

T-1591-04
2005 FC 1397

T-1591-04
2005 CF 1397

Dominion Investments (Nassau) Ltd. and Martin Tremblay (President of Dominion Investments (Nassau) Ltd.) (Plaintiffs)

Dominion Investments (Nassau) Ltd. et Martin Tremblay (Président de Dominion Investments (Nassau) Ltd.) (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada (Defendant)

Sa Majesté la Reine, chef du Canada (défenderesse)

INDEXED AS: DOMINION INVESTMENTS (NASSAU) LTD. v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : DOMINION INVESTMENTS (NASSAU) LTD. c. CANADA (C.F.)

Federal Court, Gauthier J.—Montréal, May 19; Ottawa, October 13, 2005.

Cour fédérale, juge Gauthier—Montréal, 19 mai; Ottawa, 13 octobre 2005.

Practice — Stay of Proceedings — Appeal from Prothonotary's decision staying plaintiffs' action against defendant pending completion of police investigation — Defendant invoking Canada Evidence Act, s. 37 (objection to disclosure on ground of public interest) to prevent disclosure of affidavit filed in support of motion to stay — Prothonotary wrong to examine serious issue advanced by defendant (whether defendant able to make full answer, defence without disclosing information referred to in affidavit) as that issue calling for analysis of possible application of Canada Evidence Act, s. 37 to action, not stay motion — Defendant not establishing irreparable harm if action not stayed — Insufficient evidence for Court to balance diverse interests at play — Appeal allowed.

Pratique — Suspension d'instance — Appel de la décision d'un protonotaire de suspendre l'action des demandeurs contre la défenderesse jusqu'à la conclusion d'une enquête policière — La défenderesse a invoqué l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada (opposition à la divulgation pour des raisons d'intérêt public) pour empêcher la divulgation d'un affidavit déposé à l'appui de la requête en suspension — Le protonotaire s'est trompé lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée par la défenderesse (à savoir si la défenderesse était en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont faisait état l'affidavit), puisqu'elle impliquait une analyse de l'application possible de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada mais au niveau de l'action, et non pas de la requête en suspension — La défenderesse n'a pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'action n'était pas suspendue — Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à la Cour de balancer les divers intérêts en jeu — Appel accueilli.

Evidence — Defendant's motion record for stay of plaintiffs' action including Canada Evidence Act, s. 37 certificate stating disclosure of information in affidavit filed in support of motion would encroach on public interest — Such use of Canada Evidence Act, s. 37 proactive rather than reactive — Not Parliament's intention s. 37 be used in proactive way to prevent disclosure of evidence voluntarily produced — S. 37 allowing objection in reactive context only — Non-disclosure order re: affidavit not available in case at bar — In any event, Prothonotary not having regard to correct public interest principles supporting disclosure, confusing factors relevant to stay with principles relevant to s. 37 order.

Preuve — Le dossier de requête de la défenderesse visant à obtenir la suspension de l'action des demandeurs comprenait un certificat en vertu de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada qui mentionnait que la divulgation de l'information contenue dans l'affidavit déposé à l'appui de la requête causerait un préjudice à l'intérêt public — Une telle utilisation de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada est proactive plutôt que réactive — Il n'était pas de l'intention du législateur que l'art. 37 soit utilisé d'une manière proactive pour empêcher la divulgation d'une preuve produite volontairement — L'art. 37 ne permet une opposition que dans un contexte réactif seulement — Une ordonnance de non-divulgation quant à l'affidavit n'était pas disponible en l'espèce — Quoiqu'il en soit, le protonotaire n'avait pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en

Construction of Statutes — Canada Evidence Act, s. 37 — If Parliament intended s. 37 be used to prevent disclosure of evidence voluntarily produced, would have referred to power to compel disclosure rather than production — Purposive interpretation of s. 37 most consistent with fundamental principles of our law allowing objections to be made in reactive context only, i.e. in course of objection to production before court, person or body with jurisdiction to compel production.

This was an appeal from a Prothonotary's decision granting the defendant's motion to stay the plaintiffs' action for an injunction against the RCMP and damages against the Crown pending the completion of a police investigation. In its motion record, the defendant included a certificate under section 37 of the *Canada Evidence Act* stating, *inter alia*, that disclosure of the information in all of the redacted paragraphs of the affidavit filed in support of the motion, would seriously encroach on a public interest, i.e. the functioning of the RCMP and of Canadian police services, as well as on the conduct of ongoing criminal investigations. Section 37 specifies that a Minister of the Crown or other official may object to the disclosure of information before a court or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

At issue in this appeal was whether the defendant could use the procedure in section 37 of the Evidence Act to prevent the disclosure of the affidavit, if so, whether a stay of proceedings was the appropriate remedy, and if so, whether the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* was applicable.

Held, the appeal should be allowed.

The defendant sought to use section 37 of the Evidence Act in a proactive context (i.e. to prevent disclosure of information prepared and filed by it of its own accord to obtain a procedural advantage) rather than in a reactive context (i.e. in the course of an objection to production of that information before a court, person or body with jurisdiction to compel the

faveur de la divulgation et il avait confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en suspension et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'art. 37.

Interprétation des lois — Art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada — Si le législateur avait l'intention de permettre que soit utilisé l'art. 37 pour empêcher la divulgation d'une preuve produite volontairement, il aurait référé au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production — L'interprétation téléologique de l'art. 37 respecte le plus les principes fondamentaux de notre droit en permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, à savoir dans le cadre d'une opposition à la production des renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production.

Il s'agissait d'un appel de la décision d'un protonotaire qui avait accueilli la requête de la défenderesse en suspension de l'action des demandeurs visant à obtenir une injonction contre la GRC et des dommages-intérêts contre la Couronne jusqu'à la conclusion d'une enquête policière. Dans son dossier de requête, la défenderesse avait inclus un certificat en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui mentionnait, entre autres, que la divulgation de l'information contenue dans tous les paragraphes caviardés de l'affidavit déposé à l'appui de la requête causerait un préjudice sérieux à l'intérêt public, à savoir au fonctionnement de la GRC et des corps de police du Canada, de même qu'à la conduite d'enquêtes criminelles en cours. L'article 37 précise qu'un ministre fédéral ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal ou un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

Les questions en litige dans le présent appel étaient de savoir si la défenderesse pouvait utiliser le mécanisme prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve pour empêcher la divulgation de l'affidavit et si, le cas échéant, la suspension d'instance était le remède approprié. Dans l'affirmative, il s'agissait de savoir si les trois critères développés dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* étaient applicables.

Jugement : l'appel doit être accueilli.

La défenderesse cherchait à utiliser l'article 37 de la Loi sur la preuve dans un contexte proactif (à savoir pour empêcher la divulgation de renseignements qu'elle avait préparés et produits de son propre gré afin d'obtenir un avantage procédural) plutôt que dans un contexte réactif (à savoir dans le cadre d'une opposition à la production de ces

production of information). If Parliament had intended to allow an authorized person to use section 37 to prevent disclosure of evidence that he or she voluntarily produced before such a court or person, it would have referred to the power to compel disclosure rather than production in that section. The Court adopted the interpretation of section 37 that is most consistent with the fundamental principles of our law, which require that proceedings be public, that the administration of justice be transparent, that the Court have the benefit of adversarial proceedings before making a decision and that each party have access to all of the relevant evidence. If section 37 is interpreted as allowing objections to be made in a reactive context only, it is remedial and ensures the attainment of its objectives perfectly. Based on this purposive interpretation of section 37, neither the Prothonotary nor the Court had the power under that section to make a non-disclosure order in respect of the affidavit.

Even if section 37 of the Evidence Act did apply in a proactive context, the Prothonotary failed to have regard to the correct public interest principles that support disclosure in his analysis, and confused the factors that are relevant to the analysis of the motion under paragraph 50(1)(b) (stay of proceedings) of the *Federal Courts Act* with the principles relevant to an order under section 37 of the Evidence Act when he said that the central public interest reason in support of disclosure was the right to a speedy hearing. That question is relevant regarding whether a stay should be granted, but is not the central reason in support of disclosure. A party's right to have access to all of the evidence relevant to the proceedings before the Court is a public interest that operates in support of disclosure. Here, the relevant proceeding was not the action in damages but the stay motion. And the fact that the action included a claim for an injunction was irrelevant to the exercise directed by section 37 of the Evidence Act, but was relevant to the merits of the stay motion. In applying *RJR — MacDonald*, the Prothonotary was wrong to examine the serious issue advanced by the defendant (i.e. whether the defendant is able to make full answer and defence without disclosing the information referred to in the affidavit) as that issue called for an analysis of the possible application of section 37 to the action rather than to the stay motion.

Exercising its discretion *de novo* (and assuming that section 37 applied in a proactive context), the Court held that

informations auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements). Si le législateur avait eu l'intention de permettre à une personne autorisée d'utiliser l'article 37 pour empêcher la divulgation d'une preuve qu'elle produit volontairement devant un tel tribunal ou personne, il aurait référé, dans cet article, au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production. La Cour a adopté l'interprétation qui respectait le plus les principes fondamentaux de notre droit, lequel exige que les débats soient publics, que l'administration de la justice soit transparente, que la Cour ait le bénéfice de débats contradictoires avant de prendre une décision et que chaque partie ait accès à toute la preuve pertinente. En interprétant l'article 37 comme permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, cette disposition apporte une solution et est parfaitement compatible avec la réalisation de son objet. Selon cette interprétation téléologique de l'art. 37, ni le protonotaire ni la Cour n'avaient le pouvoir, en vertu de cet article, de rendre une ordonnance de non-divulgation quant à l'affidavit.

Même si l'article 37 s'appliquait dans un contexte proactif, le protonotaire n'avait pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en faveur de la divulgation dans son analyse et il avait confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en vertu de l'alinéa 50(1)b) (suspension d'instance) de la *Loi sur les Cours fédérales* et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve*, lorsqu'il avait dit que la raison centrale d'intérêt public qui militait en faveur de la divulgation était le droit à la célérité. Cette question est pertinente pour déterminer si l'on doit accorder une suspension, mais elle n'est sûrement pas la raison centrale qui milite en faveur de la divulgation. Le droit d'une partie d'avoir accès à toute la preuve pertinente à la procédure devant la Cour est un intérêt public qui milite pour la divulgation. Ici, la procédure pertinente n'était pas l'action en dommages mais bien la requête en suspension. Et le fait que l'action incluait une demande d'injonction n'était pas non plus pertinent à l'exercice prévu à l'article 37 de la *Loi sur la preuve*, mais il était pertinent à l'analyse du bien-fondé de la requête en suspension. En appliquant l'arrêt *RJR — MacDonald*, le protonotaire s'est trompé lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée par la défenderesse (à savoir si la défenderesse était en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont faisait état l'affidavit), puisqu'elle impliquait une analyse de l'application possible de l'article 37 mais au niveau de l'action, et non pas de la requête en suspension.

Exerçant son pouvoir discrétionnaire *de novo* (et assumant que l'article 37 s'appliquait dans un contexte proactif), la

the defendant did not establish irreparable harm if the action was not stayed, and found that there was not sufficient evidence to balance the diverse interests at play.

