

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada and in his capacity as Minister of Justice, the Treasury Board of Canada and the Deputy Minister of Justice *Appellants*

v.

Patricia Babcock, Linda Bell, Victoria Bryan, Lynn Burch, Karl Burdak, George Carruthers, Gordon Carscadden, Margaret E.T. Clare, Timothy W. Clarke, Moyra Dhaliwal, Mary Jane Dodge, Jonas Dubas, S. David Frankel, Greg D. Franklin, Valerie Hartney, Bruce Hilchey, John Kennedy, Digby Kier, Daniel L. Kiselbach, Ingeborg E. Lloyd, Josephine Loncaric, John Loo, William Mah, Ian McKinnon, Robert Moen, Nancy Oster, Michael Owens, Brent Paris, Darlene Patrick, Paul Pelletier, David Prest, Brian Purdy, Christopher Randall, Brian Sedgwick, Karen Shirley, Pamela Lindsay Smith, Tim Stokes, Cory Stolte, Josée Tremblay, Karen A. Truscott, Max Weder, Harry Wruck and Wendy Yoshida *Respondents*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Information Commissioner of Canada and the British Columbia Civil Liberties Association *Intervenors*

and between

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada and in his capacity as Minister of Justice, the Treasury Board of Canada and the Deputy Minister of Justice *Appellants*

v.

Rosemary Lutter and Emily Reid *Respondents*

Le procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et en sa qualité de ministre de la Justice, le Conseil du Trésor du Canada et le sous-ministre de la Justice *Appelants*

c.

Patricia Babcock, Linda Bell, Victoria Bryan, Lynn Burch, Karl Burdak, George Carruthers, Gordon Carscadden, Margaret E.T. Clare, Timothy W. Clarke, Moyra Dhaliwal, Mary Jane Dodge, Jonas Dubas, S. David Frankel, Greg D. Franklin, Valerie Hartney, Bruce Hilchey, John Kennedy, Digby Kier, Daniel L. Kiselbach, Ingeborg E. Lloyd, Josephine Loncaric, John Loo, William Mah, Ian McKinnon, Robert Moen, Nancy Oster, Michael Owens, Brent Paris, Darlene Patrick, Paul Pelletier, David Prest, Brian Purdy, Christopher Randall, Brian Sedgwick, Karen Shirley, Pamela Lindsay Smith, Tim Stokes, Cory Stolte, Josée Tremblay, Karen A. Truscott, Max Weder, Harry Wruck et Wendy Yoshida *Intimés*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Commissaire à l'information du Canada et la British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

et entre

Le procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et en sa qualité de ministre de la Justice, le Conseil du Trésor du Canada et le sous-ministre de la Justice *Appelants*

c.

Rosemary Lutter et Emily Reid *Intimées*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Information Commissioner of Canada and the British Columbia Civil Liberties Association *Intervenors*

INDEXED AS: BABCOCK v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 57.

File No.: 28091.

2002: February 20; 2002: July 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Evidence — Disclosure of government information — Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council — Government claiming in litigation with staff lawyers that certain documents were Cabinet confidences and consequently exempt from disclosure under s. 39 of Canada Evidence Act — Processes by which Cabinet confidentiality may be claimed and relinquished — Requirements for valid certification — Whether by releasing some documents Crown has waived its right to invoke s. 39 over other documents — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.

Constitutional law — Validity of legislation — Legislation exempting Cabinet confidences from disclosure — Whether legislation unconstitutional by reason of unwritten principles of Canadian Constitution — Whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39 — Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.

The respondents, who are staff lawyers with the federal Department of Justice in Vancouver, sued the

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Commissaire à l'information du Canada et la British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BABCOCK c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 57.

N° du greffe : 28091.

2002 : 20 février; 2002 : 11 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Preuve — Divulgence de renseignements du gouvernement — Opposition à la production de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine — Prétention du gouvernement, dans un litige l'opposant à des avocats à son emploi, que certains documents étaient des renseignements confidentiels du Cabinet et pouvaient donc être exemptés de divulgation en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Mécanismes par lesquels le Cabinet peut invoquer la confidentialité de renseignements ou y renoncer — Conditions d'une attestation valide — En divulguant certains documents, la Couronne a-t-elle renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 à l'égard d'autres documents? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Droit constitutionnel — Validité de la loi — Loi exemptant de divulgation les renseignements confidentiels du Cabinet — La loi est-elle inconstitutionnelle par application des principes non écrits de la Constitution canadienne? — La décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39 — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.

Les intimés, des avocats à l'emploi du ministère fédéral de la Justice à Vancouver, ont poursuivi la

federal Crown for breach of contract and breach of fiduciary duty when they failed to be paid the same salary as staff lawyers in Toronto. Lists of documents were exchanged, in which the government listed a number of documents as producible. In support of a motion to have the action transferred to the Federal Court, which was dismissed, the government filed the affidavit of an officer of the Treasury Board Secretariat which set out the rationale for the pay raise for Toronto lawyers. The government later changed its position on disclosure and delivered a certificate of the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act* objecting to the disclosure of 51 documents and any examination thereon, on the ground that they contain “information constituting confidences of the Queen’s Privy Council for Canada”. The certificate claimed protection for 12 government documents previously listed as producible (some of which had already been disclosed), for five documents in the control or possession of the respondents, and for 34 government documents and information previously listed as not producible. The chambers judge dismissed the respondents’ application to compel production of the documents for which the government claimed protection. A majority of the Court of Appeal reversed this decision and ordered production on the ground that the government had waived its right to claim confidentiality by listing some of the documents as producible and by disclosing selective information in the affidavit.

Held: The appeal should be allowed in part. The documents certified but disclosed are no longer protected and may be used in the litigation.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Section 39 of the *Canada Evidence Act* is Canada’s response to the need to provide a mechanism for the responsible exercise of the power to claim Cabinet confidentiality in the context of judicial and quasi-judicial proceedings. Certification by the Clerk of the Privy Council or by a minister of the Crown is the trigger by which information becomes protected. Before certifying information, however, the Clerk or minister must answer two questions in the affirmative: first, is it a Cabinet confidence within the meaning of ss. 39(1) and 39(2); and second,

Couronne fédérale pour rupture de contrat et manquement à son obligation fiduciaire parce qu’elle ne leur accordait pas la même rémunération qu’aux avocats internes de Toronto. Les parties ont échangé des listes de documents dans lesquelles le gouvernement a énuméré une série de documents décrits comme pouvant être produits. À l’appui d’une requête visant à faire transférer l’instance à la Cour fédérale, qui a été rejetée, le gouvernement a déposé un affidavit d’une cadre du Secrétariat du Conseil du Trésor qui explique pourquoi la rémunération des avocats de Toronto a été majorée. Plus tard, le gouvernement a modifié sa position concernant la divulgation des documents et produit une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour faire valoir son opposition à la divulgation de 51 documents et à tout interrogatoire les concernant au motif qu’ils contenaient [TRADUCTION] « des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». L’attestation invoquait l’immunité à l’égard de 12 documents du gouvernement préalablement énumérés comme des documents pouvant être produits (dont certains avaient déjà été divulgués), de cinq documents sous le contrôle des intimés ou en leur possession, ainsi que de 34 documents et renseignements préalablement décrits comme ne pouvant être produits. Le juge en chambre a rejeté la demande des intimés visant à contraindre le gouvernement à produire les documents qu’il prétendait protégés. Les juges de la Cour d’appel, à la majorité, ont infirmé cette décision et ordonné la production des documents au motif que le gouvernement avait renoncé à son droit d’invoquer la confidentialité en indiquant sur sa liste que certains documents pouvaient être produits et en divulguant des renseignements sélectifs dans l’affidavit.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Les documents visés par l’attestation mais déjà divulgués ne sont plus protégés et peuvent être utilisés dans le cadre de l’instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Le Canada a édicté l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour répondre au besoin d’établir un mécanisme assurant l’exercice responsable du pouvoir d’invoquer la confidentialité des délibérations du Cabinet dans le contexte d’une instance judiciaire ou quasi judiciaire. C’est l’attestation du greffier du Conseil privé ou d’un ministre qui enclenche l’application de la protection à un renseignement. Le greffier ou le ministre doivent toutefois répondre par l’affirmative à deux questions avant de délivrer une attestation : Premièrement,

is it information which the government should protect taking into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality? Once certified, information gains greater protection than at common law since the absolute language contained in s. 39 goes beyond the common law approach of balancing the public interest in protecting confidentiality and disclosure on judicial review. The requirements for valid certification are as follows: (1) it must be done by the Clerk or minister; (2) it must relate to information within s. 39(2); (3) it must be done in a *bona fide* exercise of delegated power; (4) it must be done to prevent disclosure of hitherto confidential information. If there has been disclosure, s. 39 no longer applies, since its only purpose is to prevent disclosure. The only timing limits are those found in s. 39(4). The protection of s. 39 continues indefinitely unless: (1) the certificate is successfully challenged on the ground that it related to information that does not fall under s. 39; (2) the power of certification of the Clerk or minister has otherwise been improperly exercised; (3) s. 39(4) is engaged; or (4) the Clerk or minister chooses to decertify the information.

The concept of waiver in any ordinary sense of the term does not apply on the facts of this case, and this is consistent with the common law. By releasing some documents, the Crown has not waived its right to invoke s. 39 over other documents. Moreover, the language of s. 39(1) does not permit one to say that disclosure of some information removes s. 39 protection from other, non-disclosed information.

The wording of s. 39(1) leaves little scope for judicial review of a certification of Cabinet confidentiality. However, the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised still applies. The certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1), or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1). It does not follow from the fact that s. 39 makes it difficult to attack a certification that the procedure is unlawful. All bodies expressly mentioned in s. 39, not just superior courts,

s'agit-il d'un renseignement confidentiel au sens des par. 39(1) et (2)? Deuxièmement, s'agit-il de renseignements que le gouvernement doit protéger compte tenu des intérêts opposés voulant, d'une part, qu'ils soient divulgués et, d'autre part, que la confidentialité soit préservée? Une fois sa confidentialité attestée, un renseignement bénéficie d'une protection plus grande que celle offerte par la common law, puisque les termes absolus édictés à l'art. 39 vont plus loin que le critère de la common law qui consiste à déterminer, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, si l'intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué. Les conditions de validité d'une attestation sont les suivantes : (1) l'attestation émane du greffier du Conseil privé ou d'un ministre; (2) elle vise des renseignements décrits au par. 39(2); (3) elle est délivrée dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir délégué; (4) elle vise à empêcher la divulgation de renseignements demeurés jusque-là confidentiels. Si les renseignements ont déjà été divulgués, l'art. 39 ne s'y applique plus, car son seul but est d'en empêcher la divulgation. Quant au délai, les seules limites sont celles fixées au par. 39(4). La protection offerte par l'art. 39 continue de s'appliquer indéfiniment, sauf si : (1) l'attestation est contestée avec succès pour le motif qu'elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l'art. 39; (2) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l'attestation de façon irrégulière; (3) le par. 39(4) s'applique; ou (4), le greffier ou le ministre décident de révoquer l'attestation délivrée à l'égard des renseignements.

