shadow of a doubt that the two documents described by the Clerk in his schedule in the Vennat case, above, and the first document described in his schedule in the Pelletier case, have formal and fatal defects. There is no useful description given regarding the date, author, title or content of the documents. It was not *per incuriam* that Madam Justice McLachlin specifically mentioned the requirements of the rules of court for all jurisdictions regarding claims of solicitor-client privilege. There must be an adequate description of the document for which privilege is being claimed, not only so that it is possible to decide if the request for privilege is founded, but mostly so that it is possible to identify the document if, at a subsequent stage in the proceedings, an attempt is made to introduce it into evidence or if by any accident or even by inadvertence, it is filed before the Court. In this case, in regard to the documents that I mentioned earlier, this is not done: no useful description is given.

As for the second document in the Pelletier case, a minimal amount of detail is given in that the name of the author of the recommendation is stated. I could find this minimal description sufficient, but I need not decide the issue because in this case, the document in question was filed in the Court record and is before me, I am being asked to declare that it was filed inadvertently. And that also is possible. But the fact is that right now, the document is before me and I have knowledge of its content. Its content is such that it only reproduces—practically to the letter—the description which is given in the impugned order, i.e. it is a brief recommendation that the Governor in Council relieve Mr. Pelletier of his functions.

With respect, I say that the Clerk of the Privy Council could not reasonably find that it was in the public interest to keep confidential this document which, I repeat, is reproduced in the very text of the order, which is public. He could not reasonably make such a finding; he erred in law in so doing. [Emphasis added.]

#### Parties' arguments

[4] The appellant submitted that the certificates are sufficient with respect to the documents to which they refer. He added that, contrary to what the respondents argued, there was no waiver of the privilege of non-disclosure conferred by section 39 of the Act.

[3] L'essence de la décision du juge se retrouve aux paragraphes 5, 6 et 7 des motifs de l'ordonnance qu'il a rendue dans chacun des dossiers:

À mon avis, il est clair sans l'ombre d'un doute que les deux documents décrits par le Greffier dans son annexe dans le cas Vennat ci-haut et le premier document décrit dans son annexe dans le cas Pelletier, souffrent d'un défaut formel et fatal. On n'en donne aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre ni au contenu des documents. Ce n'est pas par inadvertance que Madame le juge McLachlin a mentionné spécifiquement les exigences des règles de pratique de toutes les juridictions concernant une réclamation du privilège de l'avocat. Il faut spécifier adéquatement le document pour lequel on réclame un privilège afin de permettre non seulement de décider si la demande de privilège est bien fondée mais surtout afin de permettre d'identifier le document si à une étape subséquente des procédures on tente de l'introduire en preuve ou par un hasard quelconque ou même par inadvertance, il est produit devant la Cour. Dans le cas présent, pour les documents que j'ai mentionnés tout à l'heure, il n'en est rien, aucun détail utile n'est donné.

Pour ce qui est du deuxième document dans le cas Pelletier, un certain minimum de détail est donné en ce sens qu'on mentionne le nom de l'auteur de la recommandation. Il est possible que j'en viendrais à la conclusion que ce minimum de détail serait suffisant mais il n'est pas nécessaire que je tranche la question parce que dans le cas présent, le document en question a été produit au dossier de la Cour et est devant moi. L'on me demande de déclarer que cette production a été faite par inadvertance. Et cela aussi est possible. Mais le fait est qu'à présent, le document est devant moi et j'ai connaissance de son contenu. Son contenu est tel qu'il ne fait que reproduire pratiquement au texte la description qui en est donnée dans le décret attaqué, c'est-à-dire que c'est une recommandation en très peu de mots que la Gouverneure en conseil destitue monsieur Pelletier de ses fonctions.

Je dis, avec respect, que le Greffier du Conseil privé ne pouvait pas raisonnablement conclure qu'il était dans l'intérêt public de garder confidentiel ce document qui, je répète, est repris dans le texte même du décret qui est public. Il ne pouvait pas raisonnablement conclure ainsi, il a erré en droit en le faisant. [Nous soulignons.]

#### Les prétentions des parties

[4] L'appelant soumet que les attestations sont suffisantes en ce qui a trait aux documents auxquels elles réfèrent. Il ajoute que, contrairement à la prétention des intimés, il n'y a pas eu de renonciation au privilège de non-divulgaration octroyé par l'article 39 de la Loi. Enfin,

Finally, he maintained that the Judge was wrong to consider the content of the document inadvertently given to Mr. Pelletier and covered by the Clerk's certificate. In the particular case, this was the recommendation made to the Governor in Council to relieve Mr. Pelletier of his duties.

[5] Finally, and alternatively, relying on the purpose and objectives of section 39 of the Act, the appellant said that in his opinion if the Court came to the conclusion the certificates were insufficient, he should be allowed to correct the formal defect(s) by the filing of new certificates that would meet the legal requirements in the matter.

[6] Counsel for the respondents, for their part, to no one's surprise, objected to the appellant's claims. They endorsed the reasons of the Federal Court Judge, adding a number of arguments from which we will consider only the following, in view of the conclusion to which the Court has come on the adequacy of the certificates.

[7] As mentioned earlier, counsel for the respondents argued there was a waiver by the appellant of the privilege of non-disclosure. They based their argument on two events.