Finally, although section 37 of the Evidence Act may only be used in a reactive context, this does not mean that a motion under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act* may never be granted to enable police services to complete an investigation when a civil action has been instituted. Such a motion may succeed where it is justified by the circumstances and public interests at play.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 43.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183), 37.21 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43; rep. by S.C. 2004, c. 12, s. 18), 37.3 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38 (as am. *idem*, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F)).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50 (as am. *idem*, s. 46).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

CONSIDERED:

- RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. No. 3868 (Sup. Ct.) (QL); *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.).

Cour a décidé que la défenderesse n'avait pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'action n'était pas suspendue et elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour balancer les divers intérêts en jeu.

Enfin, quoique l'article 37 de la Loi sur la preuve ne puisse être appliqué que dans un contexte réactif, cela ne veut pas dire qu'une requête en vertu de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* ne peut jamais être accordée pour permettre aux corps policiers de conclure une enquête alors qu'une action civile a été intentée. Une telle requête peut être accueillie lorsque cela est justifié par les circonstances et les intérêts publics en jeu.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 43.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 41 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183), 37.21 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; abrogé par L.C. 2004, ch. 12, art. 18), 37.3 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38 (mod., *idem*, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte., *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F)).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50 (mod., *idem*, art. 46).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. n° 3868 (C.S.) (QL); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.).

REFERRED TO:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 SCC 27; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 31 C.C.L.T. (2d) 113; 203 N.R. 36; *671905 Alberta Inc. v. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 F.C. 713; (2003), 27 C.P.R. (4th) 385; 241 F.T.R. 160; 305 N.R. 137; 2003 FCA 241; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 33 B.C.L.R. (4th) 261; 199 B.C.A.C. 1; 184 C.C.C. (3d) 515; 21 C.R. (6th) 142; 120 C.R.R. (2d) 203; 2004 SCC 43; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154; 2002 FCA 470; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246.

AUTHORS CITED

Cooper, T. G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from the Prothonotary's decision (2005 FC 254) granting the defendant's motion to stay the plaintiffs' action against it and allowing the defendant to invoke section 37 of the *Canada Evidence Act* to prevent disclosure of information in an affidavit filed in support of the motion. Appeal allowed.

APPEARANCES:

R. Michel Décary, Louise Touchette and Charles C. Gagnon for plaintiffs.
Jacques Savary and Nathalie Drouin for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Stikeman Elliott LLP, Montréal, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; 2003 CSC 27; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *671905 Alberta Inc. c. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 C.F. 713; 2003 CAF 241; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246.

DOCTRINE CITÉE

Cooper, T. G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.
Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

APPEL de la décision d'un protonotaire (2005 CF 254) qui avait accueilli la requête de la défenderesse en suspension de l'action des demandeurs contre elle et lui permettant d'invoquer l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour empêcher la divulgation de renseignements contenus dans un affidavit déposé à l'appui de la requête. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

R. Michel Décary, Louise Touchette et Charles C. Gagnon pour les demandeurs.
Jacques Savary et Nathalie Drouin pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Stikeman Elliott s.r.l., Montréal, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] GAUTHIER J.: Dominion Investments Nassau Ltd. (Dominion) has appealed from the decision of the Prothonotary [2005 FC 254] to stay their action for a permanent injunction against the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), and for damages including punitive and exemplary damages (US\$6,350,000) against Her Majesty, for a period of 12 months to allow the defendant to pursue and complete a police investigation that is currently ongoing. The stay is accompanied by a requirement that the defendant report to the Court within six months regarding any significant change that might make it possible to resume the proceedings and lift the stay.

[2] In that order, the Prothonotary also ordered that the affidavit of Serge Therriault, filed in support of the defendant's motion for the stay, be delivered to it by hand and that all copies held by the Court be destroyed within a reasonable time.

[3] This appeal raises two novel issues:

(i) Can the defendant use the procedure set out in section 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Evidence Act) to prevent the disclosure of information (in this case, the affidavit of Mr. Therriault prepared specifically to support its motion to stay the action under paragraph 50(1)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]) (the Act) that it itself chose to file to obtain an order other than the order relating to the disclosure of that information?

(ii) If so, is a stay of proceedings the appropriate remedy to allow the RCMP to complete an ongoing investigation when the conduct of the investigation is itself the central issue in the action in damages, and if so, must the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, which is generally applicable in analyzing motions for a stay of proceedings under section 50, be

Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par

[1] LA JUGE GAUTHIER : Dominion Investments Nassau Ltd. (Dominion) en appelle de la décision du protonotaire [2005 CF 254] de suspendre leur action visant à obtenir une injonction permanente contre la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et des dommages et intérêts y inclus des dommages punitifs et exemplaires (6 350 000 \$US), contre Sa Majesté pour une période de 12 mois afin de permettre à la défenderesse de poursuivre et conclure une enquête policière présentement en cours. Cette suspension est accompagnée d'une obligation pour la défenderesse de faire rapport à la Cour, dans les six mois, de tout changement significatif qui pourrait permettre de poursuivre les procédures et de lever la suspension.

[2] Dans cette même ordonnance, le protonotaire ordonne que l'affidavit de Serge Therriault, déposé au soutien de la requête en sursis par la défenderesse, lui soit remis en mains propres et que toute copie de la Cour soit détruite après une période raisonnable.

[3] Cet appel soulève deux questions nouvelles soit :

i) La défenderesse peut-elle utiliser le mécanisme prévu à l'article 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi sur la preuve) pour empêcher la divulgation d'information (ici, l'affidavit de M. Therriault préparé spécifiquement pour appuyer sa requête pour suspendre l'action en vertu de l'alinéa 50(1)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]) (la Loi) qu'elle a elle-même choisi de produire pour obtenir une ordonnance autre que celle qui porte sur la divulgation de cette information?

ii) Si oui, la suspension d'instance est-elle le remède approprié pour permettre à la GRC de conclure une enquête en cours alors que la tenue même d'une enquête est au cœur de l'action en dommages? Dans l'affirmative, l'analyse du mérite de la requête doit-elle être faite en utilisant les trois critères développés dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 et qui sont généralement

applied in analyzing the merits of the motion?

BACKGROUND

[4] It is not appropriate to review in detail the facts alleged in the action. For the purposes of this appeal, it is sufficient to note that in their action, the plaintiffs allege that in 2002 and 2003, in the course of an investigation, the RCMP disclosed information that was false, misleading and highly prejudicial to their reputations and their business to certain financial institutions with which they did business and to the police in the United States.

[5] That information was allegedly disclosed in relation to a request made by the American authorities for the extradition of Daniel Pelchat, in a document filed in September 2002 in the public record of the Quebec Superior Court, stating:

As part of our financial investigation, we have, together with the RCMP, learned that Pelchat's moneys are deposited into an investment account named Dominion Investments at the Royal Bank of Canada. While that investigation remains ongoing, the RCMP reports that Dominion Investments is a Bahamian money laundering operation affiliated with the Hell's Angels. [Emphasis added.]

[6] As I said, the plaintiffs are seeking, in addition to the damages they are claiming, an order enjoining the RCMP to cease disclosing any information to anyone regarding them, including any information relating to the facts out of which this action arose. With regard to the allegations in the amended statement of claim, I also understand that they are thereby attempting to put an end to, or prevent, any future investigation in which they might be directly or indirectly implicated.

[7] In its motion record, the defendant included a certificate under section 37 of the Evidence Act referring to, without disclosing, the information found in the redacted affidavit filed in support of the stay motion. Mr. Covey, the Superintendent of the RCMP, stated in that certificate that disclosure of the information in all of the redacted paragraphs of the affidavit would seriously

applicables lors de l'analyse de requêtes en suspension d'instance présentées en vertu de l'article 50?

CONTEXTE

[4] Il n'est pas opportun de réviser en détail les faits allégués dans l'action. Il est suffisant pour les fins du présent appel de mentionner que dans leur action, les demandeurs allèguent que la GRC, dans le cadre d'une enquête, aurait divulgué en 2002 et en 2003, à certaines des institutions financières avec lesquelles ils faisaient affaire ainsi qu'à des autorités policières américaines, des renseignements faux, trompeurs et hautement préjudiciables à leurs réputations et à leurs affaires.

[5] Ces renseignements auraient aussi été dévoilés dans le cadre d'une demande faite par les autorités américaines afin d'extrader un certain Daniel Pelchat dans un document déposé en septembre 2002 dans le dossier public de la Cour supérieure du Québec qui indique :

[TRADUCTION] Dans le cadre de notre enquête financière, nous avons appris, ainsi que la GRC, que les deniers de Pelchat étaient déposés dans un compte de placement sous le nom de Dominion Investments à la Banque Royale du Canada. Bien que cette enquête soit toujours en cours, la GRC signale que Dominion Investments est une entreprise bahamienne de blanchiment d'argent ayant des liens avec les Hell's Angels. [Non souligné dans l'original.]

[6] Comme je l'ai dit, en plus des dommages et intérêts qu'ils réclament, les demandeurs cherchent à obtenir une ordonnance enjoignant à la GRC de cesser de communiquer à qui que ce soit quelque information au sujet des demandeurs y compris toutes informations se rapportant aux faits ayant donné lieu à la présente action. Compte tenu des allégations de la déclaration amendée, je comprends aussi qu'ils tentent ainsi de mettre fin ou de prévenir toute enquête future où ils pourraient être impliqués directement ou indirectement.

[7] Dans son dossier de requête, la défenderesse a inclus un certificat en vertu de l'article 37 de la Loi sur la preuve qui réfère, sans les dévoiler, aux informations qui se trouvent dans l'affidavit caviardé déposé au soutien de la requête en suspension. M. Covey, surintendant de la GRC, y indique que la divulgation de l'information contenue dans tous les paragraphes

encroach upon a public interest, and more specifically the functioning of the RCMP and of Canadian police services, as well as on the conduct of ongoing criminal investigations. He also certified that it would endanger the lives of individuals who have cooperated with the police services in those investigations, that it would identify or tend to identify informers and individuals who are the subject of investigations and investigative techniques used by the RCMP and, more generally, police intelligence.

[8] The plaintiffs are therefore generally aware of the principles relied on by the defendant to protect the substance of Mr. Therriault's affidavit under section 37, in accordance with the procedure set out in that section. However, they are not aware of the evidence filed by the defendant to establish that it has met the test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, and that it is entitled to a stay of proceedings.

[9] At the hearing before the Prothonotary, the defendant also had an opportunity to make additional submissions *ex parte* (that is, in the absence of the plaintiffs and their counsel) and to provide an explanation of the evidence filed in support of its stay motion.

[10] In his decision, the Prothonotary first considered the application of section 37 of the Evidence Act, and stated, based on the information in the certificate and the redacted affidavit, that the defendant was justified in objecting to disclosure of the information in the affidavit because there were reasons of public interest not to disclose it. He found that Mr. Covey's certificate complied with the requirements in section 37 and that there was no public interest in disclosure that outweighed the interest identified in the certificate. On that point, he noted, in paragraph 22 of his decision, that "the main reason why disclosure might be in the public interest" is that it is in the interests of justice that parties' rights be recognized as soon as possible when they apply to the courts for a remedy.