Compte tenu des faits de l'espèce, la notion de renonciation dans son sens courant ne trouve pas application et cette conclusion est compatible avec la common law. En communiquant certains documents, la Couronne n'a pas renoncé à son droit d'invoquer l'art. 39 relativement à d'autres documents. Le libellé du par. 39(1) ne permet pas d'affirmer que la divulgation de certains renseignements empêche d'autres renseignements non divulgués de bénéficier de la protection de l'art. 39.

Le libellé du paragraphe 39(1) limite beaucoup la portée du contrôle judiciaire d'une attestation de confidentialité d'un renseignement du Cabinet. Toutefois, il n'écarte pas le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière. Il est possible de contester l'attestation délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l'égard desquels l'immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu'il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère. Le fait que l'art. 39 rende difficile la

are competent to inquire into the validity of s. 39 claims for protection.

The s. 39 certification does not apply to the documents already disclosed, nor does it apply to the five documents that were in the respondents' possession or control. Section 39 cannot be invoked regarding the affidavit, since the government disclosed selective information from it; therefore, the affidavit must be disclosed and the affiant may be cross-examined on its contents. As to related information, if it has been voluntarily disclosed in other documents, then s. 39 does not apply and the documents must be produced. By contrast, the government is under no obligation to disclose related information contained in documents that have been properly certified under s. 39, but runs the risk that refusal may permit the court to draw an adverse inference. The remaining documents are protected by s. 39 of the Act. These conclusions are made without prejudice to future applications in this case.

Section 39 of the Act is constitutional. The unwritten constitutional principles do not limit government actions in this case. It is well within the power of the legislature to enact laws, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government. Moreover, Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences does not impermissibly invade the core jurisdiction of the superior courts. Section 39 does not entirely exclude judicial review of the determination by the Clerk that the information is a Cabinet confidence. It does not, in and of itself, impede a court's power to remedy abuses of process.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is substantial agreement with the majority's reasons. Before certifying information as confidential under s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, however, the Clerk or minister need not take into account the "competing interests" in disclosure. The Clerk or minister must only answer two questions before certifying, namely, (1) whether the document is a Cabinet confidence; and (2) whether it is information that the government wishes to protect.

contestation de l'attestation n'emporte pas pour autant l'illégitimité de la procédure. Tous les organismes mentionnés expressément à l'art. 39, et non simplement les cours supérieures, sont habilités à examiner la validité des demandes de protection fondées sur l'art. 39.

L'attestation délivrée en vertu de l'art. 39 ne s'applique pas aux documents déjà divulgués et il ne s'applique pas non plus aux cinq documents qui étaient en la possession des intimés ou sous leur contrôle. L'article 39 ne peut être invoqué relativement à l'affidavit, puisque le gouvernement a divulgué des renseignements sélectifs inclus dans l'affidavit; celui-ci doit donc être divulgué et son auteur peut être contre-interrogé relativement à son contenu. En ce qui concerne les renseignements connexes, s'ils ont été divulgués volontairement dans d'autres documents, l'art. 39 ne s'applique pas et les documents doivent être produits. Par contre, le gouvernement n'est nullement tenu de divulguer les renseignements connexes contenus dans les documents qui ont fait à bon droit l'objet d'une attestation sous le régime de l'art. 39, mais il court le risque que son refus de les divulguer permette à la cour de tirer une inférence défavorable. Les documents restants sont protégés par l'art. 39 de la Loi. Ces conclusions n'ont aucune incidence sur les demandes qui pourraient être présentées à l'avenir dans le dossier.

L'article 39 de la Loi est constitutionnel. Les principes non écrits de la Constitution ne limitent pas les actes du gouvernement en l'espèce. La législature a entièrement compétence pour édicter des lois, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement. De plus, la décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet ne constitue pas une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures. L'article 39 n'exclut pas tout contrôle judiciaire de la décision du greffier portant que des renseignements constituent des renseignements confidentiels du Cabinet. Il n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure.

Le juge L'Heureux-Dubé : Il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs de la majorité. Toutefois, avant d'attester que des renseignements sont confidentiels en vertu du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le greffier ou le ministre ne sont pas tenus de tenir compte des « intérêts » en jeu en ce qui concerne la divulgation des renseignements. Ils doivent se poser seulement les deux questions suivantes : (1) S'agit-il de renseignements confidentiels du Cabinet? (2) S'agit-il de renseignements que le gouvernement désire protéger?

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Leeds v. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681; *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Makanjuola v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.
Constitution Act, 1867, preamble, s. 96.
Ombudsman Act, R.S.B.C. 1996, c. 340.

Authors Cited

Great Britain. *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs*. London: HMSO, January 1976.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 142 B.C.A.C. 161, 76 B.C.L.R. (3d) 35, [2000] 6 W.W.R. 577, [2000] B.C.J. No. 1127 (QL), 2000 BCCA 348, allowing the respondents' appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1999), 176 D.L.R. (4th) 417, 70 B.C.L.R. (3d) 128, [1999] B.C.J. No. 1777 (QL). Appeal allowed in part.

David Sgayias, Q.C., and *Christopher Rupar*, for the appellants.

Richard R. Sugden, Q.C., and *Craig P. Dennis*, for the respondents.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

James C. Robb, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681; *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Makanjuola c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 38, 39 [mod. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, art. 5)].
Ombudsman Act, R.S.B.C. 1996, ch. 340.

Doctrine citée

Grande-Bretagne. *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs*. London: HMSO, January 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 142 B.C.A.C. 161, 76 B.C.L.R. (3d) 35, [2000] 6 W.W.R. 577, [2000] B.C.J. No. 1127 (QL), 2000 BCCA 348, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 176 D.L.R. (4th) 417, 70 B.C.L.R. (3d) 128, [1999] B.C.J. No. 1777 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

David Sgayias, c.r., et *Christopher Rupar*, pour les appelants.

Richard R. Sugden, c.r., et *Craig P. Dennis*, pour les intimés.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

James C. Robb, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Daniel Brunet, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Christopher Jones*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This case raises the issue of when, if ever, Cabinet confidences must be disclosed in litigation between the government and private citizens.

On June 6, 1990, the Treasury Board of Canada set the pay of Department of Justice lawyers working in the Toronto Regional Office at a higher rate than that of lawyers working elsewhere. Vancouver staff lawyers brought an action in the Supreme Court of British Columbia, contending that by failing to pay them the same salaries as Toronto lawyers the government breached their contracts of employment and the fiduciary duty toward them.

The action proceeded, and the parties exchanged lists of relevant documents in December 1996, as required by the B.C. Supreme Court Rules. A supplemental list of documents was delivered by the government in June 1997. The government listed a number of documents as producible.

The government then brought a motion to have the action transferred from the Supreme Court of British Columbia to the Federal Court. In support of its application, it filed an affidavit by Joan McCoy, an officer of the Treasury Board Secretariat. The affidavit stated that the rationale for the Order-in-Council authorizing the pay raise for Toronto lawyers was that lawyers in Toronto generally commanded higher salaries than lawyers

Daniel Brunet, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Christopher Jones*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, des renseignements confidentiels du Cabinet doivent être divulgués dans le cadre d'une instance entre le gouvernement et de simples citoyens.

Le 6 juin 1990, le Conseil du Trésor du Canada fixe la rémunération des avocats du ministère de la Justice en poste au bureau régional de Toronto à un niveau supérieur à celui des avocats en poste ailleurs. Les avocats internes de Vancouver intentent une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle ils prétendent qu'en ne leur accordant pas la même rémunération qu'aux avocats de Toronto, le gouvernement contrevient à leurs contrats de travail et manque à son obligation de fiduciaire envers eux.

L'action suit son cours et, en décembre 1996, les parties échangent des listes de documents pertinents conformément aux règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En juin 1997, le gouvernement dépose une liste complémentaire de documents. Il y énumère une série de documents décrits comme pouvant être produits.

Le gouvernement présente ensuite une requête visant à faire transférer l'action de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à la Cour fédérale. À l'appui de sa demande, il dépose l'affidavit de Joan McCoy, cadre au Secrétariat du Conseil du Trésor. Selon cet affidavit, le décret autorisant la majoration de la rémunération des avocats de Toronto s'explique par le fait que les avocats de Toronto peuvent habituellement prétendre à une

1

2

3

4

in other parts of the country. The affidavit also disclosed the date of the Treasury Board's decision.

5

The government's motion to transfer the action was denied and the action continued in the Supreme Court of British Columbia. The government, nearly two years after it delivered the first list of documents, changed its position on disclosure of documents. It delivered a certificate of the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, objecting to the disclosure of 51 documents and any examination thereon, on the ground that they contain "information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada". The certificate claimed protection for 12 government documents previously listed as producible (some of which had already been disclosed), for five documents in the control or possession of the plaintiffs, and for 34 government documents and information previously listed as not producible.

6

The plaintiffs (respondents) brought an application to compel production of the documents for which the government claimed protection. The chambers judge, Edwards J., ruled against them, holding that s. 39 of the *Canada Evidence Act* was constitutional and clear. If the Clerk of the Privy Council filed a certificate, that was the end of the matter, and the courts had no power to set the certificate aside. A majority of the Court of Appeal reversed this decision and ordered production of the documents on the ground that the government had waived its right to claim confidentiality by listing some of the documents as producible and by disclosing selective information in the McCoy affidavit. The government appeals this decision to this Court.

rémunération plus élevée que celle des avocats des autres régions du Canada. L'affidavit révèle également la date de la décision du Conseil du Trésor.

La requête du gouvernement visant à faire transférer l'action est rejetée et l'action suit son cours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Un peu moins de deux ans après le dépôt de sa première liste de documents, le gouvernement modifie sa position concernant la divulgation des documents. Il produit une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, pour faire valoir son opposition à la divulgation de 51 documents et à tout interrogatoire les concernant, au motif qu'ils contiennent [TRADUCTION] « des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». L'attestation invoque l'immunité à l'égard de 12 documents du gouvernement préalablement énumérés comme des documents pouvant être produits (dont certains ont déjà été divulgués), de cinq documents sous le contrôle des demandeurs ou en leur possession, ainsi que de 34 documents et renseignements préalablement décrits comme ne pouvant être produits.