[8] First, in a press release on March 1, 2004 the Prime Minister and Minister of Transport disclosed part of the deliberations of Cabinet, thereby waiving the confidentiality of Cabinet proceedings which the privilege seeks and tends to protect.

[9] Second, in Mr. Pelletier's case, the disclosure of the recommendation made to the Governor General in Council is not the result of error or inadvertence, but was due to the appellant's negligence. In addition to this, they submitted, there was a lack of diligence in correcting the alleged error and recovering the document, which as they see it confirmed that the disclosure was deliberate.

[10] In the respondents' submission, the Judge was right to review the recommendation, which in the Pelletier case had been entered in the record by the plaintiff, who obtained possession of it and was familiar

il soutient que le juge a eu tort d'examiner le contenu du document qui avait été remis à M. Pelletier par inadvertance et qui est couvert par l'attestation du greffier. Il s'agit, en l'occurrence, de la recommandation faite à la gouverneure en conseil de destituer M. Pelletier de ses fonctions.

[5] Enfin, à titre subsidiaire, l'appelant, en se fondant sur le but et les objectifs de l'article 39 de la Loi, se dit d'avis qu'au cas où nous en viendrions à la conclusion que les attestations étaient insuffisantes, il y a lieu de lui permettre de corriger le ou les défauts de forme par la production de nouvelles attestations qui rencontreraient les exigences légales en la matière.

[6] Pour leur part, les procureurs des intimés, sans qu'il n'y ait là de grandes surprises, s'opposent aux revendications de l'appelant. Ils endossent les motifs du juge de la Cour fédérale en ajoutant un certain nombre d'arguments dont nous ne retiendrons que les suivants, compte tenu de la conclusion à laquelle nous en sommes venus sur la suffisance des attestations.

[7] Tel que précédemment mentionné, les procureurs des intimés argumentent qu'il y a eu une renonciation au privilège de non-divulgaration par l'appelant. Ils fondent leur prétention sur deux événements.

[8] Premièrement, le premier ministre et le ministre des Transports, dans un communiqué de presse du 1 mars 2004, auraient révélé une partie des délibérations du Conseil des ministres ayant, par ce fait même, renoncé à la confidentialité des délibérations du Cabinet que le privilège cherche et tend à protéger.

[9] Deuxièmement, dans le cas de M. Pelletier, la divulgation de la recommandation faite à la gouverneure générale en conseil n'est pas le fruit d'une erreur ou inadvertance, mais plutôt la résultante de la négligence de l'appelant. À cela s'est ajouté, selon eux, un manque de diligence à réparer la soi-disante erreur et à récupérer le document, ce qui confirme, à leurs yeux, que la divulgation était volontaire.

[10] Selon les intimés, le juge a eu raison de prendre connaissance de la recommandation qui, dans le dossier Pelletier, avait été déposée au dossier par le demandeur lequel en avait obtenu la possession et connaissait son

with its content. They added that he was all the more justified in doing so as no one objected to his examining the content.

[11] Finally, the respondents maintained that paragraph 39(2)(a) of the Act, set out below, does not protect the recommendation as such and that the confidentiality mentioned therein applies only to the content of the memorandum leading to the recommendation:

*Confidences of the Queen's Privy Council for Canada*

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 agenda 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

contenu. Ils ajoutent qu'il était d'autant plus justifié de le faire que personne ne s'est objectée à ce qu'il en examine le contenu.

[11] Enfin, les intimés prétendent que l'alinéa 39(2)a) de la Loi, ci-après reproduit, ne protège pas la recommandation comme telle et que la confidentialité qui y est prévue ne s'attache qu'au contenu de la note débouchant sur la recommandation:

*Renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada*

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 de 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) 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

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

Adequacy of description of documents covered by confidentiality certificate

[12] For a clearer understanding of the matter it is worth setting out in each case both the certificate as such and the schedule referred to in the certificate, as the latter provides details on the documents at issue and their confidentiality:

[TRANSLATION] I the undersigned, Alex Himelfarb, domiciled in the city of Ottawa in the province of Ontario, do certify and state the following:

1. I am the Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and the Secretary to the Cabinet;
2. I have examined and carefully inspected the two documents mentioned in the attached Schedule to determine whether they contain confidences of the Queen's Privy Council for Canada and whether disclosure of them should be refused pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).
3. I certify to this Honourable Court that, within the meaning of subsection 39(1) of the Act, the documents mentioned in the said Schedule are confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons stated in the attached schedule, and I object to disclosure of these documents and of the information which they contain.
4. I further certify to this Honourable Court that paragraph (a) of subsection 39(4) of the Act does not apply to these documents, since they did not exist twenty years ago, and that paragraph (b) of the same subsection of the said Act does not apply to these documents because they are not discussion papers covered by paragraph 2(b).
5. If it were sought to obtain oral testimony on the confidences contained in the documents, the disclosure of which I object to in this certificate, I would object to such testimony on the same grounds as those for which I object to the disclosure of the information in question herein.

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.