[11] On that point, he then said, at paragraph 23:

caviardés de cet affidavit causerait un préjudice sérieux à l'intérêt public plus particulièrement au fonctionnement de la GRC et des corps de police du Canada de même qu'à la conduite d'enquêtes criminelles en cours. Il certifie aussi qu'elle mettrait en danger la vie d'individus qui ont collaboré avec les corps policiers dans le cadre de ces enquêtes, qu'elle identifierait ou tendrait à identifier des informateurs et des individus qui font l'objet d'enquêtes de même que des techniques d'enquêtes utilisées par la GRC et, plus généralement, des renseignements policiers.

[8] De ce fait, les demandeurs connaissent généralement les principes invoqués par la défenderesse pour protéger l'essentiel de l'affidavit de M. Therriault en vertu de l'article 37, et ce, conformément au mécanisme prévu dans cet article. Ils ne connaissent toutefois pas la preuve déposée par la défenderesse pour établir qu'elle rencontre les critères établis dans *RJR — MacDonald Inc.*, et qu'elle a droit à une suspension de l'instance.

[9] De plus, dans le cadre de l'audience devant le protonotaire, la défenderesse a eu l'opportunité de présenter *ex parte* (soit en l'absence des demandeurs et de leurs procureurs) des représentations additionnelles et de donner des explications sur la preuve déposée au soutien de sa requête pour une suspension.

[10] Dans sa décision, le protonotaire se penche d'abord sur l'application de l'article 37 de la Loi sur la preuve et il indique, sur la base des informations contenues dans le certificat et l'affidavit caviardé, que la défenderesse est justifiée de s'opposer à la divulgation de renseignements contenus dans l'affidavit parce qu'il existe des raisons d'intérêt public militant en faveur d'une telle non-divulgation. Il conclut que le certificat de M. Covey respecte les exigences de l'article 37 et qu'il ne voit pas de raisons d'intérêt public qui l'emporte sur celles identifiées au certificat. À cet égard, il note au paragraphe 22 de sa décision que « [l]a raison centrale d'intérêt public qui pourrait militer en faveur de la divulgation » est que l'intérêt de la justice commande que les justiciables voient leurs droits reconnus dans les meilleurs délais lorsqu'ils s'adressent au tribunaux pour obtenir réparation.

[11] À cet égard, il dit ensuite au paragraphe 23 :

The right to a speedy disposition is indeed in play here as well, but it cannot outweigh a valid public interest identified in the Certificate. The fact that the plaintiffs are seeking an injunction cannot, in my opinion, make this case more important, because it is uncertain whether that remedy may be granted in this instance.

[12] In the second step, the Prothonotary considered the primary remedy sought by the defendant: a stay of proceedings. After identifying how, in his opinion, the case must be distinguished from *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. No. 3868 (Sup. Ct.) (QL), he concluded that, having regard to the allegations in the statement of claim, the defendant could not present a defence that would protect her right to make full answer and defence, and protect the other public interests referred to in the affidavit, without disclosing the information in the affidavit of Serge Therriault.

[13] In his opinion, this clearly indicated that a stay would be in the public interest within the meaning of paragraph 50(1)(b), but [at paragraph 35] “[f]or greater certainty, and as is the practice of this Court”, he then applied the test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, and concluded that having regard to the particular facts of the case, a stay of proceedings was the only remedy that could guarantee both the defendant’s right to protect the public interest information in the affidavit of Serge Therriault and its right to make full answer and defence.

ISSUES

[14] The plaintiffs submit that the Prothonotary made a number of errors of law in his analysis and his application of section 37 of the Evidence Act, as follows:

(i) He refused to apply the principles of law set out in ample criminal jurisprudence, stating simply that those principles relate solely to criminal law, and he did not consider all of the material evidence in the assessment mandated by section 37;

Ce droit à la célérité est certes présent ici également mais il ne saurait l’emporter face aux raisons d’intérêt public valablement soulevées dans le cadre du Certificat. Le fait que les demandeurs réclament l’émission d’une injonction ne saurait à mon avis donner plus d’importance au présent dossier puisqu’il est incertain qu’un tel recours puisse être octroyé en l’espèce.

[12] Dans une deuxième étape, le protonotaire se penche sur la demande principale de la défenderesse soit la suspension d’instance. Après avoir établi les distinctions qui s’imposent selon lui avec l’arrêt *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. n° 3868 (C.S.) (QL), il conclut que compte tenu des allégations dans la déclaration, la défenderesse ne pourrait, sans dévoiler les renseignements contenus à l’affidavit de Serge Therriault, développer une défense qui protégerait son droit à une défense pleine et entière ainsi que les autres intérêts publics auxquels fait référence l’affidavit.

[13] Selon lui, ceci indique clairement qu’une suspension serait dans l’intérêt public au sens de l’alinéa 50(1)b) [au paragraphe 35] mais «[P]our plus de sûreté et comme c’est la pratique en cette Cour » il applique ensuite le test énoncé dans *RJR — MacDonald Inc.*, et conclut que compte tenu des faits particuliers en l’espèce, la suspension de l’instance est le seul remède pouvant concilier le droit de la défenderesse de protéger les renseignements d’intérêt public apparaissant à l’affidavit de Serge Therriault et son droit à une défense pleine et entière.

QUESTIONS EN LITIGE

[14] Les demandeurs soumettent que le protonotaire a commis plusieurs erreurs de droit dans son analyse et dans son application de l’article 37 de la Loi sur la preuve soit :

i) Il a refusé d’appliquer les principes de droit développés dans une abondante jurisprudence dans des matières criminelles en disant simplement que ces principes concernent uniquement le droit criminel et n’a pas considéré tous les éléments pertinents dans l’évaluation mandaté par l’article 37;

(ii) He did not consider the fact that the defendant was unable to rely on section 37 because the information it wished to protect had already been made public;

(iii) He erred in fact and in law when he refused, notwithstanding subsection 37(5) of the Evidence Act, to establish conditions for disclosure of the information in the affidavit filed by the defendant, such as disclosure to the plaintiffs' counsel only.

[15] The Prothonotary allegedly erred when he agreed to apply the process described in section 37 for protecting information prepared and filed by the defendant of its own accord in order to obtain a procedural advantage, a stay of proceedings (proactive context) rather than in the course of an objection to production of that information (reactive context) when it was or could have been required to do so by a court or other body with the authority to compel it to do so in response to an application for such an order. In the plaintiffs' submission, the Prothonotary also erred, in this context, by hearing submissions *ex parte*.

[16] The plaintiffs further argue that the Prothonotary erred when he found that a stay of proceedings was an appropriate remedy in this instance and applied the test in *RJR — MacDonald Inc.*, which in their submission is not an applicable analytical framework, as has been decided by Rochon J., in *Mulroney*.

[17] Their final argument is that if the Prothonotary was right to use that test, he erred in the specific manner in which he applied it, by suggesting that the plaintiffs might not be entitled to obtain an injunction and by failing to consider, *inter alia*, that there would be irreparable harm to their reputation if the proceedings were stayed.

ANALYSIS

[18] The standard of review that applies to the Prothonotary's decision is settled law (*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18). It was recently restated by

ii) Il n'a pas considéré que la défenderesse ne pouvait invoquer l'article 37 puisque les renseignements qu'elle veut protéger ont déjà été rendus publics;

iii) Il a erré en fait et en droit en refusant, malgré le paragraphe 37(5) de la Loi sur la preuve, de fixer des conditions quant à la divulgation des renseignements contenus dans l'affidavit déposé par la défenderesse comme par exemple la communication aux procureurs des demandeurs seulement.

[15] Le protonotaire aurait aussi erré en acceptant d'appliquer le processus décrit à l'article 37 pour protéger des renseignements préparés et produits par la défenderesse de son propre gré afin d'obtenir un avantage procédural, soit une suspension d'instance (contexte proactif) plutôt que dans le cadre d'une opposition à la production de ces informations (contexte réactif) alors qu'elle est ou pourrait être tenue de le faire par un tribunal ou autre organisme ayant le pouvoir de l'y contraindre suite à une demande à cet effet. Selon les demandeurs, dans ce contexte, le protonotaire a aussi erré en entendant des représentations *ex parte*.

[16] Les demandeurs arguent de plus que le protonotaire a erré en concluant que la suspension d'instance était un remède approprié dans l'espèce et en appliquant les critères de *RJR — MacDonald Inc.*, qui selon eux ne constituent pas une grille d'analyse applicable et ce comme l'a déjà décidé le juge André Rochon dans *Mulroney*.

[17] Finalement, ils soumettent que si le protonotaire était bien fondé à utiliser ces critères, il a erré dans leur application particulièrement en mettant en doute le droit des demandeurs à obtenir une injonction et en ne considérant pas entre autres qu'ils subiraient un préjudice irréparable à leur réputation suite à une telle suspension.

ANALYSE

[18] La norme de contrôle applicable à cette décision du protonotaire est bien établie (*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18). Elle a été récemment reformulée par la

the Federal Court of Appeal in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), where Décary J.A. described it as follows [at paragraph 19]:

Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.

[19] The plaintiffs submit that the Prothonotary's decision is vital to the final outcome of the case. However, they have not explained how a stay of proceedings, a measure that is neutral and essentially temporary, would have such an influence that way.

[20] The Prothonotary's decision to apply the process set out in section 37 to the information in the redacted affidavit is indeed vital to the final outcome of the motion, but certainly not to the outcome of the action. As I will explain later, that decision does not relate to the future disclosure of information or documents during the proceeding once the stay is lifted.

[21] In any event, for the reasons that I will explain below, I am satisfied that the Prothonotary erred in law when he agreed to apply section 37 of the Evidence Act to the stay motion. In addition, if I am not mistaken on this point, in my opinion the Prothonotary was clearly wrong in his assessment of the interests at stake in relation to the application of section 37 and paragraph 50(1)(b) of the Act. That error justifies that I consider the motion *de novo*. I will return to this point.

A. Application of section 37 of the Evidence Act

[22] First, we should note that at the hearing before the Prothonotary the plaintiffs did not suggest that section 37 did not apply. In response to questions by the Court, the plaintiffs submitted that the defendant could not rely on section 37 to prevent the disclosure of the evidence it had itself filed in support of its request for a

Cour d'appel fédérale dans *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.) où le juge Décary la décrit comme suit [au paragraphe 19] :

Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

[19] Les demandeurs soutiennent que la décision du protonotaire porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Toutefois, ils n'ont pas expliqué en quoi la suspension d'instance, une mesure neutre et essentiellement temporaire, aurait une telle influence.

[20] Il est vrai que la décision du protonotaire d'appliquer le processus de l'article 37 à l'information contenue dans l'affidavit caviardé a une influence déterminante sur l'issue de la requête mais certes pas sur le litige. Comme je l'indiquerai plus loin, cette décision n'en est pas une qui porte sur la divulgation future d'information ou de documents en cours d'instance une fois la suspension terminée.

[21] Quoi qu'il en soit, pour les motifs que j'expliquerai ci-après, je suis satisfaite que le protonotaire a erré en droit en acceptant d'appliquer l'article 37 de la Loi sur la preuve dans le cadre de la requête en suspension. De plus, si je ne me trompe sur cette question, le protonotaire a, selon moi, aussi commis une erreur flagrante dans l'évaluation des intérêts en jeu au niveau de l'application de l'article 37 et de l'alinéa 50(1)b) de la Loi. Cette erreur justifie que j'examine la requête *de novo*. Je reviendrai là-dessus.