Les demandeurs (intimés) présentent une demande visant à contraindre le gouvernement à produire les documents qu'il prétend protégés. Le juge Edwards, siégeant en chambre, déboute les demandeurs, statuant que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est constitutionnel et clair. Lorsque le greffier du Conseil privé produit une attestation, l'affaire est réglée et les tribunaux n'ont pas le pouvoir de l'annuler. Les juges de la Cour d'appel, à la majorité, infirment cette décision et ordonnent la production des documents au motif que le gouvernement a renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité en indiquant sur sa liste que certains documents pouvaient être produits et en divulguant des renseignements sélectifs dans l'affidavit de M^{me} McCoy. Le gouvernement se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

I. Legislation

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

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

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

- (a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;
- (b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;
- (c) an agendum of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;
- (d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;
- (e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and
- (f) draft legislation.

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

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

- (a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or
- (b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)
 - (i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or
 - (ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

I. Les dispositions législatives

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

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

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

- a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;
- d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

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

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

- a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;
- b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

II. Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 176 D.L.R. (4th) 417

8 The chambers judge dismissed the plaintiffs' application for production and upheld the government's claim to confidentiality in its entirety. He held that certification by the Clerk of the Privy Council or a minister of the Crown under s. 39 creates absolute protection, which reflects the importance of protecting the confidentiality of the Cabinet process. Since the remuneration of employees was exclusively within competence of the federal government, the Clerk's decision to certify the documents and information as confidential could not be challenged. Neither the listing of documents as producible nor the disclosure of information in the McCoy affidavit constituted waiver. Edwards J. found that barring very exceptional circumstances, prior disclosure does not waive s. 39. Finally, Edwards J. rejected the argument that confidentiality unconstitutionally trenching on the core jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, given the long recognition of cabinet privilege as a legitimate exercise of Parliament's power.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 2000 BCCA 348

9 The majority of the Court of Appeal held that Edwards J. erred in rejecting the claim that the government had waived protection to the documents and information. The Crown, as a public representative, must be able to waive privilege; otherwise, any litigant opposing the Crown would be in the untenable position of being unable to rely on the government's production of documents, regardless of how essential the documents were to their case or how late the Crown's application for immunity. While there might be a need for "extreme curtailment" of a litigant's rights to full discovery for documents concerned with sensitive matters like state defence, internal security or diplomatic relations, the

II. Les décisions

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 176 D.L.R. (4th) 417

Le juge siégeant en chambre a rejeté la demande de production présentée par les demandeurs et il a retenu dans leur intégralité les allégations de confidentialité du gouvernement. Il a statué que l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé ou un ministre en vertu de l'art. 39 confère une protection absolue, laquelle témoigne de l'importance de protéger la confidentialité des travaux du Cabinet. La rémunération des employés relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, la décision du greffier d'attester que les documents et les renseignements constituent des renseignements confidentiels ne pouvait être contestée. Ni le fait d'énumérer les documents comme pouvant être produits ni la divulgation de renseignements dans l'affidavit de M^{me} McCoy ne constituaient une renonciation. Le juge Edwards a conclu que, sauf circonstances très exceptionnelles, la divulgation antérieure n'emporte pas renonciation à l'application de l'art. 39. Enfin, le juge Edwards a rejeté l'argument selon lequel la confidentialité constitue une atteinte inconstitutionnelle à la compétence fondamentale des cours supérieures protégée par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le privilège du Cabinet étant depuis longtemps reconnu comme un exercice légitime du pouvoir du Parlement.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678, 2000 BCCA 348

Les juges de la Cour d'appel ont conclu à la majorité que le juge Edwards a commis une erreur en rejetant l'argument selon lequel le gouvernement avait renoncé à la protection des documents et des renseignements. La Couronne, à titre de représentante de l'État, doit pouvoir renoncer à son privilège; sinon, toute partie qui s'oppose à la Couronne dans un litige se trouverait dans la situation intenable de ne pouvoir compter sur la production de documents par le gouvernement, sans égard à l'importance de ces documents pour l'établissement de sa thèse ni du retard avec lequel la Couronne fait valoir sa demande d'immunité. Certes, il peut être nécessaire de « restreindre à l'extrême » les droits d'une partie

government must be permitted to waive protection in appropriate cases.

Applying this principle, the majority held that the government waived immunity for the 17 documents previously identified as producible. Protection was also waived for the information in the McCoy affidavit which outlined the government's rationale for the salary differential at the heart of the litigation. Any claim for privilege thereafter would be selective, requiring that claims for confidentiality on all related information be treated as waived. With respect to the remaining 34 documents, the majority held that s. 39 confers class immunity rather than selective immunity; it followed that waiver operates on a class basis. Thus, waiver of immunity for 17 of the documents covered by the s. 39 certificate waived the immunity for all of the relevant documents within the class. In view of this conclusion, it was not necessary to consider whether s. 39 was constitutional.

Southin J.A. dissented. In her view, it is "not appropriate for the judiciary to intermeddle in the business of the Cabinet and its committees and it is not at all clear to me . . . that the judiciary must regain its control over this whole field of the law, a proposition which to me has a distasteful ring of judicial arrogance" (para. 52). This said, s. 39 is limited to papers that are actually put before the Cabinet or a Cabinet committee and the Clerk must exercise her powers properly. She must properly describe the documents, bringing them within the ambit of the section, and if it can be shown, either from internal or external evidence, that the Clerk has exceeded the power conferred upon her, the court can require disclosure of all documents not within the section.

Southin J.A. held that only an act of the Clerk or of a minister of the Crown can effect waiver.

d'obtenir la divulgation complète de documents ayant trait à des questions aussi délicates que la défense de l'État, la sécurité intérieure ou les relations diplomatiques, mais le gouvernement doit pouvoir renoncer à cette protection dans les cas opportuns.

Applicant ce principe, les juges majoritaires ont conclu que le gouvernement avait renoncé à son immunité à l'égard des 17 documents préalablement décrits comme pouvant être produits. Il avait également renoncé à la protection des renseignements contenus dans l'affidavit de M^{me} McCoy, faisant état de l'explication donnée par le gouvernement à l'appui de l'écart de rémunération qui est au coeur du litige. Toute revendication subséquente de privilège serait sélective, car il faudrait considérer qu'il y a eu renonciation à la confidentialité de tous les renseignements connexes. En ce qui concerne les 34 autres documents, les juges majoritaires ont statué que l'art. 39 confère une immunité collective plutôt qu'une immunité sélective, de sorte que la renonciation vaut pour l'ensemble d'une catégorie. La renonciation à l'immunité à l'égard de 17 des documents visés par l'attestation fondée sur l'art. 39 valait donc pour tous les documents pertinents appartenant à cette catégorie. Vu cette conclusion, il n'était pas nécessaire d'examiner la validité constitutionnelle de l'art. 39.

Madame le juge Southin était dissidente. À son avis, il est [TRADUCTION] « inopportun que les tribunaux s'immiscent dans les affaires du Cabinet et de ses comités et il n'est absolument pas évident, à [s]on sens, [. . .] que les tribunaux devraient redevenir maîtres de tous les aspects de ce domaine du droit, prétention qui, à [s]es yeux, donne une disgracieuse impression d'arrogance de la magistrature » (par. 52). Cela dit, l'art. 39 se limite aux documents réellement soumis au Cabinet ou à un comité du Cabinet, et le greffier doit exercer ses pouvoirs de façon régulière. Il doit décrire convenablement les documents, établir qu'ils sont visés par cette disposition législative et, s'il peut être démontré, par une preuve interne ou externe, que le greffier a outrepassé le pouvoir qui lui est conféré, le tribunal peut ordonner la divulgation de tous les documents qui échappent à la portée de cette disposition.

Le juge Southin a conclu que seul un acte du greffier ou d'un ministre peut opérer renonciation.

10

11

12

Otherwise, junior functionaries having no conception of the importance of Cabinet confidentiality would be able to waive it, to the detriment of the national interest.

13 Newbury J.A. concurred with MacKenzie J.A. with respect to the waiver of privilege in this case. However, she went on to state that had waiver not occurred, she would have agreed with Southin J.A.'s findings concerning the requirements of particularity on the part of the Clerk in claiming the privilege.

III. Issues

14 1. What is the nature of Cabinet confidentiality and the processes by which it may be claimed and relinquished?

2. Is s. 39 of the *Canada Evidence Act* constitutional?

IV. Discussion

A. *The Principles*

15 Cabinet confidentiality is essential to good government. The right to pursue justice in the courts is also of primary importance in our society, as is the rule of law, accountability of the executive, and the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised. Yet sometimes these fundamental principles conflict. How are such conflicts to be resolved? That is the question posed by this appeal.

16 The answer to the question lies in our understanding of Cabinet confidentiality. What is its purpose? What does it apply to? What is the process for claiming it? Once claimed, can it be relinquished or lost, and if so, how? These questions find their answers in an understanding of Cabinet confidentiality and the ambit and effect of s. 39 of the *Canada Evidence Act* that protects it.

Sinon, des fonctionnaires subalternes n'ayant aucune idée de l'importance de la confidentialité des délibérations du Cabinet pourraient y renoncer, au détriment de l'intérêt national.

Madame le juge Newbury a souscrit à l'opinion du juge MacKenzie concernant la renonciation à l'immunité en l'espèce. Elle a toutefois ajouté que, sans cette renonciation, elle aurait adhéré aux conclusions du juge Southin en ce qui a trait à l'obligation du greffier de donner suffisamment de précisions lorsqu'il invoque l'immunité.

III. Les questions en litige

1. Quelle est la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et par quels mécanismes peut-on l'invoquer et y renoncer?

2. L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il constitutionnel?

IV. Examen

A. *Les principes*

La confidentialité des délibérations du Cabinet est essentielle au bon gouvernement. Le droit d'obtenir justice en s'adressant aux tribunaux revêt aussi une importance capitale dans notre société, à l'instar de la primauté du droit, de l'obligation du pouvoir exécutif de rendre compte de ses actes et du principe exigeant que les actes officiels relèvent d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière. Pourtant, ces principes fondamentaux entrent parfois en conflit. Comment résoudre ce conflit? Voilà la question que notre Cour est appelée à trancher dans le présent pourvoi.

La réponse à cette question tient à notre compréhension de la confidentialité des délibérations du Cabinet. Quel en est le but? Quelle en est la portée? Par quel mécanisme peut-elle être invoquée? Une fois l'immunité invoquée, peut-on y renoncer ou la perdre et, si oui, de quelle façon? Ces questions trouvent leurs réponses dans une bonne compréhension de la confidentialité des délibérations du Cabinet ainsi que de la portée et de l'effet de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui la protège.