La suffisance de la description des documents visés par l'attestation de confidentialité

[12] Pour une meilleure compréhension du litige, il n'est pas inutile, dans chacun des deux dossiers, de reproduire et l'attestation comme telle, et l'annexe à laquelle l'attestation renvoie, cette dernière fournissant les détails quant aux documents en litige et à leur caractère confidentiel:

Je, soussigné, Alex Himelfarb, domicilié dans la ville d'Ottawa, dans la province d'Ontario, atteste et déclare ce qui suit:

1. Je suis le Greffier du Conseil privé de la Reine pour le Canada et le Secrétaire du Cabinet.
2. J'ai examiné et soigneusement inspecté les deux (2) documents dont il est fait mention à l'annexe ci-jointe afin de déterminer s'ils contiennent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et s'il y a lieu d'en refuser la divulgation en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi).
3. Je certifie à cette honorable Cour qu'au sens du paragraphe 39(1) de la Loi, les documents mentionnés dans ladite annexe sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les raisons décrites dans l'annexe ci-jointe et je m'oppose à la divulgation de ces documents et des renseignements qu'ils contiennent.
4. Je certifie en outre à cette honorable Cour que l'alinéa a) du paragraphe 39(4) de la Loi ne s'applique pas à ces documents puisqu'ils n'existaient pas il y a vingt ans, et que l'alinéa b) du même paragraphe de ladite Loi ne s'applique pas à ces documents parce qu'il ne s'agit pas de documents de travail visés à l'alinéa (2)b).
5. Si l'on cherchait à obtenir un témoignage oral sur les renseignements confidentiels contenus dans les documents dont je m'objecte à la divulgation par le biais de la présente attestation, je m'opposerais à ce témoignage pour les mêmes motifs que je [m]'oppose par la présente à la divulgation de ces renseignements en question.



**SCHEDULE TO CERTIFICATE BY  
ALEX HIMELFARB  
DATED THE 10<sup>TH</sup> DAY OF JUNE 2004 in  
*Michel Vennat v. The Attorney General of Canada***

**1. Submission to Governor in Council (content indicates February 2004)**

Document No. 1 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

Document No. 1 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording its deliberations within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**2. Submission to Governor in Council (content indicates March 2004)**

Document No. 2 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to the Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the said Act.

Document No. 2 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording its deliberations or decisions within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**SCHEDULE TO CERTIFICATE BY  
ALEX HIMELFARB  
DATED THE 26<sup>TH</sup> DAY OF MAY 2004 in  
*Jean Pelletier v. Attorney General of Canada***

**1. Submission to Governor General in Council (content indicates March 2004)**

Document No. 1 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

Document No. 1 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording deliberations or decisions of Council within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**2. Ministerial recommendation to Governor in Council, signed by Tony Valeri, Minister of Transport (content indicates March 2004)**

Document No. 2 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within

**ANNEXE À L'ATTESTATION D'ALEX HIMELFARB  
DATÉE DU 10 JOUR DU MOIS DE JUIN 2004  
dans le dossier**

*Michel Vennat c. Le Procureur général du Canada*

**1. Présentation à la Gouverneure en conseil (le contenu indique février 2004)**

Le document #1 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

Le document #1 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour du Conseil ou d'un procès-verbal de ses délibérations au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**2. Présentation à la Gouverneure en conseil (le contenu indique mars 2004)**

Le document #2 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de ladite Loi.

Le document #2 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour du Conseil ou d'un procès-verbal de ses délibérations ou décisions au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**ANNEXE À L'ATTESTATION D'ALEX HIMELFARB  
DATÉE DU 26 JOUR DU MOIS DE MAI 2004  
dans le dossier**

*Jean Pelletier c. Procureur général du Canada*

**1. Présentation à la Gouverneure générale en conseil (le contenu indique mars 2004)**

Le document #1 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

Le document #1 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour au Conseil ou d'un procès-verbal des délibérations ou décisions au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**2. Recommandation ministérielle à la Gouverneure en conseil, signée par Tony Valeri, ministre des Transports (le contenu indique mars 2004)**

Le document #2 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de

the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

[13] The Court is not necessarily persuaded that the certificates and accompanying schedules are, to use the Judge's phrase, subject to "formal and fatal defects." For example, to take the certificate and schedule in Mr. Pelletier's case, it can be seen that, first, the certificate itself excludes the application of paragraph 39(4)(b), by specifying that it is not a discussion paper covered by paragraph (2)(b).

[14] Further, as regards the first document, the certificate and schedule describe that document and indicate that it is a document within the meaning of paragraph 2(b), namely a memorandum (in French "*une note*") submitted to the Governor General in Council to present proposals or recommendations to Council, that the memorandum is dated March 2004 and that it is intended for the Council.

[15] Relying on the Supreme Court of Canada judgment in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, the respondents objected that the particulars contained in the schedule and relating to this first document did not disclose the title of the document and its origin or author. On the latter aspect, we note that the respondents themselves suggested, which in the circumstances does not seem to the Court to be an unreasonable conclusion, that the recommendation originated with the Minister of Transport, responsible for VIA Rail Canada Inc., of whose board of directors Mr. Pelletier was chairperson. Clearly it cannot be said they were completely in the dark as to the author or origin of the recommendation and suffered prejudice thereby.