A. Application de l'article 37 de la Loi sur la preuve

[22] Disons d'abord que lors de l'audience devant le protonotaire, les demandeurs n'avaient pas mis en doute l'application de l'article 37. C'est suite à des questions de la Cour que les demandeurs ont soumis que la défenderesse ne pouvait invoquer l'article 37 pour empêcher la divulgation de la preuve qu'elle produisait

stay because the result would be grossly unfair and could not be sanctioned by the Court given the wording of this section.

[23] Because there is no indication that relevant evidence needed for this question of law to be disposed of is missing, the Court must consider it in the appeal (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paragraph 51 and *671905 Alberta Inc. v. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 F.C. 713 (C.A.), at paragraph 35).

[24] I will therefore examine that argument. For the purposes of this analysis, I will adopt the principles of interpretation summarized by Iacobucci J. in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26-27:

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: see, for example, . . . I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like people, take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in . . . as "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the

elle-même au support de sa demande de suspension car ceci résulterait en une injustice flagrante qui ne saurait être sanctionnée par la Cour compte tenu du libellé de cet article.

[23] Comme il n'y a aucune indication qu'il manque de la preuve pertinente pour trancher cette question de droit, la Cour doit la considérer dans le cadre de l'appel (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, au paragraphe 51 et *671905 Alberta Inc. c. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 C.F. 713 (C.A.), au paragraphe 35).

[24] J'examinerai donc cet argument. Et pour les fins de cette analyse, j'adopterai les principes d'interprétations résumés par le juge Iacobucci dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27 :

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : voir, par exemple, [. . .]. Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans [. . .] de « principe

same subject matter”.

[25] It will be useful to reproduce here the most relevant provisions of section 37 and of sections 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] and 39 of the Evidence Act, since those provisions comprise a code or set of rules designed to govern the exercise of public interest immunity, including sensitive information and Privy Council confidences.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, as amended [ss. 37.3 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, ch. 1, s. 144 (F))]:

37. (1) Subject to sections 38 to 38.16, a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(1.1) If an objection is made under subsection (1), the court, person or body shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(2) If an objection to the disclosure of information is made before a superior court, that court may determine the objection.

(3) If an objection to the disclosure of information is made before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, by

(a) the Federal Court, in the case of a person or body vested with power to compel production by or under an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

d’interprétation qui présume l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet ».

[25] Il est opportun de reproduire ici les dispositions les plus pertinentes de l’article 37 de même que celles des articles 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] et 39 de la Loi sur la preuve puisque ces dispositions constituent un code ou un ensemble de règles visant à encadrer l’exercice de l’immunité relative aux renseignements d’intérêt public y inclus les renseignements sensibles et les renseignements confidentiels du Conseil privé.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, telle qu’amendée [art. 37.3 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F))]:

37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s’opposer à la divulgation de renseignements auprès d’un tribunal, d’un organisme ou d’une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d’intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

(1.1) En cas d’opposition, le tribunal, l’organisme ou la personne veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(2) Si l’opposition est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut décider la question.

(3) Si l’opposition est portée devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée, sur demande, par :

a) la Cour fédérale, dans les cas où l’organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d’une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d’une province;

b) la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l’organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) An application under subsection (3) shall be made within 10 days after the objection is made or within any further or lesser time that the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(4.1) Unless the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, the court may authorize by order the disclosure of the information.

(5) If the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest, the court may, by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any encroachment upon the specified public interest resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the court considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(6) If the court does not authorize disclosure under subsection (4.1) or (5), the court shall, by order, prohibit disclosure of the information.

(6.1) The court may receive into evidence anything that, in the opinion of the court, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base its decision on that evidence.

...

37.3 (1) A judge presiding at a criminal trial or other criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 37(4.1) to (6) in relation to that trial or proceeding or any judgment made on appeal of an order made under any of those subsections.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(4.1) Le tribunal saisi peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1), sauf s'il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées.

(5) Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice au regard des raisons d'intérêt public déterminées, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(6) Dans les cas où le tribunal n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (4.1) ou (5), il rend une ordonnance interdisant la divulgation.

(6.1) Le tribunal peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

[. . .]

37.3 (1) Le juge qui préside un procès criminel ou une autre instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée dans les circonstances en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) relativement à ce procès ou à cette instance ou à la décision en appel portant sur une ordonnance rendue au titre de l'un ou l'autre de ces paragraphes.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

38.01 (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

...

38.02 . . .

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

...

38.04 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

...

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[. . .]

38.01 (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

[. . .]

38.02 [. . .]

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

[. . .]

38.04 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

[. . .]

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

...

38.08 If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

...

38.11 (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations ex parte.

...

38.14 (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

[. . .]

38.08 Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

[. . .]

38.11 (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

[. . .]

38.14 (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, à une décision en appel ou

of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

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.

déoulant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[. . .]

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) 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

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

[26] Originally, Parliament had included the rules on this subject in the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, section 41 (see Appendix A), even though it was clear that its intention was that they would apply not only in this Court but also in all courts with the authority to compel the production of information protected by a public interest immunity.

[27] It was then clear that Parliament had simply codified the common-law principles, and not repealed them.¹ It confirmed that the Court may examine information that does not relate to international or federal-provincial relations or national defence or security, or to Privy Council confidences. After considering whether the proper administration of justice outweighs the specified public interest, the Court may order disclosure. It specifies, however, that the power to examine and order disclosure does not apply to information relating to the interests specified in subsection 41(2).

[28] On July 7, 1982, section 41 of the *Federal Court Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, section 3). New provisions were incorporated into the Evidence Act (see Appendix A).² The new section 37 now specifies that not only may a Minister of the Crown object to disclosure of information, and that the objection may be made not only to a court, but to any

(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. [Non souligné dans l’original.]

[26] À l’origine, le législateur avait inclus les règles sur ce sujet dans la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, à l’article 41 (voir annexe A) et ce, même s’il était clair que son intention était qu’elles s’appliquent non seulement devant cette Cour mais devant tous les tribunaux ayant le pouvoir de contraindre la production et la divulgation d’information protégée par une immunité relative à des renseignements d’intérêt du public.

[27] Il était alors clair que le législateur avait simplement codifié les principes de common law sans pour autant les abroger¹. Il confirme que la Cour pourra examiner les renseignements qui ne touchent pas aux relations internationales ou fédérales-provinciales, à la défense ou la sécurité nationale ou aux communications du Conseil privé. Après avoir considéré si la bonne administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public spécifié, la Cour pourra ordonner la divulgation. Il spécifie toutefois que ce pouvoir d’examiner et d’ordonner la divulgation ne s’applique pas aux renseignements relatifs aux intérêts spécifiés dans le paragraphe 41(2).

[28] Le 7 juillet 1982, l’article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* est abrogé (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, article 3). De nouvelles dispositions sont incluses dans la *Loi sur la preuve* (voir l’annexe A)². Le nouvel article 37 spécifie maintenant que ce n’est pas seulement un ministre de la Couronne qui peut s’opposer à la divulgation de renseignement et que cette objection peut

person with jurisdiction to compel the production of such information. In that sense, the amendments do not seem to depart from the common-law principles that applied at the time.

[29] Section 38 introduces the new concept of designated judge and now permits the documents to be examined by the Chief Justice of the Federal Court or another judge designated by the Chief Justice, even where the objection is based on reasons of international relations or national defence and security.

[30] In *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), the first decision of the Federal Court of Appeal in which these provisions arose in a civil case, the Court said [at page 138]:

The circumstances which led Parliament, at the instance of the government, to change radically the laws governing access to information in government files, Canada's security service and, specifically, to repeal subsection 41(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3)], ought to be fresh in judicial minds. As to the latter, Parliament has manifestly found it expedient to substitute a judicial discretion for what was heretofore an absolute right on the part of the executive to refuse disclosure. It is not to be assumed that any of this transpired because the government of the day was spontaneously taken by a selfless desire to share its secrets. The executive had been unable to sustain the credibility of the system of absolute privilege codified in subsection 41(2). The new system was a politically necessary response to serious public concerns. Effective judicial supervision is an essential element of the new system. Among other aspects of the new system, its credibility is dependent on a public appreciation that the competing public interests are, in fact, being judicially balanced. It will not be well served if it appears that the exercise of judicial discretion is automatically abdicated because national security is accepted as so vital that the fair administration of justice is assumed incapable of outweighing it. Each application under section 36.2 must be dealt with on its own merits.

[31] Following the events of September 11 and the enactment of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, in

être faite non seulement devant un tribunal mais devant toute personne ayant le pouvoir de les contraindre à produire ces renseignements. En cela, les amendements ne semblent pas diverger des principes de common law alors applicables.

[29] L'article 38 introduit le nouveau concept de juge désigné et permet maintenant l'examen des documents par le juge en chef de la Cour fédérale ou un juge qu'il désigne, même lorsque l'opposition est fondée sur des questions portant sur les relations internationales, la défense et la sécurité nationale.

[30] Dans *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), sa première décision mettant en jeu ces dispositions dans une affaire civile, la Cour d'appel fédérale dit [à la page 138] :

Les tribunaux devraient se rappeler les circonstances qui ont amené le Parlement, sur les instances du gouvernement, à modifier de manière radicale les lois régissant l'accès aux renseignements contenus dans les dossiers gouvernementaux, le service de sécurité du Canada et, plus précisément, à abroger le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3)]. Pour ce qui est de l'abrogation de ce paragraphe, le législateur a manifestement jugé opportun de substituer un pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux à ce qui était jusque-là un droit absolu de l'exécutif de refuser la divulgation. Il ne faut pas croire que l'un ou l'autre de ces changements s'est produit parce que le gouvernement d'alors a été soudainement pris du désir désintéressé de partager ses secrets. Le pouvoir exécutif était incapable de maintenir la crédibilité du système de privilège absolu codifié au paragraphe 41(2). Le nouveau système constituait, d'un point de vue politique, une réponse nécessaire à de sérieuses inquiétudes du public. L'une des pierres d'assise du nouveau système est le contrôle efficace exercé par le pouvoir judiciaire. L'une des caractéristiques du nouveau système est que sa crédibilité repose sur la confiance du public que les tribunaux soupèsent en fait les intérêts publics qui s'affrontent. Sa crédibilité en souffrirait s'il semblait que les tribunaux renoncent automatiquement à l'exercice de leur discrétion parce que la sécurité nationale est considérée si vitale que les motifs invoqués à l'appui d'une saine administration de la justice ne sauraient prévaloir. Chaque demande fondée sur l'article 36.2 doit être jugée sur le fond.

[31] Suite aux événements du 11 septembre et à l'adoption de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, en

December 2001, major changes were made to those rules, and in particular to section 38 (see Appendix A). A number of new points were added to section 37: for example, it now provides that the Court is entitled to hold hearings *in camera* and that it has the authority to hear a party in the absence of other parties (subsections 37.21(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and (2) [as enacted *idem*]).

[32] Although Parliament extensively reorganized the text of section 38, which no longer makes any reference to the concept of objection (“*opposition*” in French), it did not change the wording of sections 37 and 39, which still deal with objection to the disclosure of information before a court or a person with jurisdiction to compel the production of information.