(1) The Function of Section 39 of the *Canada Evidence Act*

Sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act* deal with objections to the disclosure of protected information held by the federal government. Section 37 relates to all claims for Crown privilege, except Cabinet confidences, or confidences of the Queen's Privy Council; s. 38 pertains to objections related to international relations or national defence; and s. 39 deals with Cabinet confidences. Under ss. 37 and 38, a judge balances the competing public interests in protection and disclosure of information. Under s. 39, by contrast, the Clerk or minister balances the competing interests. If the Clerk or minister validly certifies information as confidential, a judge or tribunal must refuse any application for disclosure, without examining the information.

The British democratic tradition which informs the Canadian tradition has long affirmed the confidentiality of what is said in the Cabinet room, and documents and papers prepared for Cabinet discussions. The reasons are obvious. Those charged with the heavy responsibility of making government decisions must be free to discuss all aspects of the problems that come before them and to express all manner of views, without fear that what they read, say or act on will later be subject to public scrutiny: see *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at paras. 21-22. If Cabinet members' statements were subject to disclosure, Cabinet members might censor their words, consciously or unconsciously. They might shy away from stating unpopular positions, or from making comments that might be considered politically incorrect. The rationale for recognizing and protecting Cabinet confidences is well summarized by the views of Lord Salisbury in the *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs* (January 1976), at p. 13:

(1) Le rôle de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* régissent les oppositions à la divulgation de renseignements protégés détenus par le gouvernement fédéral. L'article 37 vise tous les cas où la Couronne fait valoir son immunité, sauf en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada; l'art. 38 traite des oppositions relatives aux relations internationales ou à la défense nationale; enfin, l'art. 39 s'applique aux renseignements confidentiels du Cabinet. Sous le régime des art. 37 et 38, un juge détermine si l'intérêt public commande davantage la divulgation des renseignements ou, au contraire, leur protection. Par contre, pour l'application de l'art. 39, c'est le greffier ou le ministre qui soupèsent les intérêts opposés. Si le greffier ou le ministre attestent valablement que des renseignements sont confidentiels, le juge ou le tribunal est tenu de rejeter la demande de divulgation des renseignements, sans les examiner.

La tradition démocratique britannique, dont s'inspire la tradition canadienne, reconnaît depuis longtemps la confidentialité des discussions tenues dans l'enceinte du Cabinet et des documents préparés en vue de ces discussions. Cette confidentialité s'explique aisément. Les personnes auxquelles incombe la lourde responsabilité de prendre des décisions gouvernementales doivent se sentir libres de discuter de tous les aspects des problèmes dont elles sont saisies et d'exprimer toutes les opinions possibles, sans crainte de voir les documents qu'elles ont lus, les propos qu'elles ont tenus et les éléments sur lesquels elles ont fondé leur décision faire ultérieurement l'objet d'un examen public : voir *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 21 et 22. Si leurs déclarations étaient susceptibles de divulgation, les membres du Cabinet pourraient censurer leurs propos, consciemment ou non. Ils pourraient se garder d'exprimer des positions impopulaires ou de faire des commentaires qui risqueraient d'être considérés politiquement incorrects. L'opinion de lord Salisbury, exposée à la p. 13 du *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs* (janvier 1976), résume bien la raison d'être de la reconnaissance et de la protection accordées aux renseignements confidentiels du Cabinet :

17

18

A Cabinet discussion was not the occasion for the deliverance of considered judgements but an opportunity for the pursuit of practical conclusions. It could only be made completely effective for this purpose if the flow of suggestions which accompanied it attained the freedom and fulness which belong to private conversations — members must feel themselves untrammelled by any consideration of consistency with the past or self-justification in the future. . . . The first rule of Cabinet conduct, he used to declare, was that no member should ever “Hansardise” another, — ever compare his present contribution to the common fund of counsel with a previously expressed opinion. . . .

The process of democratic governance works best when Cabinet members charged with government policy and decision-making are free to express themselves around the Cabinet table unreservedly. In addition to ensuring candour in Cabinet discussions, this Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at p. 659, recognized another important reason for protecting Cabinet documents, namely to avoid “creat[ing] or fan[ning] ill-informed or captious public or political criticism”. Thus, ministers undertake by oath as Privy Councillors to maintain the secrecy of Cabinet deliberations and the House of Commons and the courts respect the confidentiality of Cabinet decision-making.

[TRADUCTION] Les discussions du Cabinet ne se prêtaient pas au prononcé de jugements mûrement réfléchis mais visaient plutôt la recherche de conclusions pratiques. Elles ne pouvaient être vraiment efficaces à cet égard que si l'échange des idées y atteignait le même degré de liberté et de spontanéité que celui propre aux conversations privées — les membres ne doivent pas se sentir entravés par la nécessité de demeurer cohérents par rapport au passé ou par le risque d'avoir à se justifier un jour. [. . .] La première règle de conduite des délibérations du Cabinet qu'il avait l'habitude de proclamer était qu'un membre ne doit jamais « rafraîchir la mémoire » d'un autre membre — c'est-à-dire comparer sa contribution actuelle au fonds commun d'opinions avec un point de vue qu'il a exprimé auparavant . . .

Le processus de gouvernement démocratique atteint son efficacité maximum lorsque les membres du Cabinet à qui incombe le choix des politiques et des décisions gouvernementales peuvent s'exprimer sans réserve au sein du Cabinet. En plus de garantir la spontanéité des délibérations du Cabinet, notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, p. 659, que la protection des documents du Cabinet était justifiée par un autre motif, soit éviter de « susciter[r] ou attiser[r] des critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses ». Ainsi, lorsqu'ils prêtent leur serment de membres du Conseil privé, les ministres s'engagent à ne rien révéler des délibérations du Cabinet, et la Chambre des communes et les tribunaux respectent la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

19

At one time, the common law viewed Cabinet confidentiality as absolute. However, over time the common law has come to recognize that the public interest in Cabinet confidences must be balanced against the public interest in disclosure, to which it might sometimes be required to yield: see *Carey, supra*. Courts began to weigh the need to protect confidentiality in government against the public interest in disclosure, for example, preserving the integrity of the judicial system. It follows that there must be some way of determining that the information for which confidentiality is claimed truly relates to Cabinet deliberations and that it is properly withheld. At common law, the courts did this, applying a test that balanced the public interest in maintaining confidentiality

Autrefois, la common law considérait la confidentialité des délibérations du Cabinet comme absolue. Toutefois, au fil des ans, la common law en est venue à reconnaître que l'intérêt public dans la confidentialité des renseignements du Cabinet devait se mesurer à un autre intérêt public auquel il peut parfois devoir céder le pas, soit l'intérêt public dans la divulgation de ces renseignements : voir *Carey*, précité. Les tribunaux ont commencé à évaluer la nécessité de protéger la confidentialité des affaires du gouvernement par rapport à l'intérêt public dans la divulgation, notamment pour préserver l'intégrité du système judiciaire. Il doit donc exister un moyen de déterminer si les renseignements dont on invoque la confidentialité sont réellement liés aux délibérations du Cabinet et si leur non-divulgation est

against the public interest in disclosure: see *Carey*, *supra*.

In addition, many jurisdictions have enacted laws that modify the common law and provide a statutory process for determining what documents are protected and how claims to confidentiality may be challenged: see, for example, the *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1996, c. 340. The exercise of this statutory power is subject to the well-established rule that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The courts have the power and the responsibility, when called upon, to determine whether the certifying official has exercised his or her statutory power in accordance with the law.

Section 39 of the *Canada Evidence Act* is Canada's response to the need to provide a mechanism for the responsible exercise of the power to claim Cabinet confidentiality in the context of judicial and quasi-judicial proceedings. It sets up a process for bringing information within the protection of the Act. Certification by the Clerk of the Privy Council or by a minister of the Crown, is the trigger by which information becomes protected. The Clerk must certify that the "information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada". For more particularity, s. 39(2) sets out categories of information that falls within its scope.

Section 39(1) permits the Clerk to certify information as confidential. It does not restrain voluntary disclosure of confidential information. This is made clear from the French enactment of s. 39(1) which states that s. 39 protection arises only "*dans les cas où*" (in the cases where) the Clerk or minister opposes disclosure of information. Therefore, the Clerk must answer two questions before certifying information: first, is it a Cabinet confidence within the meaning of ss. 39(1) and 39(2); and second,

justifiée. C'est ce qu'ont fait les tribunaux sous le régime de la common law en appliquant un critère qui consiste à déterminer si l'intérêt public commande davantage le maintien de la confidentialité ou la divulgation : voir *Carey*, précité.

En outre, plusieurs ressorts ont adopté des lois qui modifient la common law et prévoient un mécanisme servant à déterminer quels documents sont protégés et comment contester les allégations de confidentialité : voir, par exemple, la *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 340. L'exercice de ce pouvoir légal est assujéti au principe bien établi selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Les tribunaux ont le pouvoir et la responsabilité, lorsqu'une demande leur est soumise, de décider si l'agent de l'État qui délivre l'attestation a exercé son pouvoir conformément à la loi.

Le Canada a édicté l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour répondre au besoin d'établir un mécanisme assurant l'exercice responsable du pouvoir d'invoquer la confidentialité des délibérations du Cabinet dans le contexte d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. Cette disposition établit un processus à suivre pour placer les renseignements sous la protection de la Loi. C'est l'attestation du greffier du Conseil privé ou d'un ministre qui enclenche l'application de la protection à un renseignement. Le greffier doit attester que « le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». Pour plus de précision, le par. 39(2) énonce des catégories de renseignements qui entrent dans son champ d'application.

Le paragraphe 39(1) permet au greffier d'attester que les renseignements sont confidentiels. Il n'empêche pas la divulgation volontaire de renseignements confidentiels. Cela ressort clairement du texte du par. 39(1) qui dit que la protection de l'art. 39 s'applique seulement « dans les cas où » le greffier ou le ministre s'opposent à la divulgation d'un renseignement. Le greffier doit donc répondre à deux questions avant de délivrer une attestation : Premièrement, s'agit-il d'un renseignement

20

21

22

is it information which the government should protect taking into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality? If, and only if, the Clerk or minister answers these two questions positively and certifies the information, do the protections of s. 39(1) come into play. More particularly, the provision that “disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body” is only triggered when there is a valid certification.

23 If the Clerk or minister chooses to certify a confidence, it gains the protection of s. 39. Once certified, information gains greater protection than at common law. If s. 39 is engaged, the “court, person or body with jurisdiction” hearing the matter must refuse disclosure; “disclosure of the information shall be refused”. Moreover, this must be done “without examination or hearing of the information by the court, person or body”. This absolute language goes beyond the common law approach of balancing the public interest in protecting confidentiality and disclosure on judicial review. Once information has been validly certified, the common law no longer applies to that information.