[16] In any case, in *Babcock*, at paragraph 28, the Supreme Court identified the formal requirements for a certificate of confidentiality:

What formal certification requirements flow from this? The second, discretionary element may be taken as satisfied by the act of certification. However, the first element of the Clerk's decision requires that her certificate bring the information within the ambit of the Act. This means that the Clerk or minister must provide a description of the information sufficient to establish on its face that the information is a Cabinet confidence and that it falls within the categories of s.

l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

[13] Nous ne sommes pas nécessairement convaincus que les attestations et les annexes qui les accompagnent sont affectées, pour utiliser l'expression du juge, «d'un défaut formel et fatal». Par exemple, en prenant l'attestation et l'annexe dans le cas de M. Pelletier, on peut voir que, dans un premier temps, l'attestation elle-même écarte l'application de l'alinéa 39(4)b) en spécifiant qu'il ne s'agit pas d'un document de travail visé à l'alinéa (2)b).

[14] En outre, l'attestation et l'annexe, en ce qui a trait au premier document, décrivent ce document et indiquent qu'il s'agit d'un document au sens de l'alinéa (2)b), soit une note (en anglais, «*a memorandum*») présentée à la gouverneure générale en conseil destiné à soumettre des propositions ou des recommandations au Conseil, que la note est datée de mars 2004 et qu'elle est destinée au Conseil.

[15] Les intimés, en se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, se plaignent que les détails contenus à l'annexe et relatifs à ce premier document ne révèlent pas le titre du document et son origine ou son auteur. Sur ce dernier aspect, nous notons que les intimés eux-mêmes suggéraient, ce qui ne nous apparaît pas dans les circonstances une inférence déraisonnable, que la recommandation émanait de la ministre des Transports, responsable de la compagnie VIA Rail Canada Inc., dont M. Pelletier était le président du Conseil d'administration. On ne saurait dire qu'ils sont dans l'obscurité totale quant à l'auteur ou à l'origine de la recommandation et qu'ils en souffrent un préjudice.

[16] Quoiqu'il en soit, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Babcock*, au paragraphe 28, identifié les exigences de forme requises pour une attestation de confidentialité:

Quelles sont les exigences de forme de l'attestation qui en découlent? On peut considérer que le deuxième aspect, l'élément discrétionnaire, est établi par l'acte d'attestation. Toutefois, le premier élément de la décision du greffier commande que son attestation établisse que les renseignements sont visés par la Loi. Cela signifie que le greffier ou le ministre ont l'obligation de donner des renseignements une description suffisante pour établir à la face même de l'attestation qu'il

39(2) or an analogous category; the possibility of analogous categories flows from the general language of the introductory portion of s. 39(2). This follows from the principle that the Clerk or minister must exercise her statutory power properly in accordance with the statute. The kind of description required for claims of solicitor-client privilege under the civil rules of court will generally suffice. The date, title, author and recipient of the document containing the information should normally be disclosed. If confidentiality concerns prevent disclosure of any of these preliminary indicia of identification, then the onus falls on the government to establish this, should a challenge ensue. On the other hand, if the documents containing the information are properly identified, a person seeking production and the court must accept the Clerk's determination. The only argument that can be made is that, on the description, they do not fall within s. 39, or that the Clerk has otherwise exceeded the powers conferred upon her. [Emphasis added.]

[17] We are prepared to apply the same identification requirements to the documents at issue here, namely:

- (a) the date—if of course the document has one—consisting not only of the month and year but also the day, if specified;
- (b) the title, if the document is given one, as it certainly cannot be said that Cabinet memoranda necessarily have specific titles;
- (c) the author of the Cabinet memorandum, the Council agenda or the record of its deliberations, though it is permissible to infer this from the document itself, its nature and provenance; and
- (d) the recipient of these documents, which presents no problem in the case at bar.

Probably, Council agenda and records of the Council's deliberations were dated and attributed to an author or department. Similarly, memoranda to the Council containing recommendations had to have an author. On the other hand, there is nothing in the record to indicate that they had a title and that the dates on which they were prepared were indicated.

s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet et qu'ils appartiennent aux catégories prévues au par. 39(2) ou à une catégorie analogue; la possibilité de catégories analogues découle des termes généraux utilisés dans la disposition introductive du par. 39(2). Ce premier élément résulte du principe qui oblige le greffier ou le ministre à exercer leur pouvoir légal d'une façon régulière en conformité avec la loi. Il suffira généralement à cet égard de fournir une description semblable à celle que les règles de pratique imposent en matière civile dans les demandes visant à protéger le secret professionnel de l'avocat. La date, le titre, l'auteur et le destinataire du document dans lequel se trouvent les renseignements devraient normalement être divulgués. Si des préoccupations touchant à la confidentialité empêchent la divulgation de l'un quelconque de ces indices préliminaires d'identification, ce sera au gouvernement d'en faire la preuve en cas de contestation. Par contre, si les documents dans lesquels se trouvent les renseignements sont correctement identifiés, la personne qui en demande la production et le tribunal doivent accepter la décision du greffier. Une seule argumentation est possible: les documents, au vu de leur description, ne sont pas visés par l'art. 39 ou le greffier a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés. [Nous soulignons.]