[33] In section 38, it is clear that the Attorney General may now ask a designated judge to make a non-disclosure order in the course of a proceeding in which a participant is required to disclose or expects to disclose or cause the disclosure of sensitive information as defined in that section.

[34] To complete this review of the legislative history of these provisions, it should be noted that in April 2004, Parliament repealed section 37.21 of the Evidence Act, the provision that expressly referred to the power to hold hearings *in camera* and to hear parties *ex parte* (S.C. 2004, c. 12, s. 18). It seems that after the decision of the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, Parliament wished to redress certain excesses. As we know, debate about the *Anti-terrorism Act* continues today.

[35] The parties confirmed that despite their exhaustive research, they were unable to find a single precedent in which either the common-law immunity or the immunity provided in section 37 of the current version or former versions of the Evidence Act was used by a minister or any other authorized person in a proactive context, that is, to protect information or documents that the party who objects to the disclosure had itself produced or placed in issue.³

décembre 2001, ces règles, particulièrement l’article 38, subissent des changements importants (voir l’annexe A). On ajoute plusieurs nouvelles précisions dans l’article 37, par exemple, on y précise le droit de la Cour de tenir des audiences à huis clos de même que son pouvoir d’entendre une partie en l’absence des autres (paragraphe 37.21(1) [édicte par L.C. 2001, ch.41, art. 43] et (2) [édicte, *idem*]).

[32] Bien qu’il remanie considérablement le texte de l’article 38 qui ne réfère plus nulle part au concept d’opposition ou « *objection* » en anglais, le législateur n’a pas changé la formulation des articles 37 et 39 qui traitent toujours d’opposition à la divulgation de renseignements devant un tribunal ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de ces renseignements.

[33] À l’article 38, il est clair que le procureur général peut maintenant demander à un juge désigné de rendre une ordonnance de non-divulgence dans le cadre d’une instance où un participant est tenu de divulguer ou prévoit divulguer ou faire divulguer des renseignements sensibles tels que défini dans cet article.

[34] Pour compléter cette revue de l’évolution législative de ces dispositions, il convient de noter qu’en avril 2004, le législateur a abrogé le paragraphe 37.21 de la Loi sur la preuve soit la disposition qui référerait expressément au pouvoir de tenir des audiences à huis clos et d’entendre les parties *ex parte* (L.C. 2004, ch. 12, art. 18). Il semble que le législateur, après la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, ait voulu redresser certains excès. Comme on le sait, la *Loi antiterroriste* fait encore aujourd’hui l’objet de débats.

[35] Les parties ont confirmé que malgré leur recherche exhaustive, elle n’ont pu trouver un seul précédent où l’immunité conférée par la common law ou celle prévue à l’article 37 de la Loi sur la preuve dans sa version actuelle ou dans ses versions antérieures, a été utilisée par un ministre ou toute autre personne autorisée dans un contexte proactif, soit pour protéger des informations ou des documents que la partie qui s’oppose à la divulgation avait elle-même produite ou mise en jeu³.

[36] While section 37, as I noted, was originally intended to be a codification of the case law relating to public interest immunity, it is difficult to imagine that Parliament's intention was to go beyond the reactive context in which that immunity had traditionally been invoked and granted.

[37] The defendant admits that the wording of section 37, on its face, seems to be designed to protect information in a reactive context in connection with a request for production and disclosure.

[38] On that point, it should be noted that section 39, which accords virtually absolute immunity for Privy Council confidences, also provides for objection to disclosure before a court or a person with jurisdiction to compel the production of information. Obviously, because the Court cannot examine or even see the documents or information in question, Parliament could not have intended that language to refer to a proactive context where, for example, a minister would want to produce such information as evidence in support of a motion for a stay.

[39] As I said, it is entirely clear that these three sections (37 to 39 of the Evidence Act) must be interpreted as a single unit and that Parliament is presumed to have used the same word in the same sense in each of those sections, and particularly in sections 37 and 39.

[40] It is also difficult to imagine why Parliament limited the application of section 37 by referring to a court or person with jurisdiction to compel production if it intended to allow an authorized person to use it to prevent disclosure of evidence that he or she voluntarily produced before such a court or person. Logically, if that were what Parliament intended, it would have referred to the power to compel disclosure rather than production.

[41] The defendant submits that the Court must nonetheless apply a practical interpretation to section 37. In the defendant's submission, limiting its

[36] Si comme je l'ai indiqué, l'article 37 se voulait à l'origine une codification de la jurisprudence relative à l'immunité relative aux renseignements d'intérêt public, il est difficile d'imaginer que l'intention du législateur était d'aller au-delà du contexte réactif dans lequel cette immunité avait traditionnellement été invoquée et accordée.

[37] La défenderesse admet qu'à première vue, le libellé de l'article 37 semble viser la protection de renseignement dans un contexte réactif associé à une demande de production et de divulgation.

[38] À cet égard, il convient de noter que l'article 39 qui consacre l'immunité pratiquement absolue relativement aux renseignements confidentiels du Conseil privé, réfère aussi au concept d'opposition devant un tribunal ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de tels renseignements. Il est évident que comme la Cour ne peut examiner ou même voir les documents ou l'information en question, le législateur ne pouvait avoir l'intention par ce langage de référer à un contexte proactif où par exemple un ministre voudrait produire de tels renseignements comme preuve au support d'une requête en suspension.

[39] Comme je l'ai indiqué, il est tout à fait clair que ces trois articles (37 à 39 de la Loi sur la preuve) doivent être interprétés comme un ensemble et que le législateur est présumé avoir utilisé le même mot dans le même sens dans chacun de ces articles, particulièrement aux articles 37 et 39.

[40] Il est aussi difficile de concevoir pourquoi le législateur a limité l'application de l'article 37 en référant à un tribunal ou à une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production s'il avait l'intention de permettre à une personne autorisée de l'utiliser pour empêcher la divulgation de preuve qu'elle produit volontairement devant un tel tribunal ou personne. Logiquement, si telle était l'intention du législateur, il aurait référé au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production.

[41] La défenderesse soumet que la Cour doit malgré tout donner une interprétation pratique à l'article 37. Selon elle, restreindre son application à un contexte

application to a purely reactive context, in the circumstances of this case, would create a flagrant injustice.

[42] The defendant cited section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which states that every enactment is deemed remedial and shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects. In the defendant's submission, because there are no precedents that prohibit it, the Court must include its right to object to disclosure of evidence produced by it in order to protect its rights, and particularly its right to defend its interests.

[43] The Court is aware of the dilemma faced by the defendant. However, it is important to recall that the defendant is in fact asking the Court to interpret section 37 as if it had the same scope as section 38 and read like that section, which allows for an application for a non-disclosure order to be made in any proceeding before a person with jurisdiction to compel disclosure, whether the party is required to disclose as a result of a request by a third party or simply wishes to disclose to support its own position in a proceeding.⁴

[44] Although the defendant did not address any proceeding other than a motion for a stay, it did not say how the Court could limit the proactive interpretation of section 37 to that proceeding alone. Today, the dilemma arises within that framework only, but there is nothing to suggest that it might not arise in the framework of, for example, a motion to strike or a motion for summary judgment.

[45] If we accept the principle that section 37 must be interpreted in such a way as to allow the defendant to use the information to preserve its right to present a defence, why would we deny the right to file a redacted statement of defence, for example, and obtain a non-disclosure order allowing it to present that evidence to the Court without the other party having access to it?

[46] The Court would of course then have the power to balance the public interests at play and order

purement réactif dans les circonstances de l'espèce créerait une injustice flagrante.

[42] Elle invoque l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui énonce que tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable, la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Pour la défenderesse, comme il n'y a pas de précédent qui interdit de le faire, la Cour doit inclure son droit de s'opposer à la divulgation d'une preuve produite par elle afin de protéger ses droits, particulièrement son droit de se défendre.

[43] La Cour est consciente du dilemme auquel la défenderesse fait face. Toutefois, il est important de se rappeler qu'en fait elle demande à la Cour d'interpréter l'article 37 comme s'il avait la même étendue et se lisait comme l'article 38 qui permet de demander une ordonnance de non-divulgence dans le cadre de toute instance devant une personne ayant le pouvoir de l'y contraindre qu'elle soit alors tenue de divulguer suite à une demande par un tiers ou désire simplement le faire pour appuyer ses propres prétentions dans une procédure⁴.

[44] Même si la défenderesse ne traite nulle part de procédure autre qu'une demande de suspension, elle n'a pas indiqué comment la Cour pourrait limiter l'interprétation proactive de l'article 37 à cette seule procédure. Aujourd'hui, le dilemme se pose dans ce cadre seulement mais rien n'indique qu'il ne pourrait se poser dans le cadre par exemple d'une requête en radiation ou d'une requête pour jugement sommaire.

[45] Si l'on admet le principe que l'article 37 doit s'interpréter de façon à permettre à la défenderesse d'utiliser les renseignements pour préserver son droit à se défendre, pourquoi lui refuserait-on le droit de déposer une défense caviardée par exemple et d'obtenir une ordonnance de non-divulgence lui permettant de présenter cette preuve à la Cour sans que l'autre partie puisse y avoir accès.

[46] Certes, la Cour aurait alors le pouvoir de balancer les intérêts publics en jeu et d'ordonner une

disclosure subject to conditions, but that mechanism is already an exception to a number of fundamental principles of our law, which requires that proceedings be public, that the administration of justice be transparent, that the Court have the benefit of adversarial proceedings before making a decision and that each party have access to all of the relevant evidence, and particularly to the evidence presented to the Court by the opposing party (see, *inter alia*, *Ruby*; and *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332).

[47] In these circumstances, the Court must adopt a rigorous approach.

[48] The Court must also have regard to the principle holding that if, as the defendant argues (and as is not accepted), section 37 is capable of two interpretations that are also consistent with the objects of the Act or the intention of Parliament, the Court must prefer the interpretation that is most consistent with the fundamental principles of our law that I set out above.

[49] I am also satisfied that if section 37 is interpreted as allowing objection to be made in a reactive context only, it is remedial and ensures the attainment of its objects perfectly.

[50] I conclude from my review of all of the factors that are relevant to a purposive interpretation of section 37 that neither the Prothonotary nor the Court has the power under that section to make a non-disclosure order in respect of Insp. Therriault's affidavit, which was filed by the defendant in support of its request for a stay and which includes its evidence regarding the irreparable harm it claims it would suffer. That provision does not allow the Court to hear an application other than a simple objection to disclosure, having regard to "secret" evidence, that is, information that cannot be disclosed to the other party.

B. The Stay Motion

[51] That being said, and as an alternative condition, if section 37, contrary to what I have said, applies in a proactive context as suggested by the defendant, I think

divulgence sous conditions mais un tel mécanisme constitue déjà une exception à plusieurs principes fondamentaux de notre droit qui exige que les débats soient publics, que l'administration de la justice soit transparente, que la Cour ait le bénéfice de débats contradictoires avant de prendre une décision et que chaque partie ait accès à toute la preuve pertinente et surtout celle présentée à la Cour par la partie adverse (voir entre autres *Ruby*; et *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332).

[47] Dans de telles circonstances, la Cour doit adopter une approche rigoureuse.