24 This raises the issue of what constitutes valid certification. Two requirements are plain on the face of the legislation. First, it must be done by the Clerk of the Privy Council or a minister of the Crown. Second, the information must fall within the categories described in s. 39(2).

25 A third requirement arises from the general principle applicable to all government acts, namely, that the power exercised must flow from the statute and

confidentiel au sens des par. 39(1) et (2)? Deuxièmement, s’agit-il de renseignements que le gouvernement doit protéger compte tenu des intérêts opposés voulant, d’une part, qu’ils soient divulgués et, d’autre part, que la confidentialité soit préservée? C’est uniquement dans les cas où le greffier ou le ministre répondent à ces deux questions par l’affirmative et où ils attestent que les renseignements sont confidentiels que les protections prévues au par. 39(1) entrent en jeu. Plus particulièrement, la disposition selon laquelle « [l]e tribunal, l’organisme ou la personne [. . .] sont [. . .] tenus [de] refuser la divulgation [d’un renseignement], sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet » s’applique uniquement lorsqu’il existe une attestation valide.

Si le greffier ou le ministre décident d’attester qu’un renseignement est confidentiel, celui-ci bénéficie de la protection de l’art. 39. Une fois sa confidentialité attestée, un renseignement bénéficie d’une protection plus grande que celle offerte par la common law. Si l’article 39 s’applique, le « tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » et qui sont saisis de l’affaire doivent refuser d’ordonner la production du renseignement en cause : ils sont « tenus d’en refuser la divulgation ». De plus, ils doivent le faire « sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet ». Cette obligation, édictée en termes absolus, va plus loin que le critère de la common law qui consiste à déterminer, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, si l’intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué. Une attestation valide écarte l’application de la common law au renseignement qui en fait l’objet.

Il faut donc se demander ce qu’on entend par une attestation valide. Deux conditions ressortent clairement à la simple lecture de la loi. Premièrement, l’attestation doit émaner du greffier du Conseil privé ou d’un ministre. Deuxièmement, le renseignement doit appartenir à l’une des catégories décrites au par. 39(2).

Une troisième condition procède du principe général applicable à tous les actes du gouvernement, selon lequel le pouvoir en cause doit découler

must be issued for the *bona fide* purpose of protecting Cabinet confidences in the broader public interest. The function of the Clerk under the Act is to protect Cabinet confidences, and this alone. It is not to thwart public inquiry nor is it to gain tactical advantage in litigation. If it can be shown from the evidence or the circumstances that the power of certification was exercised for purposes outside those contemplated by s. 39, the certification may be set aside as an unauthorized exercise of executive power: see *Roncarelli, supra*.

A fourth requirement for valid certification flows from the fact that s. 39 applies to disclosure of the documents. Where a document has already been disclosed, s. 39 no longer applies. There is no longer a need to seek disclosure since disclosure has already occurred. Where s. 39 does not apply, there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law: *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.), at p. 630; *Leeds v. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681 (Alta. Q.B.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1 (Austl. H.C.), at p. 45. However, that issue does not arise on this appeal. Similarly, the issue of inadvertent disclosure does not arise here because the Crown deliberately disclosed certain documents during the course of litigation.

On the basis of these principles, I conclude that certification is generally valid if: (1) it is done by the Clerk or minister; (2) it relates to information within s. 39(2); (3) it is done in a *bona fide* exercise of delegated power; (4) it is done to prevent disclosure of hitherto confidential information.

It may be useful to comment on the formal aspects of certification. As noted, the Clerk must determine two things: (1) that the information is a Cabinet confidence within s. 39; and (2) that it is desirable that confidentiality be retained taking

de la loi et son exercice doit avoir pour objet véritable de protéger les renseignements confidentiels du Cabinet dans le plus grand intérêt du public. Le rôle que la Loi attribue au greffier consiste exclusivement à protéger les renseignements confidentiels du Cabinet. Elle ne lui permet pas d'entraver les enquêtes publiques ni d'obtenir des avantages tactiques dans un litige. Si la preuve ou les circonstances révèlent que le pouvoir de délivrer l'attestation a été exercé à des fins autres que celles mentionnées à l'art. 39, l'attestation peut être annulée pour cause d'exercice non autorisé du pouvoir exécutif : voir *Roncarelli*, précité.

Une quatrième condition essentielle à la validité de l'attestation tient au fait que l'art. 39 s'applique à la divulgation des documents. Lorsqu'un document a déjà été divulgué, l'art. 39 cesse de s'y appliquer. Il n'est alors plus nécessaire d'en demander la production, compte tenu de sa divulgation antérieure. Lorsque l'art. 39 ne s'applique pas, il se pourrait que le gouvernement puisse faire valoir d'autres motifs justifiant la protection contre toute nouvelle divulgation en s'appuyant sur la common law : *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.), p. 630; *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 681 (B.R. Alb.); *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1 (H.C. Austr.), p. 45. Cette question ne se pose toutefois pas dans le cadre du présent pourvoi. De même, l'instance ne soulève pas la question de la divulgation accidentelle, car la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l'instance.

Ces principes m'amènent à conclure que, règle générale, l'attestation est valide si : (1) elle émane du greffier ou d'un ministre; (2) elle vise des renseignements décrits au par. 39(2); (3) elle est délivrée dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir délégué; (4) elle vise à empêcher la divulgation de renseignements demeurés jusque-là confidentiels.

Il serait peut-être utile d'expliquer les aspects formels de l'attestation. Comme nous l'avons déjà souligné, le greffier doit vérifier deux aspects : (1) Les renseignements constituent-ils des renseignements confidentiels au sens de l'art. 39?

26

27

28

into account the competing interests in disclosure and retaining confidentiality. What formal certification requirements flow from this? The second, discretionary element may be taken as satisfied by the act of certification. However, the first element of the Clerk's decision requires that her certificate bring the information within the ambit of the Act. This means that the Clerk or minister must provide a description of the information sufficient to establish on its face that the information is a Cabinet confidence and that it falls within the categories of s. 39(2) or an analogous category; the possibility of analogous categories flows from the general language of the introductory portion of s. 39(2). This follows from the principle that the Clerk or minister must exercise her statutory power properly in accordance with the statute. The kind of description required for claims of solicitor-client privilege under the civil rules of court will generally suffice. The date, title, author and recipient of the document containing the information should normally be disclosed. If confidentiality concerns prevent disclosure of any of these preliminary indicia of identification, then the onus falls on the government to establish this, should a challenge ensue. On the other hand, if the documents containing the information are properly identified, a person seeking production and the court must accept the Clerk's determination. The only argument that can be made is that, on the description, they do not fall within s. 39, or that the Clerk has otherwise exceeded the powers conferred upon her.

(2) Est-il souhaitable d'en préserver la confidentialité compte tenu des intérêts opposés voulant, d'une part, que les renseignements soient divulgués et, d'autre part, que la confidentialité soit préservée? Quelles sont les exigences de forme de l'attestation qui en découlent? On peut considérer que le deuxième aspect, l'élément discrétionnaire, est établi par l'acte d'attestation. Toutefois, le premier élément de la décision du greffier commande que son attestation établisse que les renseignements sont visés par la Loi. Cela signifie que le greffier ou le ministre ont l'obligation de donner des renseignements une description suffisante pour établir à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet et qu'ils appartiennent aux catégories prévues au par. 39(2) ou à une catégorie analogue; la possibilité de catégories analogues découle des termes généraux utilisés dans la disposition introductive du par. 39(2). Ce premier élément résulte du principe qui oblige le greffier ou le ministre à exercer leur pouvoir légal d'une façon régulière en conformité avec la loi. Il suffira généralement à cet égard de fournir une description semblable à celle que les règles de pratique imposent en matière civile dans les demandes visant à protéger le secret professionnel de l'avocat. La date, le titre, l'auteur et le destinataire du document dans lequel se trouvent les renseignements devraient normalement être divulgués. Si des préoccupations touchant à la confidentialité empêchent la divulgation de l'un quelconque de ces indices préliminaires d'identification, ce sera au gouvernement d'en faire la preuve en cas de contestation. Par contre, si les documents dans lesquels se trouvent les renseignements sont correctement identifiés, la personne qui en demande la production et le tribunal doivent accepter la décision du greffier. Une seule argumentation est possible : les documents, au vu de leur description, ne sont pas visés par l'art. 39 ou le greffier a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés.

29

As to the timing of certification, the only limits are those found in s. 39(4). Subject to these outer limits, it seems that information that falls within s. 39(2) may be certified long after the date the confidence existed or arose in Cabinet. At the same time, as discussed, if there has been disclosure, s. 39 no

Quant au délai imparti pour la délivrance de l'attestation, les seules limites sont celles fixées au par. 39(4). Sous réserve de ces limites, il semble que les renseignements qui relèvent du par. 39(2) peuvent faire l'objet d'une attestation longtemps après la date à laquelle remonte leur existence ou celle

longer applies, since its only purpose is to prevent disclosure.

It may be that the Clerk or minister can withdraw a certification of Cabinet confidence under s. 39 of the *Canada Evidence Act*, on the theory that the power to certify must also include a power to decertify, as suggested by Southin J.A.; and that where a certification is made in error, for example, the Clerk or minister should be able to correct the matter. However, that issue does not arise here.

(2) Waiver

On the facts of this case, the concept of waiver in any ordinary sense of the term finds no place. As discussed, the Clerk or minister is not compelled to certify Cabinet confidences and invoke the protection of s. 39(1). However, if the Clerk or minister chooses to do so, the protection of s. 39 automatically follows. That protection continues indefinitely, unless: (i) the certificate is successfully challenged on the ground that it related to information that does not fall under s. 39; (ii) the power of certification of the Clerk or minister has otherwise been improperly exercised; (iii) s. 39(4) is engaged; or (iv) the Clerk or minister chooses to decertify the information. The clear language of s. 39(1) permits no other conclusion.

This is consistent with the fact that waiver does not apply at common law. A claim for confidentiality at common law cannot be contested on the ground that the government has waived its right to claim confidentiality. As Bingham L.J. observed in *Makanjuola v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617 (C.A.), at p. 623, “[p]ublic interest immunity is not a trump card vouchsafed to certain privileged players to play when and as they wish”. Consequently, “public interest immunity cannot in any ordinary sense be

à laquelle le Cabinet en a pris connaissance. Par ailleurs, comme nous l’avons vu, si les renseignements ont déjà été divulgués, l’art. 39 ne s’y applique plus, car son seul but est d’en empêcher la divulgation.