[17] Nous sommes disposés à appliquer les mêmes exigences d'identification aux documents ici en cause, c'est-à-dire:

- a) la date si, bien entendu, le document en porte une, consistant non seulement en le mois et l'année, mais aussi le jour s'il est précisé;
- b) le titre, si le document s'en est vu attribuer un, car on ne saurait dire que les mémoires au Cabinet ont nécessairement des titres spécifiques;
- c) l'auteur du mémoire au Cabinet, de l'ordre du jour du Conseil ou des procès verbaux de ses délibérations, encore qu'il n'est pas interdit de l'inférer du document lui-même, de sa nature et de sa provenance; et
- d) le destinataire de ces documents, ce qui ne pose pas de problème en l'espèce.

Vraisemblablement, les ordres du jour du Conseil et les procès-verbaux de ses délibérations portaient des dates et sont imputables à un auteur ou à un service. De même, les notes au Conseil portant recommandation devaient avoir un auteur. Par contre, rien au dossier n'indique qu'elles avaient un titre et que le jour de leurs confections était indiqué.

[18] In short, some of the minimal requirements for identification of the documents may not have been complied with. However, having said that, it does not necessarily follow that the defect cannot be corrected and that the privilege of non-disclosure is lost. We need only consider the functions and purposes of section 39 of the Act to see that this is not so: the section is to ensure confidentiality for discussions held in Cabinet, enable members to discuss aspects of the problems they are considering freely and take the controversial government decisions required by their duties, to avoid documents they read and statements they made becoming the object of public scrutiny and to avoid their being the subject of unfounded or specious public or political criticism (see paragraphs 17 and 18 of *Babcock*).

[19] To conclude, as the respondents suggest, that the privilege under section 39 of the Act is irretrievably lost by the slightest technical or formal deficiency in the certificate, is to give form priority over substance, at the expense of the very purposes of the privilege. We do not believe that this was the legislative intent or the effect sought by the Supreme Court of Canada in *Babcock* when it indicated the identification requirements.

[20] In *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225, Tysoe J. of the British Columbia Supreme Court considered that the solution in such cases was to allow a new, more specific and explicit certificate to be filed within a given time. Southin J.A., dissenting in *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678 (B.C.C.A.), at page 705, when it was heard by the British Columbia Court of Appeal, also came to the same conclusion.

[21] We consider that this remedial approach is more consistent with the purposes of section 39, more likely to attain those purposes and so more in keeping with the legislative intent, as the idea of requiring sufficient identification of the documents covered by the certificate is not to cause the benefit of the privilege to be lost but to enable the Court to see on the face of the certificate that these are Cabinet confidences, that they fall under subsection 39(2) of the Act and that the Clerk did not

[18] En somme, certaines des exigences minimales d'identification des documents n'ont peut-être pas été respectées. Mais cela dit, il ne s'ensuit pas nécessairement que le défaut est irrémédiable et que le privilège de non-divulgaration est perdu. Il suffit de voir les rôles et les buts de l'article 39 de la Loi pour être convaincu du contraire: assurer la confidentialité des discussions qui se tiennent au Cabinet, permettre aux membres de discuter librement les aspects des problèmes dont ils sont saisis et de prendre des décisions gouvernementales controversées comme l'exigent leurs fonctions, éviter que les documents qu'ils ont lus et les propos qu'ils ont tenus ne fassent l'objet d'un examen public, éviter qu'ils soient l'objet de critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses (voir les paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Babcock*).

[19] Conclure, comme les intimés le prétendent, à la perte irrémédiable du privilège de l'article 39 de la Loi à la moindre défaillance technique ou formelle de l'attestation, c'est faire primer la forme sur le fond, au détriment des objectifs mêmes du privilège. Nous ne croyons pas que ce soit là l'intention législative ou l'effet recherché par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Babcock* en précisant les exigences d'identification.

[20] Dans l'affaire *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225, le juge Tysoe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique était d'avis que la solution en pareil cas était de permettre qu'une nouvelle attestation, plus spécifique et explicite, soit déposée dans un délai imparti. La juge Southin, dissidente dans l'affaire *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678 (B.C.C.A.), à la page 705, lorsqu'en-tendue en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avait aussi conclu dans le même sens.

[21] Nous estimons cette approche remédiatrice plus respectueuse des objectifs de l'article 39, plus propice à leur atteinte et, partant, plus conforme à l'intention législative. Car l'objectif des exigences d'identification suffisante des documents visés par l'attestation n'est pas de faire perdre le bénéfice du privilège, mais bien de permettre à la Cour de constater à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet, qu'ils tombent sous le coup du paragraphe

exceed the powers conferred on him by the Act. In the Court's view, the holder of this public interest privilege should have the right to correct the inadequacy of the description of documents for which the certificate of confidentiality is filed.

#### Waiver of privilege by appellant

[22] The respondents regard the following two statements, one by the Prime Minister and the other by the Minister of Transport, contained in a press release, as a waiver of the section 39 privilege over all information claimed in this matter:

“The comments made last week by Mr. Pelletier regarding Myriam Bédard were totally unacceptable,” said Prime Minister Paul Martin. “I asked people who had knowledge about possible wrongdoings to come forward. And when they do, I expect them to be treated fairly. This was clearly not the case. My government came to office with a commitment to change the way things work. The actions we are taking today reflect that commitment.”