[48] Elle doit aussi tenir compte du principe qui veut que si comme le prétend la défenderesse (ce qui n'est pas accepté), l'article 37 se prête à deux interprétations qui sont également en accord avec l'objet de la loi ou l'intention du législateur, la Cour doit privilégier celle qui respecte le plus les principes fondamentaux de notre droit que j'ai énoncés ci-dessus.

[49] Je suis aussi satisfaite qu'en interprétant l'article 37 comme permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, cette disposition apporte une solution et est parfaitement compatible avec la réalisation de son objet.

[50] Je conclus de mon examen de tous les éléments pertinents à l'interprétation téléologique de cette disposition que ni le protonotaire ni la Cour n'ont le pouvoir en vertu de l'article 37 de rendre une ordonnance de non-divulgence quant à l'affidavit de M. Therriault qui fut déposé par la défenderesse à l'appui de sa demande de suspension et qui inclut sa preuve quant au préjudice irréparable qu'elle prétend subir. Cette disposition ne permet pas à la Cour de décider d'une requête autre qu'une simple opposition à la divulgation en tenant compte d'une preuve « secrète » soit des renseignements qui ne peuvent être divulgués à l'autre partie.

B. La requête en suspension

[51] Ceci étant dit, et comme conclusion alternative, si contrairement à ce que j'ai indiqué l'article 37 s'applique dans un contexte proactif comme le suggère

that the Prothonotary failed to have regard to the correct public interest principles that support disclosure in his analysis, and confused the factors that are relevant to the analysis of the motion under paragraph 50(1)(b) of the Act with the principles relevant to an order under section 37 of the Evidence Act.

[52] For example, as I said in paragraph 10 above, when the Prothonotary considered whether to do an analysis under subsection 37(5), he said that the central public interest reason in support of disclosure was the reason identified in *Mulroney*: the right to a speedy hearing. Obviously, that question is relevant in determining whether a stay should be granted under paragraph 50(1)(b), but it is certainly not the central reason in support of disclosure.

[53] The public interest that operates in support of disclosure is, for example, a party's right to have access to all of the evidence relevant to the proceeding before the Court. In this case, that proceeding was not the action in damages, as the plaintiffs seem to have assumed; rather, it was the stay motion. In fact, as I said earlier, that is the novel factor in this case. The fact that the action includes a claim for an injunction (see paragraph 11 above) is also not relevant to the exercise directed by section 37 of the Evidence Act. However, it is relevant to the analysis of the merits of the stay motion.

[54] Because the Prothonotary makes no reference to the principles of the public nature of proceedings and the right of every party to have a fair chance to assert its position and to rebut all arguments and evidence introduced by the opposing party, we might wonder whether those concepts were indeed taken into account and given their proper weight. In *Gold*, the Federal Court of Appeal had already pointed out that Parliament has recognized that the public interest in the administration of justice, which supports disclosure, may outweigh even the public interest in national security, and that the scheme of the Act does not expose any obvious imbalance between those interests.

la défenderesse, je crois que le protonotaire n'a pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en faveur de la divulgation dans son analyse et qu'il a confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en vertu de l'alinéa 50(1)b) de la Loi et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'article 37 de la Loi sur la preuve.

[52] Par exemple, comme je l'ai indiqué au paragraphe 10 ci-dessus, en examinant s'il y avait lieu de procéder à l'analyse du paragraphe 37(5), le protonotaire dit que la raison centrale d'intérêt public qui milite en faveur de la divulgation est celle identifiée dans *Mulroney*, soit le droit à la célérité. Il est évident que cette question est pertinente pour déterminer si l'on doit accorder une suspension en vertu de l'alinéa 50(1)b) mais elle n'est sûrement pas la raison centrale qui milite en faveur de la divulgation.

[53] L'intérêt public qui milite pour la divulgation, c'est par exemple le droit d'une partie d'avoir accès à toute la preuve pertinente à la procédure devant la Cour. Ici, cette procédure n'était pas comme semble l'avoir présumé les demandeurs, l'action en dommages mais bien la requête en suspension. C'est d'ailleurs là, comme je l'ai déjà indiqué, l'élément nouveau de ce dossier. Le fait que l'action inclut une demande d'injonction (voir paragraphe 11 ci-dessus) n'est pas non plus pertinent à l'exercice prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve. Il est par contre pertinent à l'analyse des mérites de la requête en suspension.

[54] Comme le protonotaire ne réfère nulle part aux principes de la publicité des débats et au droit de toute partie d'avoir une chance honnête de faire valoir son point de vue et de combattre tous les arguments et la preuve soulevés par la partie adverse, on peut s'interroger si ces concepts ont bien été pris en compte et s'ils ont été évalués à leur juste poids. Déjà dans *Gold*, la Cour d'appel fédérale rappelait que le Parlement a reconnu que l'intérêt public dans l'administration de la justice qui milite pour la divulgation peut l'emporter sur l'intérêt public même de la sécurité nationale et que l'économie de la loi ne révèle pas de déséquilibre évident entre ces intérêts.

[55] In paragraphs 35-38, the Prothonotary analysed the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, as follows:

For greater certainty, and as is the practice of this Court, I nonetheless intend to apply that three-part test. On that point, I think that the foregoing reasons indicate that the defendant's motion raises a serious issue and that she would suffer irreparable harm if the stay of proceedings were not ordered. It is also clear from the foregoing study that, on the question of the balance of convenience, the defendant is most seriously affected if the stay is denied.

In short, the defendant is entitled to require that the privileged information that appears in Serge Therriault's affidavit not be jeopardized.

Similarly, the defendant is entitled to be able to make full answer and defence.

Having regard to the specific facts of this case, a stay of these proceedings is the only remedy that reconciles those two rights.

[56] The use of the words "for greater certainty" suggests that the Prothonotary thought that his analysis under section 37, in which he concluded that the public interests referred to in Serge Therriault's affidavit outweighed the public interests that supported disclosure, together with his conclusion that the defendant could not prepare a sound defence without disclosing it,⁵ was sufficient reason to stay the action.

[57] The serious issue advanced by the defendant was indeed as follows:

[TRANSLATION] Is the defendant able to make full answer and defence without disclosing the information referred to in the affidavit of Insp. Serge Therriault?

[58] While that was the question that had to be asked according to *RJR — MacDonald*, it called for an analysis of the possible application of section 37, but in this case to the action. At that stage, the Court was going to have to ask whether the information to be disclosed was essential and crucial to the success of the action or the defence. This is different from the application of section 37 to the stay motion. I conclude that the Prothonotary either erred in his analysis under section 37 in relation

[55] Aux paragraphes 35 à 38, le protonotaire procède à l'analyse du test tripartite énoncé dans *RJR — MacDonald Inc.*, comme suit :

Pour plus de sûreté et comme c'est la pratique en cette Cour, j'entends néanmoins appliquer ce test à trois volets. À cet égard je pense que les motifs qui précèdent indiquent que la requête de la défenderesse soulève une question sérieuse et qu'elle subirait un préjudice irréparable si la suspension des procédures n'était pas décrétée. Enfin, il est également clair de l'étude qui précède que dans le cadre de la balance des inconvénients, la défenderesse l'emporte si la suspension est refusée.

Somme toute, la défenderesse est en droit d'exiger que ne soient pas mis en péril les renseignements privilégiés apparaissant à l'affidavit de Serge Therriault.

De la même façon, la défenderesse est en droit de bénéficier d'une défense pleine et entière.

Compte tenu des faits particuliers de l'espèce, seule la suspension de la présente instance permet de concilier ces deux droits.

[56] L'usage des mots « [p]our plus de sûreté » laisse entendre que le protonotaire considérait que son analyse en vertu de l'article 37 où il conclut que les intérêts publics auxquels réfèrent l'affidavit de Serge Therriault l'emportent sur les intérêts publics militant en faveur de la divulgation jumelée à sa conclusion que la défenderesse ne pourrait développer une défense valable sans les divulguer⁵, constituait un motif suffisant pour suspendre l'action.

[57] Il est vrai que la question sérieuse mise de l'avant par la défenderesse était la suivante :

Est-ce que la défenderesse est en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont fait état l'affidavit de l'inspecteur Serge Therriault?

[58] Si cette question était celle qui s'imposait au sens de *RJR — MacDonald*, elle impliquait une analyse de l'application possible de l'article 37 mais au niveau de l'action cette fois. À ce stade-là, la Cour allait devoir s'interroger à savoir si l'information à être divulguée constituait un élément de preuve essentiel et crucial au succès de l'action ou de la défense. Ceci est différent de l'application de l'article 37 au niveau de la requête en suspension. Je conclus que soit le protonotaire s'est

to the motion or confused the two levels of analysis when he examined the serious issue advanced.

[59] In addition, the Court cannot follow the defendant's reasoning, which was adopted by the Prothonotary. At what point will the judge who hears the matter on the merits have to decide this issue? It really seems that it arises only in relation to the stay motion or to an objection that might be made under section 37. At the hearing, however, the defendant argued that the purpose of the stay was to enable it to use its information to present a defence once the ongoing criminal investigations have been completed.

[60] In addition, the purpose of that test (serious issue) is to ensure that the position of the party seeking a stay is not frivolous, in terms of the merits of the action or defence. The question advanced by the defendant does not answer that concern, in my opinion.

[61] For these reasons, I conclude that I must exercise my discretion *de novo* and that there is no need to analyse the other arguments made by the plaintiffs on this point.

[62] As I said earlier, I assume at this stage that section 37 applies in this situation and in a proactive context.

[63] In this context, even if I agree that Mr. Therriault's affidavit must not be disclosed, after completing the exercise directed by section 37 of the Evidence Act, I am not satisfied that the defendant has established that it will suffer irreparable harm if the action is not stayed.

[64] In this respect, I believe that the motion is premature.

[65] There is nothing to indicate that the defendant could not file a redacted statement of defence and that, if necessary, the judge who is asked to make an order under section 37, at that point, could not, if he or she found it appropriate under subsection 37(5), set a reasonable time within which the defendant would have

trompé dans son analyse sous l'article 37 au niveau de la requête ou il a confondu les deux niveaux d'analyse lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée.

[59] De plus, la Cour ne peut suivre le raisonnement de la défenderesse adopté par le protonotaire. À quel moment le juge du fond aura-t-il à décider de cette question? Il semble vraiment qu'elle ne se soulève qu'au niveau de la requête en suspension ou au niveau d'une éventuelle opposition en vertu de l'article 37. Pourtant, à l'audience, la défenderesse a argué que le but de la suspension est de lui permettre de pouvoir utiliser ses renseignements pour se défendre dès que les enquêtes criminelles en cours seront complétées.

[60] De plus, le but de ce critère (question sérieuse) est de s'assurer que la position de la partie qui demande une suspension n'est pas frivole au niveau du mérite de l'action ou de la défense. La question proposée par la défenderesse ne répond pas selon moi, à cette préoccupation.

[61] Pour ces motifs, je conclus que je dois exercer ma discrétion *de novo* et qu'il n'est pas utile d'analyser les autres arguments soulevés par les demandeurs à cet égard.

[62] Comme je l'ai déjà dit, à ce stade-ci, j'assume que l'article 37 s'applique dans la présente situation et dans un contexte proactif.

[63] Dans ce cadre, même si j'acceptais que l'affidavit de M. Therriault ne doit pas être divulgué, après avoir fait l'exercice prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve, je ne suis pas satisfaite que la défenderesse a établi qu'elle subira un préjudice irréparable si l'action n'est pas suspendue.