Il se peut que le greffier ou le ministre puissent révoquer une attestation délivrée à l’égard de renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, selon le principe voulant que le pouvoir de délivrer une attestation emporte aussi nécessairement celui de la révoquer, comme l’a mentionné le juge Southin; ainsi, lorsqu’une attestation est délivrée par erreur, le greffier ou le ministre devraient pouvoir corriger la situation. Cette question ne se pose toutefois pas en l’espèce.

(2) Renonciation

Compte tenu des faits de l’espèce, la notion de renonciation dans son sens courant ne trouve pas application. Comme nous l’avons vu, rien ne contraint le greffier ou le ministre à attester la confidentialité de renseignements du Cabinet et à invoquer la protection du par. 39(1). Cependant, s’ils décident de le faire, la protection accordée par l’art. 39 s’applique automatiquement. Cette protection continue de s’appliquer indéfiniment, sauf si : (i) l’attestation est contestée avec succès pour le motif qu’elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l’art. 39; (ii) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l’attestation de façon irrégulière; (iii) le par. 39(4) s’applique; ou (iv), le greffier ou le ministre décident de révoquer l’attestation délivrée à l’égard des renseignements. Les termes clairs du par. 39(1) ne permettent aucune autre conclusion.

Cette conclusion est compatible avec le fait que la renonciation ne s’applique pas en common law. La prétention que des renseignements sont confidentiels, fondée sur la common law, ne peut être contestée au motif que le gouvernement a renoncé à son droit d’invoquer la confidentialité. Comme l’a fait observer le lord juge Bingham dans *Makanjuola c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617 (C.A.), p. 623, [TRADUCTION] « [l’]immunité d’intérêt public n’est pas un atout que certains joueurs privilégiés peuvent

30

31

32

waived” (p. 623). Issues of production pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act* fall to be resolved by the Clerk or minister responsible for balancing the public interests. If a certificate is not properly filed, and documents are released, the Crown is precluded from claiming s. 39 protection. However, by releasing some documents, the Crown has not waived its right to invoke s. 39 over other documents.

à loisir sortir de leur manche ». Par conséquent, [TRADUCTION] « il n’est pas possible de renoncer, dans tous les sens courants du terme, à l’immunité d’intérêt public » (p. 623). Les questions relatives à la production sous le régime de l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* doivent être tranchées par le greffier ou le ministre qui ont la responsabilité de soupeser les intérêts publics. Si une attestation n’est pas délivrée régulièrement et que les documents soient communiqués, la Couronne ne peut se prévaloir de la protection prévue par l’art. 39. Toutefois, en communiquant certains documents, la Couronne n’a pas renoncé à son droit d’invoquer l’art. 39 relativement à d’autres documents.

33 It is argued that unless the broad power of waiver envisioned by the majority of the Court of Appeal is recognized, litigants opposing the Crown will be placed in the untenable position of being unable to rely on the Crown’s production of documents, no matter how essential such documents are to their case or how late the Crown makes its claim to immunity. This concern is alleviated by the fact that s. 39(1) cannot be applied retroactively to documents that have already been produced in litigation; it applies only to compel disclosure.

On a soutenu qu’à moins de reconnaître le large pouvoir de renonciation envisagé par les juges majoritaires de la Cour d’appel, les parties qui s’opposent à la Couronne dans un litige se trouveront dans la situation intenable de ne pouvoir compter sur la production des documents par la Couronne, peu importe l’importance de ces documents pour l’établissement de leur thèse ou le retard avec lequel la Couronne invoque son immunité. Cette préoccupation est atténuée par le fait que le par. 39(1) ne peut s’appliquer rétroactivement à des documents déjà produits dans le cadre d’un litige; il ne s’applique que lorsqu’une partie désire obtenir la divulgation forcée de documents.

34 The conclusion that waiver does not apply here makes it unnecessary to consider the issue of class waiver — whether disclosure of one document removes protection from all documents in the same class. However, the related issue of class disclosure of information must be addressed.

Vu la conclusion selon laquelle la renonciation ne s’applique pas en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner la question de la renonciation applicable à l’ensemble d’une catégorie — soit celle de savoir si la divulgation d’un document fait obstacle à la protection de tous les documents de la même catégorie. Toutefois, il faut examiner la question connexe de la divulgation d’une catégorie de renseignements.

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

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

containing the information must be produced. If the related information is contained in documents that have been properly certified under s. 39, the government is under no obligation to disclose the related information.

This raises the concern that selective disclosure of documents or information may be used unfairly as a litigation tactic. The fear is that the Crown could choose to disclose only those documents which are favourable to its position and certify those documents which are detrimental. Selective disclosure designed to prevent getting at the truth would not be a proper exercise of the Clerk's or minister's s. 39 powers: *Roncarelli, supra*. Moreover, the ordinary rules of litigation offer protection from abuse. First, government witnesses may be cross-examined on the information produced. Second, the refusal to disclose information may permit a court to draw an adverse inference. For example, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, the Attorney General's refusal to disclose information relating to an advertising ban on tobacco, led to the inference that the results of the studies must undercut the government's claim that a less invasive ban would not have produced an equally salutary result (para. 166, *per* McLachlin J.).

(3) Judicial Review

Judicial review under s. 39 arises when "a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information" is presented with an application to order disclosure of information which the Clerk or a minister has certified as a Cabinet confidence under s. 39(1). Section 39 is directed to whether a document is protected from disclosure.

divulgués dans d'autres documents, l'art. 39 ne s'applique pas et les documents contenant les renseignements doivent être produits. Si les renseignements connexes sont inclus dans des documents qui ont à juste titre fait l'objet d'une attestation par application de l'art. 39, le gouvernement n'est pas tenu de les divulguer.

Pour cette raison, on peut craindre que la divulgation sélective de documents ou de renseignements soit utilisée injustement à des fins tactiques dans le cadre d'un litige. On pourrait ainsi craindre que la Couronne décide de ne divulguer que les documents qui lui sont favorables et produire une attestation à l'égard de ceux qui lui sont défavorables. En ayant recours à la divulgation sélective afin d'empêcher que la vérité soit mise au jour, le greffier ou le ministre n'exerceraient pas correctement les pouvoirs que leur confère l'art. 39 : *Roncarelli*, précité. De plus, les règles ordinaires applicables aux instances judiciaires offrent une protection contre les abus. Premièrement, les témoins du gouvernement peuvent être contre-interrogés relativement aux renseignements produits. Deuxièmement, le refus de divulguer des renseignements peut permettre à un tribunal de tirer une inférence défavorable. Par exemple, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, le refus du procureur général de divulguer les renseignements relatifs à une interdiction de la publicité sur le tabac a mené à l'inférence que les résultats des études faisaient échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné un résultat tout aussi valable (par. 166, madame le juge McLachlin).

(3) Contrôle judiciaire

La procédure de contrôle judiciaire entre en jeu, sous le régime de l'art. 39, lorsque « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » sont saisis d'une demande visant à ordonner la divulgation de renseignements attestés par le greffier ou le ministre comme des renseignements confidentiels du Cabinet en application du par. 39(1). L'article 39 sert à déterminer si un document est protégé contre sa divulgation.

36

37

38 Section 39(1) leaves little scope for judicial review of a certification of Cabinet confidentiality. It states flatly that “disclosure of the information shall be refused” (emphasis added). Furthermore, it must be refused “without examination or hearing of the information by the court, person or body”.

39 As discussed, even language this draconian cannot oust the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli, supra*. It follows from this principle that the certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1), or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1). “[T]he Court may entertain a proceeding for judicial review of the issuance of a certificate although it may not review the factual correctness of the certificate if it is otherwise in proper form”: *Singh, supra*, at para. 43. The appropriate way to raise an argument that the Clerk has exercised her decision improperly is “by way of judicial review of the Clerk’s certificate” (para. 50). The party challenging the decision may present evidence of “improper motives in the issue of the certificate” (para. 50), or otherwise present evidence to support the claim of improper issuance.

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

Le paragraphe 39(1) limite beaucoup la portée du contrôle judiciaire d’une attestation de confidentialité d’un renseignement du Cabinet. Il indique carrément que le tribunal, l’organisme ou la personne « sont [. . .] tenus d’en refuser la divulgation » (je souligne). De plus, le tribunal, l’organisme ou la personne doivent refuser la divulgation du renseignement « sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet ».

Rappelons que même un libellé aussi draconien ne peut écarter le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d’un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli, précité*. On peut déduire de ce principe qu’il est possible de contester l’attestation délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l’égard desquels l’immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu’il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère. « [L]a Cour peut se saisir d’un recours en contrôle judiciaire contre la délivrance d’une attestation, bien qu’elle ne soit pas habilitée à contrôler la véracité de cette attestation si celle-ci est délivrée en bonne et due forme » : *Singh, précité*, par. 43. La voie à suivre pour faire valoir que le greffier n’a pas exercé son pouvoir régulièrement est un « recours en contrôle judiciaire contre l’attestation du greffier du Conseil privé » (par. 50). La partie qui conteste la décision peut présenter une preuve des « motifs irréguliers qui auraient présidé à la délivrance de l’attestation » (par. 50) ou présenter une autre preuve à l’appui de son allégation de délivrance irrégulière.

Le tribunal, l’organisme ou la personne qui contrôle la délivrance de l’attestation prévue à l’art. 39 doit composer avec l’inconvénient de ne pas pouvoir examiner les renseignements contestés. Une contestation fondée sur l’argument que les renseignements ne sont pas des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l’art. 39 se limitera donc généralement au contrôle du degré de précision de la liste et de la preuve de divulgation. Une contestation fondée sur l’exercice abusif du pouvoir de délivrer une attestation se limitera de la même manière

practical effect of making it difficult to set aside a s. 39 certification.

However, it does not follow from the fact that s. 39 makes it difficult to attack a certification that the procedure is unlawful. As pointed out in *Singh, supra*, at para. 50, the restrictions in s. 39(1) amount to a privative clause — an unusual privative clause perhaps, but one nevertheless open to Parliament to prescribe. Courts are not unfamiliar with privative clauses that preclude them from making certain findings of fact. Provided they are within Parliament’s constitutional power, they will apply. This does not, however, prevent the tribunal from drawing inferences as to the motives of the Clerk or minister from all the surrounding evidence in determining whether the statutory power to certify has been properly exercised: see *Roncarelli, supra*, where the majority of the Court drew the inference of illegitimate exercise of power from circumstantial evidence.