Transport Minister Valeri said: “Last week I stated that the government would review the comments of the VIA Chairman and would take appropriate action. It is completely inappropriate for the chairman of a Crown corporation to make comments of this nature about someone identifying wrongdoing in the workplace.”

[23] This argument by the respondents is without merit. It amounts to saying that because a member of Cabinet may have deliberately, negligently or accidentally disclosed certain confidences discussed in Cabinet, all the other members of Cabinet lose the benefit of the privilege not only in respect of that confidence, but also all other information relating to it, when the Clerk files a confidentiality certificate pursuant to section 39. That is to deprive section 39 of all meaning.

[24] Even admitting that the press release mentioned above could constitute a waiver of the confidentiality of the information contained in these comments, which is far from clear since there is no indication the comments

39(2) de la Loi et que le greffier n'a pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère. À notre avis, le détenteur de ce privilège d'intérêt public doit avoir la possibilité de remédier à l'insuffisance de la description des documents à l'égard desquels l'attestation de confidentialité est déposée.

#### La renonciation au privilège par l'appellant

[22] Les intimés voient dans les deux déclarations suivantes, l'une du premier ministre et l'autre du ministre des Transports, contenues dans un communiqué de presse, une renonciation au privilège de l'article 39 à l'égard de tous les renseignements réclamés relativement à cette affaire:

«Les propos tenus la semaine dernière par M. Pelletier à l'égard de Mme Myriam Bédard étaient tout à fait inacceptables», a déclaré le premier ministre Paul Martin. «J'ai demandé aux personnes qui ont connaissance de possibles actes répréhensibles de se manifester. Et je m'attends à ce qu'elles soient traitées de manière appropriée lorsqu'elles le font. Ce qui, en l'occurrence, n'a pas été le cas. Mon gouvernement est arrivé au pouvoir avec l'engagement de changer la façon de faire les choses. La décision que nous prenons aujourd'hui entend refléter cet engagement.»

Le ministre des Transports Tony Valeri a déclaré: «La semaine dernière, j'avais dit que le gouvernement examinerait les commentaires du président de VIA Rail, puis prendrait les mesures qui s'imposent. Il est tout à fait inapproprié pour le président d'une société d'État de tenir des propos de la sorte à l'égard de quelqu'un qui a mis en lumière des actes répréhensibles en milieu de travail.»

[23] Cette prétention des intimés est sans mérite. Elle revient à dire que, parce qu'un membre du Cabinet peut avoir délibérément, négligemment ou accidentellement révélé certains renseignements confidentiels discutés au Cabinet, tous les autres membres du Cabinet perdent le bénéfice du privilège à l'égard non seulement de ces renseignements, mais aussi de tous les autres renseignements s'y rapportant, alors que le greffier dépose une attestation de confidentialité en vertu de l'article 39. C'est vider l'article 39 de tous sens.

[24] Même en admettant que le communiqué de presse ci-auparavant mentionné pourrait constituer une renonciation à la confidentialité des renseignements que ces propos véhiculent, ce qui est loin d'être évident

were made at the Cabinet meeting, waiving the protection of section 39 of the Act by releasing certain documents or information does not, as the Supreme Court noted in *Babcock*, constitute a waiver of the right to rely on section 39 in respect of other documents or information. At paragraph 35, McLachlin C.J. wrote:

Section 39 protects “information” from disclosure. It may be that some information on a particular matter has been disclosed, while other information on the matter has not been disclosed. The language of s. 39(1) does not permit one to say that disclosure of some information removes s. 39 protection from other non-disclosed information.

[25] In Mr. Pelletier’s case, as regards disclosure of the recommendation made to the Governor in Council itself, the Court is satisfied that this was done inadvertently and clearly cannot be a waiver of the privilege of non-disclosure. Ms. Nixon, executive assistant to the Deputy Minister of Transport Canada, explained in her affidavit and in her testimony that, in her haste to try and inform Mr. Pelletier of the Council’s decision regarding him, she failed to instruct her staff to send the recipient only the Order in Council itself: see Appeal Book in A-417-04, at pages 56, 57 and 117 to 121.

[26] The Court is also satisfied that the appellant did not delay unduly in taking the necessary action to correct the error and ensure confidentiality for the document in question, once the error had been discovered.

Whether Judge right to examine content of document itself to decide on its confidentiality

[27] It will be recalled that the Judge said that in his opinion the description of document No. 2 might be sufficient to meet the requirements of section 39 of the Act, but reading the document persuaded him it was not necessary to keep the document confidential.

[28] The document was filed with the Judge by the plaintiff, Mr. Pelletier. His counsel argued that, since the

puisque rien n’indique qu’il s’agit de propos tenus à la réunion du Conseil, le fait de renoncer à la protection de l’article 39 de la Loi en communiquant certains documents ou renseignements n’emporte pas, comme le dit la Cour suprême dans l’arrêt *Babcock*, une renonciation au droit d’invoquer l’article 39 relativement à d’autres documents ou renseignements. Au paragraphe 35, la juge en chef McLachlin écrit:

L’article 39 protège les «renseignements» en empêchant leur divulgation. Il se peut que certains renseignements touchant un sujet particulier aient été divulgués, alors que d’autres touchant le même sujet ne l’ont pas été. Le libellé du par. 39(1) ne permet pas d’affirmer que la divulgation de certains renseignements empêche d’autres renseignements non divulgués de bénéficier de la protection de l’art. 39.