[64] À cet égard, je crois que la requête est prématurée.

[65] En effet, rien n'indique que la défenderesse ne pourrait par exemple déposer une défense caviardée et qu'au besoin, le juge ayant à rendre une ordonnance en vertu de l'article 37 à ce moment là, ne pourrait fixer s'il le juge opportun au sens du paragraphe 37(5), un délai raisonnable dans lequel la défenderesse devrait

to disclose the redacted information, as a condition of disclosure.

[66] In addition, because the Court must ordinarily balance the diverse interests at play, an exercise that includes assessing the relevance of the information in the strict sense (*Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, at paragraphs 17 and 18; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraph 22), the Court must have before it as many details as possible regarding the defence that the defendant intends to assert. At this stage, I am not satisfied that I have sufficient evidence in that regard.

[67] I am also not satisfied that a stay would resolve the dilemma faced by the defendant today. As Mr. Covey said, its objection is based on a number of public interests, not only the interest in ongoing police investigations. How would a stay resolve the dilemma in respect of the information that Superintendent Covey included in categories B, D and E, to mention only that information?

[68] It is not useful or appropriate to go any further, because these reasons provide sufficient justification for dismissing the stay motion, if section 37 is to be interpreted as applying in a proactive context.

[69] Before concluding, however, I would like to point out that if section 37 of the Evidence Act can be applied only in a reactive context, as I believe, this does not mean that a motion under paragraph 50(1)(b) can never be granted to enable police services to complete an investigation when a civil action has been instituted. With respect, I do not think that the decision in *Mulroney*, definitively settled that question.

[70] Paragraph 50(1)(b) specifically provides that even when there is no action pending, a stay may be granted where it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[71] Parliament has already provided that a stay of proceedings may be granted in the context of a criminal

divulguer les informations caviardées, et ce, comme condition de la divulgation.

[66] De plus, comme la Cour doit normalement balancer les divers intérêts en jeu ce qui inclut l'évaluation de la pertinence des renseignements au sens strict (*Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, aux paragraphes 17 et 18; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), au paragraphe 22), la Cour doit avoir en main le plus de détails possible sur la défense que la défenderesse entend faire valoir. À ce stade-ci, je ne suis pas satisfaite que j'ai suffisamment d'éléments à cet égard.

[67] De plus, je ne suis pas non plus satisfaite qu'une suspension réglerait le dilemme auquel fait face la défenderesse aujourd'hui. En effet, comme l'indique M. Covey, son opposition s'appuie sur plusieurs intérêts publics pas seulement celui relatif à des enquêtes policières en cours. Comment la suspension réglerait-elle le dilemme quant aux renseignements que le surintendant Covey inclut dans les catégories B, D, E, pour ne nommer que celles-là?

[68] Il n'est pas utile et opportun d'aller plus loin puisque ces motifs justifient déjà le rejet de la requête en suspension si l'article 37 doit s'interpréter comme applicable dans un contexte proactif.

[69] Avant de conclure, j'aimerais toutefois souligner que si comme je le crois l'article 37 de la Loi sur la preuve ne peut être appliqué que dans un contexte réactif, cela ne veut pas dire qu'une requête en vertu de l'alinéa 50(1)(b) ne peut jamais être accordée pour permettre aux corps policiers de conclure une enquête alors qu'une action civile a été intentée. Avec égard, je ne considère pas que la décision dans *Mulroney*, a réglé cette question définitivement.

[70] L'alinéa 50(1)(b) prévoit spécifiquement que même lorsqu'il n'y pas de litispendance, une suspension peut être accordée lorsque l'intérêt de la justice l'exige.

[71] Le législateur a déjà prévu qu'un arrêt des procédures peut être accordée dans le contexte d'une

proceeding if the Crown objects to disclosure of information that is essential to the accused (section 37.3). This was in fact the rule before these provisions were enacted in 1985.

[72] Doing the same thing in civil proceedings, where it is justified by the circumstances and public interests at play, would allow the defendant's concerns to be taken into account.

[73] I am confident that in appropriate given circumstances, with careful presentation, such a motion can succeed.

ORDER

THE COURT ORDERS that:

1. The appeal be allowed.
2. The order of February 16, 2005, be set aside and the motion for a stay dismissed, costs in the cause.
3. The affidavit of Serge Therriault be delivered to the defendant by hand. The defendant will have to contact the Registry for that purpose. The Court will retain a copy of the affidavit for a certain period of time in its locked vault, along with other relevant notes of the Court. Those documents will be securely destroyed after a reasonable period of time, it being understood that those documents must be retained at least until expiry of the time for appeal and, in the event of an appeal, until after final judgment only.

APPENDIX A

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10:

41. (1) Subject to the provisions of any other Act and to subsection (2), when a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that a document belongs to a class or contains information which on grounds of a public interest specified in the affidavit should be withheld from production and discovery, the court may examine the document and order its production and discovery to the parties, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in

procédure criminelle si la Couronne s'oppose à la divulgation d'informations essentielles pour l'accusé (article 37.3). Ceci était d'ailleurs la règle avant l'adoption de ces dispositions en 1985.

[72] Faire de même dans des procédures civiles lorsque cela est justifié par les circonstances et les intérêts publics en jeu permettrait de tenir compte des préoccupations de la défenderesse.

[73] Je suis confiante que dans des circonstances appropriées données avec une présentation soignée, une telle requête peut réussir.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. L'appel est accueilli.
2. L'ordonnance du 16 février 2005 est annulée et la requête en suspension est rejetée, le tout frais à suivre.
3. L'affidavit de Serge Therriault sera remis en mains propres à la défenderesse. Cette dernière devra prendre contact avec le greffe à cet effet. La Cour conservera pour un certain temps dans sa voûte verrouillée une copie de cet affidavit de même que d'autres notes de Cour pertinentes. Ces documents seront détruits d'une manière sécuritaire après une période raisonnable étant entendu que ces documents devront être conservés au moins jusqu'à l'expiration du délai d'appel et en cas d'appel, seulement après un jugement final.

ANNEXE A

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10 :

41. (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi et du paragraphe (2), lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, à cause d'un intérêt public spécifié dans l'affidavit, ne pas exiger la production et la communication, ce tribunal peut examiner le document et ordonner de le produire ou d'en communiquer la teneur aux parties, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la

importance the public interest specified in the affidavit.

(2) When a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court. [Emphasis added.]

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5 [as it read prior to the 2001 amendments]:

37. (1) A minister of the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

(3) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection (2) by

(a) the Federal Court—Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or pursuant to an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application pursuant to subsection (3) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(5) An appeal lies from a determination under subsection (2) or (3)

bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication. [Non souligné dans l'original.]

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5 [telle qu'elle se lisait avant les modifications de 2001] :

37. (1) Un ministre fédéral ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

(3) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant le tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée conformément au paragraphe (2), sur demande, par :

a) la Section de première instance de la Cour fédérale, dans les cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements en vertu d'une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province;

b) La division ou cour de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(5) L'appel des décisions rendues en vertu des paragraphes (2) ou (3) se fait :

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court-Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of a province.

(6) An appeal under subsection (5) shall be brought within ten days from the date of the determination appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(7) Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made pursuant to subsection (5) shall be made within ten days from the date of the judgment appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances; and

(b) where leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within such time as the court that grants leave specifies.

38. (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 37(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 37(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application under subsection (1) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications, considers appropriate.

(3) An appeal lies from a determination under subsection (1) to the Federal Court of Appeal.

(4) Subsection 37(6) applies in respect of appeals under subsection (3), and subsection 37(7) applies in respect of appeals from judgment made pursuant to subsection (3), with such modifications as the circumstances require.

(5) An application under subsection (1) or an appeal brought in respect of the application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the person objecting to the disclosure of information, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

a) devant la Cour d'appel fédérale, pour ce qui est de celles de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) devant la cour d'appel d'une province, pour ce qui est de celles de la division ou cour de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(6) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (5) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais la cour d'appel peut le proroger si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

(7) Nonobstant toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, visé au paragraphe (5), mais le tribunal compétent pour autoriser l'appel peut proroger ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé le tribunal qui a autorisé l'appel.

38. (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 37(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 37(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

(2) La délai dans lequel la demande visée au paragraphe (1) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué.

(3) Il y a appel de la décision visée au paragraphe (1) devant la Cour d'appel fédérale.

(4) Le paragraphe 37(6) s'applique aux appels prévus au paragraphe (3) et le paragraphe 37(7) s'applique aux appels des jugements rendus en vertu du paragraphe (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

(5) Les demandes visées au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si la personne qui s'oppose à la divulgation le demande.

(6) During the hearing of an application under subsection (1) or an appeal brought in respect to the application, the person who made the objection in respect of which the application was made or the appeal was brought shall, on the request of that person, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

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

(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)

(6) La personne qui a porté l'opposition qui fait l'objet d'une demande ou d'un appel a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

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.

(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

(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.

rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41 [section 43]:

37. (1) Subject to sections 38 to 38.16, a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(1.1) If an objection is made under subsection (1), the court, person or body shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(2) If an objection to the disclosure of information is made before a superior court, that court may determine the objection.

(3) If an objection to the disclosure of information is made before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, by

(a) the Federal Court-Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or under an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application under subsection (3) shall be made within 10 days after the objection is made or within any further or lesser time that the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(4.1) Unless the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, the court may authorize by order the disclosure of the information.

(5) If the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public

Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41 [article 43] :

37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s'opposer à la divulgation de renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d'intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

(1.1) En cas d'opposition, le tribunal, l'organisme ou la personne veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(2) Si l'opposition est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut décider la question.

(3) Si l'opposition est portée devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée, sur demande, par :

a) la Section de première instance de la Cour fédérale, dans le cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d'une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province;

b) la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(4.1) Le tribunal saisi peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1), sauf s'il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées.

(5) Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt

interest, the court may, by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any encroachment upon the specified public interest resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the court considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(6) If the court does not authorize disclosure under subsection (4.1) or (5), the court shall, by order, prohibit disclosure of the information.

(6.1) The court may receive into evidence anything that, in the opinion of the court, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base its decision on that evidence.

(7) An order of the court that authorizes disclosure does not take effect until the time provided or granted to appeal the order, or a judgment of an appeal court that confirms the order, has expired, or no further appeal from a judgment that confirms the order is available.

(8) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (5), but who may not be able to do so by reason of the rules of admissibility that apply before the court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, may request from the court having jurisdiction under subsection (2) or (3) an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that court, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (5).

(9) For the purpose of subsection (8), the court having jurisdiction under subsection (2) or (3) shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility before the court, person or body.

37.1 (1) An appeal lies from a determination under any of subsections 37(4.1) to (6)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court-Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of the province.

(2) An appeal under subsection (1) shall be brought within 10 days after the date of the determination appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

public déterminées, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice au regard des raisons d'intérêt public déterminées, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(6) Dans les cas où le tribunal n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (4.1) ou (5), il rend une ordonnance interdisant la divulgation.

(6.1) Le tribunal peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

(7) L'ordonnance de divulgation prend effet après l'expiration du délai prévu ou accordé pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

(8) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (5), mais qui ne pourrait peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables devant le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, peut demander au tribunal saisi au titre des paragraphes (2) ou (3) de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, pourvu que telle forme ou telles conditions soient conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (5).