One issue remains: what tribunals are competent to decide whether a s. 39 certificate’s claim to protection should be set aside on grounds that the information, as described, does not fall within s. 39 or that the certification power has been improperly exercised? The wording of s. 39(1) refers to “information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information” and directs the relevant tribunal to refuse disclosure. It would seem to follow that the same bodies are competent to make orders for disclosure for improperly claimed s. 39 protection. This view is reinforced by the fact that s. 39(1) is essentially an evidentiary provision; questions of the admissibility of evidence normally fall to be decided by the tribunal seized of the matter in which the admissibility issue arises.

aux renseignements qui figurent sur l’attestation et à toute preuve externe que la partie qui la conteste sera en mesure d’apporter. Il ne fait aucun doute que ces restrictions peuvent, dans les faits, rendre difficile l’annulation de l’attestation délivrée en application de l’art. 39.

Toutefois, le fait que l’art. 39 rende difficile la contestation de l’attestation n’emporte pas pour autant l’illégitimité de la procédure. Comme on l’a souligné au par. 50 de l’arrêt *Singh*, précité, les limites à la contestation fixées par le par. 39(1) équivalent à une clause privative — une clause privative inusitée, peut-être, mais que le législateur peut néanmoins édicter. Les tribunaux judiciaires connaissent bien les clauses privatives qui leur interdisent de tirer certaines conclusions de fait. Dans la mesure où ces dispositions relèvent des pouvoirs constitutionnels du Parlement, elles s’appliquent. Cependant, cela n’empêche pas le tribunal de tirer des inférences de l’ensemble de la preuve quant aux motifs du greffier ou du ministre, pour décider s’ils ont exercé régulièrement leur pouvoir de délivrer une attestation : voir *Roncarelli*, précité, où la Cour à la majorité a inféré d’une preuve circonstancielle que l’exercice du pouvoir en cause n’était pas légitime.

Il reste une question à examiner : quels sont les tribunaux compétents pour décider si la protection invoquée dans l’attestation délivrée en application de l’art. 39 doit être écartée au motif que les renseignements qui y sont décrits ne relèvent pas de l’art. 39 ou que le pouvoir d’attestation a été exercé irrégulièrement? Le paragraphe 39(1) mentionne « [l]e tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements » et il exige que le tribunal compétent refuse de les divulguer. On peut supposer que ces mêmes organismes sont compétents pour ordonner la divulgation lorsque la protection prévue à l’art. 39 n’a pas été invoquée à bon droit. Cette opinion est étayée par le fait que le par. 39(1) est, essentiellement, une disposition régissant la preuve; or, les questions concernant l’admissibilité de la preuve relèvent normalement du tribunal saisi de l’affaire dans le cadre de laquelle l’admissibilité est soulevée.

41

42

43

The Federal Court of Appeal in *Singh, supra*, at para. 44, however, suggested that only judicial bodies, like the Federal Court, could review a s. 39 certificate: the R.C.M.P. Public Complaints Commission could not do so because it “is essentially an agency of the Executive and draws such powers as it has solely from an Act of the same Parliament that enacted the *Canada Evidence Act*”. It is not apparent why this should be so, however. It seems open to Parliament to confer on a court, person or body with jurisdiction the power to determine whether acts of other public officials are valid. While the issue need not be decided in this case, I see no reason why all bodies expressly mentioned in s. 39 should not have the power to inquire into the validity of s. 39 claims for protection. The same would seem to apply for reviews at common law, given that the matter is essentially one of admissibility of evidence in a proceeding. The common law does not restrict review of claims for public immunity to superior courts.

Toutefois, au par. 44 de l’arrêt *Singh*, précité, la Cour d’appel fédérale a laissé entendre que seuls les organes judiciaires, comme la Cour fédérale, pourraient contrôler l’attestation délivrée en application de l’art. 39 : la Commission des plaintes du public contre la G.R.C. n’était pas habilitée à le faire puisque « [e]lle est essentiellement une agence de l’exécutif et tire ses seuls pouvoirs d’une loi adoptée par le Parlement même qui a adopté la *Loi sur la preuve au Canada* ». Toutefois, on ne voit pas vraiment pourquoi il devrait en être ainsi. Il semble loisible au Parlement de conférer à un tribunal, à un organisme ou à une personne ayant compétence le pouvoir de déterminer si les actes d’autres agents de l’État sont valides. Il n’est pas nécessaire d’examiner cette question en l’espèce, mais je ne vois pas pourquoi tous les organismes mentionnés expressément à l’art. 39 ne seraient pas habilités à examiner la validité des demandes de protection fondées sur l’art. 39. Cela vaudrait tout autant pour les demandes de contrôle fondées sur la common law, étant donné qu’il s’agit essentiellement d’une question d’admissibilité de la preuve dans une instance. La common law ne limite pas le contrôle des demandes d’immunité publique à la seule compétence des cours supérieures.

44

Against this may be put the concern that to permit a proliferation of tribunals to set aside s. 39 certificates risks undue disclosure of important Cabinet confidences. However, s. 39 review is limited by the condition that the tribunal cannot inspect the documents, undermining the concern of improvident disclosure. Moreover, the government may appeal the tribunal’s decision. Ultimately, I am not persuaded that permitting tribunals other than superior courts to determine s. 39 issues will illegitimately undermine s. 39 claims to protection.

En contrepartie, on pourrait se demander si le fait de permettre à une multitude de tribunaux d’annuler les attestations délivrées en application de l’art. 39 ne risque pas d’entraîner la divulgation indue d’importants renseignements confidentiels du Cabinet. Toutefois, le contrôle effectué sous le régime de l’art. 39 est assujéti à la condition que les tribunaux ne puissent examiner les documents, ce qui atténue la crainte de divulgation intempestive. De plus, le gouvernement peut se pourvoir contre la décision du tribunal. Au bout du compte, je ne suis pas convaincue que le fait d’autoriser les tribunaux autres que les cours supérieures à se prononcer sur les questions relatives à l’art. 39 compromettrait de façon illégitime les demandes de protection fondées sur cet article.

B. *Application of the Principles*

(1) The Documents

45

The government issued a s. 39 certificate for 51 documents. Twelve of these had been identified in

B. *Application des principes*

(1) Les documents

Le gouvernement a délivré une attestation en application de l’art. 39 à l’égard de 51 documents.

its list of documents under “Part I: Documents to which there is no objection to production”. Of these 12, a number appear to have been not only listed, but actually disclosed to the plaintiffs. The certificate also claimed confidentiality for five documents which were in the plaintiffs’ possession or control and which the plaintiffs had listed as producible.

On the record before us, s. 39 certification applies to the 34 documents listed as not producible.

As discussed, s. 39 of the *Canada Evidence Act* does not apply to the government documents already disclosed. Nor does s. 39 apply to the five certified documents that were in the plaintiffs’ possession or control. The documents were disclosed by the government in the context of litigation. The disclosure provisions of s. 39 therefore do not apply and these documents should be produced.

(2) Information in the McCoy Affidavit

The government claims protection from disclosure for the information contained in the affidavit of Joan McCoy, which was filed in support of the government’s unsuccessful motion to transfer the plaintiffs’ case from the Supreme Court of British Columbia to the Federal Court.

Of particular importance is Ms. McCoy’s statement in para. 21 that: “The rationale for the Treasury Board’s decision to increase rates for legal officers in the Toronto Regional Office was the rise in private sector salaries to levels well above those paid in the public sector during a period of rapid economic growth in the late 1980s”. According to the McCoy affidavit, “[t]he escalation of external pay rates, matched to a large degree by increases for provincial lawyers as well, had impaired the ability of

Douze d’entre eux étaient énumérés dans sa liste de documents intitulée [TRADUCTION] « Partie I : Documents qui ne font pas l’objet d’une opposition ». De ces 12 documents, il semblerait que certains aient été non seulement énumérés dans la liste, mais effectivement divulgués aux demandeurs. L’attestation revendiquait également la confidentialité de cinq documents qui étaient en la possession des demandeurs ou sous leur contrôle et que les demandeurs avaient par ailleurs décrits comme pouvant être produits.

Selon le dossier qui nous a été soumis, l’attestation fondée sur l’art. 39 s’applique aux 34 documents énumérés dans la liste des documents décrits comme ne pouvant être produits.

Comme nous l’avons vu, l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s’applique pas aux documents gouvernementaux déjà divulgués. Il ne s’applique pas non plus aux cinq documents visés par l’attestation qui étaient en la possession des demandeurs ou sous leur contrôle. Ces documents ont été divulgués par le gouvernement dans le contexte d’un litige. Par conséquent, les dispositions de l’art. 39 concernant la divulgation ne s’appliquent pas et ces documents doivent être produits.

(2) Les renseignements contenus dans l’affidavit de M^{me} McCoy

Le gouvernement invoque la protection contre la divulgation des renseignements contenus dans l’affidavit de Joan McCoy, déposé à l’appui de la requête infructueuse du gouvernement en vue de faire transférer à la Cour fédérale l’action intentée par les demandeurs devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Au paragraphe 21, M^{me} McCoy fait une déclaration particulièrement importante lorsqu’elle précise que [TRADUCTION] « la décision du Conseil du Trésor de majorer le taux de rémunération des avocats en poste au bureau régional de Toronto s’expliquait par la hausse des salaires dans le secteur privé à des niveaux nettement supérieurs à ceux du secteur public, survenue pendant une période où la croissance économique était en plein essor à la fin des années 1980 ». Selon l’affidavit de

46

47

48

49

the Department of Justice to attract candidates for positions in the Law group in the Toronto Regional Office. It had also led to an increase in resignations from the federal Public Service as experienced legal officers, attracted by higher salaries, left for employment in the provincial government and the private sector in the Toronto area. The viability of the regional operation was imperilled by these losses and immediate action was required to stem the flow” (para. 21 of McCoy affidavit).

50 The plaintiffs take issue with this rationale and seek to cross-examine Ms. McCoy on her statement. The government refuses to permit the statement to be used in evidence and denies the right to cross-examine on the information contained in it.

51 When it filed the McCoy affidavit, the government chose to disclose the reason for the decision to pay the Toronto Law group more than other Law groups. The government disclosed that information to support the motion that the B.C. Supreme Court was not the appropriate forum for the case. Therefore, s. 39 cannot be invoked. The affidavit must be disclosed and Ms. McCoy may be cross-examined on its contents.

52 As to related information, if it has been voluntarily disclosed in other documents, then s. 39 does not apply and the documents must be produced. By contrast, the government is under no obligation to disclose related information contained in documents that have been properly certified under s. 39, but runs the risk that refusal may permit the court to draw an adverse inference.

M^{me} McCoy, [TRADUCTION] « l’escalade des taux de rémunération externes, suivie dans une large mesure par une augmentation de la rémunération des avocats à l’emploi du gouvernement provincial, avait compromis la capacité du ministère de la Justice de recruter des candidats pour les postes du groupe Droit au bureau régional de Toronto. Cette situation a également provoqué une augmentation du nombre de démissions au sein de la fonction publique fédérale : des avocats d’expérience, attirés par des salaires plus élevés, sont partis occuper des postes au gouvernement provincial et dans le secteur privé dans la région de Toronto. Ces pertes mettaient en péril la viabilité des opérations régionales et il fallait agir sur-le-champ pour stopper l’hémorragie » (par. 21 de l’affidavit de M^{me} McCoy).