[25] En ce qui a trait, dans le dossier de M. Pelletier, à la divulgation de la recommandation elle-même faite à la gouverneure générale en conseil, nous sommes satisfaits que celle-ci fut faite par inadvertance et qu’elle ne saurait constituer une renonciation au privilège de non-divulgation. M<sup>me</sup> Nixon, adjointe exécutive au sous-ministre de Transport Canada, a expliqué dans son affidavit et dans son témoignage que, dans son empressement à vouloir informer M. Pelletier de la décision du Conseil le concernant, elle a omis de donner instruction à son personnel de ne remettre au destinataire que l’arrêté en conseil lui-même: voir le dossier d’appel dans A-417-04, aux pages 56, 57 et 117 à 121.

[26] Nous sommes également satisfaits que l’appelant n’a pas indûment tardé à prendre les mesures nécessaires pour corriger l’erreur et assurer la confidentialité du document en litige, une fois l’erreur découverte.

Le juge a-t-il eu raison de prendre connaissance du contenu du document lui-même pour décider de son caractère confidentiel?

[27] On se rappellera que le juge s’est dit d’avis que la description du document n° 2 serait possiblement suffisante pour satisfaire les exigences de l’article 39 de la Loi, mais que la lecture du document l’avait convaincu qu’il n’était pas nécessaire de garder le document confidentiel.

[28] Le document fut déposé devant le juge par le demandeur, M. Pelletier. Son avocate soutient que,

document was filed in the proceedings, it would be unfair and prejudicial to the administration of justice not to allow the Judge to examine its content. She cited the following passage from this Court's judgment in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), which is found at page 311:

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. [Emphasis added.]

[29] With respect, we do not believe that this decision is of any great assistance in the case at bar, since we are not dealing here with a document which was lawfully disclosed in a legal proceeding, but rather with a document disclosed by mistake outside a legal proceeding, although it ended up in a legal proceeding to determine whether it was confidential.

[30] The Judge had before him an objection to the filing of this document pursuant to section 39 of the Act. The definition of his function and powers is found in subsection 39(1): he must decide on the merits of the objection to filing based on the certificate filed, and if the parameters of section 39 have been observed, he is required to refuse disclosure of the document without examining it. It is not the function of the Judge to examine the document in question and weigh the opposing interests, that is, to determine whether the public interest in disclosure of the document outweighs its protection. The exercise of weighing interests is for the Clerk, not the Court. At paragraph 17 of *Babcock*, McLachlin C.J. wrote:

Sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act* deal with objections to the disclosure of protected information held by the federal government. Section 37 relates to all claims for Crown privilege, except Cabinet confidences, or confidences

puisque le document avait été déposé dans les procédures, il serait inéquitable et préjudiciable à l'administration de la justice de ne pas permettre au juge de prendre connaissance de son contenu. Elle cite l'extrait suivant, tiré de la décision de cette Cour dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), que l'on retrouve à la page 311:

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. [Nous soulignons.]

[29] Avec respect, nous ne croyons pas que cette décision soit d'un grand secours en l'espèce puisque nous ne sommes pas en présence d'un document légalement divulgué dans une procédure judiciaire, mais plutôt en présence d'un document divulgué par erreur, en dehors du contexte d'une procédure judiciaire, même s'il a fini par aboutir dans une procédure judiciaire visant à en déterminer le caractère confidentiel ou non.

[30] Le juge était saisi d'une objection à la production de ce document fondée sur l'article 39 de la Loi. La définition de son rôle et de ses pouvoirs se retrouve au paragraphe 39(1): il doit juger du bien-fondé de l'objection à la production à partir de l'attestation déposée et, si les paramètres de l'article 39 sont respectés, il est tenu de refuser la divulgation du document sans l'examiner. Il n'appartient pas au juge d'examiner le document en question et d'effectuer une pondération des intérêts qui s'opposent, c.-à-d. de déterminer si l'intérêt public commande davantage la divulgation du document que sa protection. L'exercice de pondération des intérêts relève du greffier et non de la Cour. Au paragraphe 17 de l'arrêt *Babcock*, la juge en chef McLachlin écrit:

Les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* régissent les oppositions à la divulgation de renseignements protégés détenus par le gouvernement fédéral. L'article 37 vise tous les cas où la Couronne fait valoir son immunité, sauf en

of the Queen's Privy Council; s. 38 pertains to objections related to international relations or national defence; and s. 39 deals with Cabinet confidences. Under ss. 37 and 38, a judge balances the competing public interests in protection and disclosure of information. Under s. 39, by contrast, the Clerk or minister balances the competing interests. [Emphasis added.]

[31] Further, we repeat, the Judge's determination of the merits of the objection based on section 39 of the Act must be made in reliance on the certificate, and the Judge does not have jurisdiction to examine the document. Thus, the fact that the parties did not object to his examining the document does not have the effect of giving him jurisdiction which the Act not only does not give him, but expressly denies him. In this connection, it is worth recalling the comments of McLachlin C.J. at paragraphs 17 and 40 of *Babcock*:

If the Clerk or minister validly certifies information as confidential, a judge or tribunal must refuse any application for disclosure, without examining the information.