(9) Pour l'application du paragraphe (8), le tribunal saisi au titre des paragraphes (2) ou (3) prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve devant le tribunal, l'organisme ou la personne.

37.1 (1) L'appel d'une décision rendue en vertu des paragraphes 37(4.1) à (6) se fait :

a) devant la Cour d'appel fédérale, s'agissant d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) devant la cour d'appel d'une province, s'agissant d'une décision de la division ou du tribunal de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(2) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (1) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais le tribunal d'appel peut le proroger s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

37.2 Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made under subsection 37.1(1) shall be made within 10 days after the date of the judgment appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances;

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the court that grants leave.

37.21 (1) A hearing under subsection 37(2) or (3) or an appeal of an order made under any of subsections 37(4.1) to (6) shall be heard in private.

(2) The court conducting a hearing under subsection 37(2) or (3) or the court hearing an appeal of an order made under any of subsections 37(4.1) to (6) may give

(a) any person an opportunity to make representations; and

(b) any person who makes representations under paragraph (a) the opportunity to make representations *ex parte*.

37.3 (1) A judge presiding at a criminal trial or other criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 37(4.1) to (6) in relation to that trial or proceeding or any judgment made on appeal of an order made under any of those subsections.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

38. The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

37.2 Nonobstant toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada du jugement rendu au titre du paragraphe 37.1(1) est de dix jours suivant ce jugement, mais le tribunal compétent pour autoriser l'appel peut proroger ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances;

b) dans le cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui que fixe le tribunal ayant autorisé l'appel.

37.21 (1) Les audiences tenues dans le cadre des paragraphes 37(2) ou (3) et l'audition de l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) sont tenues à huis clos.

(2) Le tribunal qui tient une audience au titre des paragraphes 37(2) ou (3) ou le tribunal saisi de l'appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) peut :

a) donner à quiconque la possibilité de présenter des observations;

b) donner à quiconque présente des observations au titre de l'alinéa a) la possibilité de les présenter en l'absence d'autres parties.

37.3 (1) Le juge qui préside un procès criminel ou une autre instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée dans les circonstances en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) relativement à ce procès ou à cette instance ou à la décision en appel portant sur une ordonnance rendue au titre de l'un ou l'autre de ces paragraphes.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[...]

38. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of the Federal Court-Trial Division designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the *National Defence Act* or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

38.01 (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de la Section de première instance de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l'article 38.04.

« participant » Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d'une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d'une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

38.01 (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(5) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(6) This section does not apply when

(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;

(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;

(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or

(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.

(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).

(3) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.

(4) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(6) Le présent article ne s'applique pas :

a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;

b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.

38.02 (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court—Trial Division under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

38.03 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.

38.02 (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

38.03 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

38.031 (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court—Trial Division under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court—Trial Division under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).

38.04 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information; and

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

38.031 (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)(b) à (d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)(c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)(c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

38.04 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

a) il est tenu de demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne—à l'exclusion d'un témoin—qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut

it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information.

(3) A person who applies to the Federal Court-Trial Division under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Administrator of the Federal Court may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court—Trial Division is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

- (i) determine who should be given notice of the hearing,
- (ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and
- (iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

(6) After the Federal Court—Trial Division is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,

(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information, or disclosure of the facts or information subject to conditions; and

en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Section de première instance au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur de la Cour fédérale peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Section de première instance de la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada—et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

- (i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,
- (ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,
- (iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisine de la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.

(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court-Trial Division is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.

38.05 If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Section de première instance de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendu en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

38.05 Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au

subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

38.07 The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.

38.08 If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

38.09 (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

38.1 Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the Supreme Court of Canada.

38.11 (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

38.07 Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

38.08 Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d, il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

38.09 (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

38.1 Malgré toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le délai s'il l'estime indiqué en l'espèce;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.

38.11 (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

38.12 (1) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

38.13 (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may issue the certificate only with the agreement, given personally, of the Minister of National Defence.

(3) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be served on

(a) the person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside;

(b) every party to the proceeding;

(c) every person who gives notice under section 38.01 in connection with the proceeding;

(d) every person who, in connection with the proceeding, may disclose, is required to disclose or may cause the

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

38.12 (1) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

38.13 (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.

(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :

a) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;

b) à toute partie à l'instance;

c) à toute personne qui donne l'avis prévu à l'article 38.01 dans le cadre de l'instance;

d) à toute personne qui, dans le cadre de l'instance, a l'obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire

disclosure of the information about which the Attorney General of Canada has received notice under section 38.01;

(e) every party to a hearing under subsection 38.04(5) or to an appeal of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information;

(f) the judge who conducts a hearing under subsection 38.04(5) and any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information; and

(g) any other person who, in the opinion of the Attorney General of Canada, should be served.

(4) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be filed

(a) with the person responsible for the records of the proceeding to which the information relates; and

(b) in the Registry of the Federal Court and the registry of any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3).

(5) If the Attorney General of Canada issues a certificate, then, notwithstanding any other provision of this Act, disclosure of the information shall be prohibited in accordance with the terms of the certificate.

(6) The *Statutory Instruments Act* does not apply to a certificate issued under subsection (1).

(7) The Attorney General of Canada shall, without delay after a certificate is issued, cause the certificate to be published in the *Canada Gazette*.

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

(9) The certificate expires 15 years after the day on which it is issued and may be reissued.

38.131 (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

(2) The applicant shall give notice of the application to the Attorney General of Canada.

divulguer les renseignements à l'égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l'article 38.01;

e) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

f) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

g) à toute autre personne à laquelle, de l'avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.

(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :

a) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l'instance;

b) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3).

(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.

(6) La *Loi sur les textes réglementaires* ne s'applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).

(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la *Gazette du Canada*.

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

(9) Le certificat expire à la fin d'une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.

38.131 (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.

(3) In the case of proceedings under Part III of the *National Defence Act*, notice under subsection (2) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(4) Notwithstanding section 16 of the *Federal Court Act*, for the purposes of the application, the Federal Court of Appeal consists of a single judge of that Court.

(5) In considering the application, the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base a determination made under any of subsections (8) to (10) on that evidence.

(6) Sections 38.11 and 38.12 apply, with any necessary modifications, to an application made under subsection (1).

(7) The judge shall consider the application as soon as reasonably possible, but not later than 10 days after the application is made under subsection (1).

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

(10) If the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order confirming the certificate.

(11) Notwithstanding any other Act of Parliament, a determination of a judge under any of subsections (8) to (10) is final and is not subject to review or appeal by any court.

(12) If a certificate is varied or cancelled under this section, the Attorney General of Canada shall, as soon as possible after the decision of the judge and in a manner that mentions the original publication of the certificate, cause to be published in the *Canada Gazette*

(3) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, l'avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(4) Par dérogation à l'article 16 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale est constituée d'un seul juge de ce tribunal pour l'étude de la demande.

(5) Pour l'étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l'un des paragraphes (8) à (10).

(6) Les articles 38.11 et 38.12 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).

(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.

(11) La décision du juge rendue au titre de l'un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ni de révision judiciaire.

(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la *Gazette du Canada*, avec mention du certificat publié antérieurement :

(a) the certificate as varied under subsection (8); or

(b) a notice of the cancellation of the certificate under subsection (9).

38.14 (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

38.15 (1) If sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a prosecution that is not instituted by the Attorney General of Canada or on his or her behalf, the Attorney General of Canada may issue a fiat and serve the fiat on the prosecutor.

(2) When a fiat is served on a prosecutor, the fiat establishes the exclusive authority of the Attorney General of Canada with respect to the conduct of the prosecution described in the fiat or any related process.

(3) If a prosecution described in the fiat or any related process is conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, the fiat or a copy of the fiat shall be filed with the court in which the prosecution or process is conducted.

(4) The fiat or a copy of the fiat

(a) is conclusive proof that the prosecution described in the fiat or any related process may be conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada; and

(b) is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the Attorney General of Canada.

(5) This section does not apply to a proceeding under Part III of the *National Defence Act*.

a) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);

b) un avis de la révocation d'un certificat au titre du paragraphe (9).

38.14 (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, à une décision en appel ou découlant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

38.15 (1) Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d'une poursuite qui n'est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.

(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l'égard de la poursuite qui y est mentionnée et des procédures qui y sont liées.

(3) L'original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite—ou d'une autre procédure liée à celle-ci—engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.

(4) Le fiat ou le double de celui-ci :

a) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;

b) est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.

(5) Le présent article ne s'applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*.

38.16 The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry into effect the purposes and provisions of sections 38 to 38.15, including regulations respecting the notices, certificates and the fiat.

38.16 Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.

¹ T. G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1990, p. 17, footnote 2. John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1999, para. 15.5-15.8.

² The 1982 provisions, sections 36.1, 36.2 and 36.3, were renumbered in the 1985 revision and became sections 37, 38 and 39. I will use the new numbering in my reasons.

³ The parties confirmed that they also reviewed the British, Australian and New Zealand decisions on this question.

⁴ This language expands the circumstances in which a non-disclosure application under s. 38 may be made. However, even in this context, it is not clear that after obtaining a non-disclosure order a party may submit the "secret" evidence to the court hearing the proceeding (other than the designated judge, within the meaning of s. 38) to support its own position. I do not intend to address that question here.

⁵ The Prothonotary reached that conclusion simply because the defendant must reply to all allegations in the statement of claim. He does not seem to have considered that balancing the interests at play calls for a more rigorous test to be applied than mere relevance to the allegations in the statement of claim. In relation to both s. 37 and s. 38, in fact, the Court must consider whether the information is evidence that is crucial or very important to the success of the action or the defence (on this point, see the decisions cited in para. 66 below).

¹ T. G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1990, p. 17, note 2. John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd., Toronto : Butterworths, 1999, par. 15.5 à 15.8.

² Les dispositions de 1982, soient les articles 36.1, 36.2 et 36.3, ont été renumérotées lors de la refonte de 1985 pour devenir les articles 37, 38 et 39. J'utiliserai dans mes motifs cette nouvelle numérotation.

³ Les parties ont confirmé qu'elles ont aussi examiné la jurisprudence britannique, australienne ou néo-zélandaise sur la question.

⁴ Ce langage élargit les circonstances dans lesquelles une demande de non-divulgaration en vertu de l'art. 38 peut être présentée. Toutefois, même dans ce contexte, il n'est pas clair qu'une partie puisse, après avoir obtenu une ordonnance de non-divulgaration, présenter cette preuve « secrète » au tribunal qui préside l'instance (autre que le juge désigné au sens de l'art. 38) pour appuyer ses propres prétentions. Je n'entends pas me prononcer sur cette question ici.

⁵ Le protonotaire en arrive à cette conclusion simplement parce que la défenderesse doit répondre à tous les allégués de la déclaration. Il ne semble pas avoir considéré que la mise en équilibre des intérêts en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que celui de la simple pertinence eu égard aux allégués de la déclaration. En effet, tant dans le cadre de l'art. 37 que de l'art. 38, la Cour doit évaluer si ces renseignements constituent une preuve cruciale ou très importante pour le succès de l'action ou de la défense (voir à cet égard les décisions citées au par. 66 ci-après).