Les demandeurs contestent cette explication et tiennent à contre-interroger M^{me} McCoy au sujet de sa déclaration. Le gouvernement refuse de permettre l’utilisation de la déclaration en preuve et il nie le droit des demandeurs de mener un contre-interrogatoire sur les renseignements qu’elle contient.

Lorsqu’il a déposé l’affidavit de M^{me} McCoy, le gouvernement a fait le choix de divulguer le motif de sa décision de verser au groupe Droit de Toronto une rémunération supérieure à celle des autres groupes Droit. Le gouvernement a divulgué ces renseignements à l’appui de la requête contestant la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en l’espèce. Par conséquent, l’art. 39 ne peut être invoqué. L’affidavit doit être divulgué et M^{me} McCoy peut être contre-interrogée relativement à son contenu.

En ce qui concerne les renseignements connexes, s’ils ont été divulgués volontairement dans d’autres documents, l’art. 39 ne s’applique pas et les documents doivent être produits. Par contre, le gouvernement n’est nullement tenu de divulguer les renseignements connexes contenus dans les documents qui ont fait à bon droit l’objet d’une attestation sous le régime de l’art. 39, mais il court le risque que son refus de les divulguer permette à la Cour de tirer une inférence défavorable.

C. *The Constitutionality of Section 39*

Because s. 39 applies to the undisclosed documents, it is necessary to consider the constitutional questions in this case. The respondents argue that s. 39 of the *Canada Evidence Act* is of no force or effect by reason of one or both of the preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

(1) The Preamble to the *Constitution Act, 1867*

The respondents in this case challenge the constitutionality of s. 39 and argue that the provision is *ultra vires* Parliament because of the unwritten principles of the Canadian Constitution: the rule of law, the independence of the judiciary, and the separation of powers. Although the unwritten constitutional principles are capable of limiting government actions, I find that they do not do so in this case.

The unwritten principles must be balanced against the principle of Parliamentary sovereignty. In *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215, this Court upheld as constitutional s. 41(2) of the *Federal Court Act*, the predecessor to s. 39, which permitted the government to claim absolute privilege over a broader class of confidences.

Recently, the Federal Court of Appeal considered the constitutional validity of s. 39 of the *Canada Evidence Act* in *Singh, supra*. On the basis of a thorough and compelling review of the principle of parliamentary sovereignty in the context of unwritten constitutional principles, Strayer J.A. held that federal Crown privilege is part of valid federal law over which Parliament had the power to legislate. Strayer J.A. concluded at para. 36:

. . . the rule of law cannot be taken to invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special

C. *La validité constitutionnelle de l'art. 39*

Étant donné que l'art. 39 s'applique aux documents non divulgués, il faut trancher les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce. Les intimés soutiennent que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inopérant en raison du préambule ou de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou des deux.

(1) Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Les intimés en l'espèce contestent la validité constitutionnelle de l'art. 39 et soutiennent que cette disposition outrepassé la compétence du Parlement par application des principes non écrits de la Constitution du Canada : la primauté du droit, l'indépendance de la magistrature et la séparation des pouvoirs. Bien que les principes constitutionnels non écrits puissent limiter les actes du gouvernement, j'estime que tel n'est pas le cas en l'espèce.

Il faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement. Dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215, notre Cour a confirmé la validité constitutionnelle du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que l'art. 39 a remplacé et qui permettait au gouvernement de faire valoir son immunité absolue relativement à une catégorie plus large de renseignements confidentiels.

Récemment, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur la validité constitutionnelle de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans *Singh*, précité. S'appuyant sur une analyse approfondie et convaincante du principe de la souveraineté parlementaire dans le contexte des principes constitutionnels non écrits, le juge Strayer a statué que l'immunité de la Couronne fédérale fait partie du droit fédéral valide à l'égard duquel le Parlement a le pouvoir de légiférer. Le juge Strayer a conclu dans les termes suivants, au par. 36 :

. . . le principe de la primauté du droit ne saurait être interprété de façon à invalider une loi qui a pour effet d'autoriser les représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire

53

54

55

56

law with a special result dealing with a special class of documents which, for long standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit.

57 I share the view of the Federal Court of Appeal that s. 39 does not offend the rule of law or the doctrines of separation of powers and the independence of the judiciary. It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws which some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.

(2) Section 96 of the *Constitution Act, 1867*

58 A second constitutional question must be considered: whether Parliament's decision to limit superior courts from compelling disclosure of Cabinet confidences impermissibly invades the core jurisdiction of the superior courts?

59 There is no clear test for defining what is considered to be the "core jurisdiction" of a s. 96 court. In *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, Lamer C.J. stated at para. 56:

Section 96's "core" jurisdiction is a very narrow one which includes only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system.

Citing *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, the respondents argue that s. 39 impermissibly infringes on the core jurisdiction of a superior court because it interferes with courts' ability to control their own process. First, because the section operates to prevent a superior court from remedying an abuse of process, and second, because it denies

que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que l'art. 39 respecte la primauté du droit, ainsi que les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la magistrature. La législature a entièrement compétence pour édicter des lois — et même des lois que certains peuvent considérer draconiennes —, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement.

(2) L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Nous devons trancher une deuxième question constitutionnelle : la décision du Parlement de restreindre le pouvoir des cours supérieures d'ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet constitue-t-elle une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures?

Il n'existe aucun critère précis pour définir ce qui constitue la « compétence fondamentale » d'une cour constituée en vertu de l'art. 96. Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit, au par. 56 :

Cette compétence « fondamentale » [protégée par l'art. 96] est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l'existence d'une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique.

Les intimés citent *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, à l'appui de leur prétention que l'art. 39 porte une atteinte inadmissible à la compétence fondamentale d'une cour supérieure parce qu'il porte atteinte à sa capacité de contrôler sa propre procédure, et ce à deux égards. Premièrement, cette disposition

evidence centrally relevant to the core factual questions in the litigation. The respondents contend that s. 39 deprives the judiciary of its role of review, a power which a superior court possesses under the common law of public interest.

As previously stated, there is a long common law tradition of protecting Cabinet confidences. In Canada, superior courts operated since pre-Confederation without the power to compel Cabinet confidences. Indeed, at the time of Confederation, no court had any jurisdiction regarding actions against the Sovereign: see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551. Further, s. 39 has not substantially altered the role of the judiciary from their function under the common law regime. The provision does not entirely exclude judicial review of the determination by the Clerk that the information is a Cabinet confidence. A court may review the certificate to determine whether it is a confidence within the meaning provided in s. 39(2) or analogous categories, or to determine if the certificate was issued in bad faith. Section 39 does not, in and of itself, impede a court's power to remedy abuses of process.

I therefore conclude that there is no basis upon which to find that s. 39 of the *Canada Evidence Act* is unconstitutional.

V. Conclusion

I would allow the appeal in part, with costs to the respondents.

On the record before us, the documents certified but disclosed, including the McCoy affidavit, are no longer protected and may be used in the litigation. The plaintiffs may cross-examine on the McCoy affidavit. The remaining documents are protected by s. 39 of the *Canada Evidence Act*. These

empêcherait une cour supérieure de remédier à un abus de procédure et, deuxièmement, elle la priverait d'éléments de preuve directement pertinents quant aux questions de fait qui sont au coeur du litige. Les intimés soutiennent que l'art. 39 empêche les tribunaux d'exercer leur pouvoir de contrôle, pouvoir conféré aux cours supérieures par la common law d'intérêt public.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la tradition de common law qui protège les renseignements confidentiels du Cabinet est très ancienne. Au Canada, les cours supérieures fonctionnaient déjà avant la Confédération, sans avoir le pouvoir d'ordonner la production des renseignements confidentiels du Cabinet. En fait, au moment de la Confédération, aucun tribunal n'avait compétence pour connaître d'une action contre le Souverain : voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551. De plus, l'art. 39 n'a pas modifié fondamentalement le rôle de la magistrature par rapport aux fonctions qu'elle exerçait sous le régime de la common law. La disposition contestée n'exclut pas tout contrôle judiciaire de la décision du greffier portant que des renseignements constituent des renseignements confidentiels du Cabinet. Un tribunal peut examiner l'attestation pour déterminer si elle vise un renseignement confidentiel au sens du par. 39(2) ou appartenant à une catégorie analogue et pour déterminer si elle a été délivrée de mauvaise foi. L'article 39 n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure.

Je conclus donc qu'aucun motif ne permet de conclure que l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, avec dépens en faveur des intimés.

Selon le dossier qui nous a été soumis, les documents visés par l'attestation mais déjà divulgués, y compris l'affidavit de M^{me} McCoy, ne sont plus protégés et peuvent être utilisés dans le cadre de l'instance. Les demandeurs peuvent contre-interroger M^{me} McCoy relativement à son affidavit. Les

60

61

62

63

conclusions are made without prejudice to future applications in this case.

The following are the reasons delivered by

64 L'HEUREUX-DUBÉ J. — While I agree substantially with the reasons of the Chief Justice and the result she reaches, I cannot agree with her view as reflected in paras. 17, 22 and 28 of her reasons that “competing interests” in disclosure must be taken into account.

65 In my view, the unequivocal language of the statute does not mandate consideration of the public interest in disclosure; I believe the Clerk or the minister must only answer two questions before certifying, namely, whether (1) the document is a Cabinet confidence; and (2) it is information that the government wishes to protect.

Appeal allowed in part with costs to the respondents.

Solicitor for the appellants: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: The Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Victoria.

documents restants sont protégés par l’art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces conclusions n’ont aucune incidence sur les demandes qui pourraient être présentées à l’avenir dans le présent dossier.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois d'accord, pour l'essentiel, avec les motifs du Juge en chef et le résultat auquel elle parvient, je ne partage pas l'opinion qu'elle exprime aux par. 17, 22 et 28 de ses motifs, lorsqu'elle dit qu'il faut tenir compte des « intérêts » en jeu en ce qui concerne la divulgation des renseignements.

À mon avis, le libellé non équivoque de la loi ne commande pas de prendre en considération l'intérêt public; je crois que le greffier ou le ministre doit se poser seulement les deux questions suivantes avant de délivrer une attestation : (1) S'agit-il de renseignements confidentiels du Cabinet? (2) S'agit-il de renseignements que le gouvernement désire protéger?

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur des intimés.

Procureur des appelants : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Le Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Arvay Finlay, Victoria.