...

The court, person or body reviewing the issuance of a s. 39 certificate works under the difficulty of not being able to examine the challenged information. A challenge on the basis that the information is not a Cabinet confidence within s. 39 thus will be generally confined to reviewing the sufficiency of the list and evidence of disclosure. A challenge based on wrongful exercise of power is similarly confined to information on the face of the certificate and such external evidence as the challenger may be able to provide. Doubtless these limitations may have the practical effect of making it difficult to set aside a s. 39 certificate. [Emphasis added.]

[32] In the circumstances, as there was no waiver of disclosure of the document in question, namely the recommendation to the Governor General in Council, the Judge could not examine the document. His conclusion, based on examining the document, that there was nothing

ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada; l'art. 38 traite des oppositions relatives aux relations internationales ou à la défense nationale; enfin, l'art. 39 s'applique aux renseignements confidentiels du Cabinet. Sous le régime des art. 37 et 38, un juge détermine si l'intérêt public commande davantage la divulgation des renseignements ou, au contraire, leur protection. Par contre, pour l'application de l'art. 39, c'est le greffier ou le ministre qui soupèsent les intérêts opposés. [Nous soulignons.]

[31] En outre, et nous le répétons, la détermination, par le juge, du mérite de l'objection fondée sur l'article 39 de la Loi doit se faire sur la foi de l'attestation et le juge ne possède pas la compétence pour examiner le document. Ainsi, le fait que les parties ne se soient pas objectées à ce qu'il examine le document n'a pas pour effet de lui conférer une compétence que non seulement la Loi ne lui attribue pas, mais une compétence qu'elle lui dénie expressément. À cet égard, il convient de rappeler les propos de la juge en chef McLachlin que l'on retrouve aux paragraphes 17 et 40 de la décision *Babcock*:

Si le greffier ou le ministre attestent valablement que des renseignements sont confidentiels, le juge ou le tribunal est tenu de rejeter la demande de divulgation des renseignements, sans les examiner.

[...]

Le tribunal, l'organisme ou la personne qui contrôle la délivrance de l'attestation prévue à l'art. 39 doit composer avec l'inconvénient de ne pas pouvoir examiner les renseignements contestés. Une contestation fondée sur l'argument que les renseignements ne sont pas des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'art. 39 se limitera donc généralement au contrôle du degré de précision de la liste et de la preuve de divulgation. Une contestation fondée sur l'exercice abusif du pouvoir de délivrer une attestation se limitera de la même manière aux renseignements qui figurent sur l'attestation et à toute preuve externe que la partie qui la conteste sera en mesure d'apporter. Il ne fait aucun doute que ces restrictions peuvent, dans les faits, rendre difficile l'annulation de l'attestation délivrée en application de l'art. 39. [Nous soulignons.]

[32] Dans les circonstances, alors qu'il n'y avait pas eu renonciation à la divulgation du document en question, soit la recommandation à la gouverneure générale en conseil, le juge ne pouvait examiner le document. Sa conclusion que le document n'avait rien de



confidential in the said document was arrived at in the absence of jurisdiction and so is invalid.

Whether paragraph 39(2)(a) protects the recommendation itself

[33] The argument of the respondent Mr. Pelletier on this point is based on a specious but incorrect reading of paragraph 39(2)(a) of the Act. The memorandum and the recommendation(s) it contains cannot be severed for confidentiality purposes. It is also not inconceivable that the recommendation finally adopted could refer to information contained in the confidential memorandum, which explains the recommendation itself or the choice of this recommendation, rather than some other among those proposed.

Conclusion

[34] For these reasons, the appeals will be dismissed with costs, subject to the appellant's right to file a new certificate in each of the two cases pursuant to section 39 of the Act within 15 days of these reasons, which provides a description of the documents consistent with the requirements of *Babcock*, as discussed in paragraph 17 of these reasons.

[35] If the appellant fails to do this within the time specified, the documents at issue shall be delivered to the respondents.

confidentiel, fondée sur l'examen dudit document, a été rendue en l'absence de compétence et est donc sans effet.

L'alinéa 39(2)a) de la Loi protège-t-il la recommandation elle-même?

[33] L'argument de l'intimé, M. Pelletier, sur ce point repose sur une lecture spé cieuse, mais incorrecte, de l'alinéa 39(2)a) de la Loi. La note, et la ou les recommandations qu'elle contient, sont indissociables pour fin de confidentialité. Il n'est pas impensable non plus que la recommandation qui est retenue en définitive puisse faire référence à des renseignements contenus dans la note confidentielle, lesquels expliquent la recommandation elle-même ou le choix de cette recommandation plutôt qu'une autre parmi celles proposées.

Conclusion

[34] Pour ces motifs, les appels seront rejetés avec dépens, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer, dans les 15 jours des présents motifs, dans chacun des deux dossiers, une nouvelle attestation en vertu de l'article 39 de la Loi, qui fournit, des documents, une description conforme aux exigences de l'arrêt *Babcock*, telles qu'énoncées au paragraphe 17 des présents motifs.

[35] À défaut par l'appelant de ce faire dans le délai imparti, les documents en litige devront être remis aux intimés.