

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

v.

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

and

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

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

**Neutral citation: 2009 SCC 52.**

File No.: 32719.

2009: April 22; 2009: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

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

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

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

c.

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

et

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

**RÉPERTORIÉ : R. c. BASI**

**Référence neutre : 2009 CSC 52.**

N° du greffe : 32719.

2009 : 22 avril; 2009 : 19 novembre.

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

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

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

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

The accused were charged with corruption, fraud, and breach of trust under the *Criminal Code*. Given that some material produced on an application for disclosure had been blacked out, defence counsel applied for “unredacted” copies. The Crown objected, claiming informer privilege. The Crown contended that the claim could not be properly established without live testimony by a police officer, and insisted on an *in camera* and *ex parte* hearing. Defence counsel objected to the *ex parte* nature of the hearing and applied for permission to attend, without their clients. When the trial judge held that defence counsel could participate fully in the *in camera* hearing so long as they were subject to a court order and undertakings, the Crown invoked s. 37 of the *Canada Evidence Act* (“CEA”), which provides for non-disclosure where a public interest is at stake. The trial judge affirmed her previous decision, and the Court of Appeal, in a majority decision, dismissed the Crown’s appeal made pursuant to s. 37.1 of the CEA and upheld the trial judge’s ruling. The Crown then appealed to this Court on the issue of whether the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing, and the accused cross-appealed on the issue of whether the Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown’s appeal.

*Held:* The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

While everyone charged with a criminal offence in Canada is constitutionally entitled to full and timely disclosure of all relevant material under the control of the Crown, the entitlement to disclosure is neither absolute nor unlimited. Where informer privilege has been claimed by the Crown, an accused’s constitutional right to make full answer and defence does not alone trigger an exception to the privilege. It is only where innocence is at stake that the privilege yields and information tending to reveal the identity of the informant can be disclosed. The strictness of the privilege is not relaxed when s. 37 of the CEA is invoked to protect it, and the privilege is not amenable to the sort of public interest balancing contemplated by s. 37(5). No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies. It follows that the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing to determine the existence of an informer privilege where, in the course of the hearing, information

Les accusés ont été inculpés de corruption, de fraude et d’abus de confiance en vertu du *Code criminel*. Comme certaines parties des documents produits en réponse à une demande de communication de la preuve avaient été complètement noircies, les avocats de la défense ont demandé des copies « non expurgées ». Revendiquant le privilège de l’indicateur, le ministère public s’est opposé et a fait valoir qu’il ne pouvait valablement établir sa revendication sans faire témoigner de vive voix un policier. Il a insisté sur la nécessité d’une audience à huis clos et *ex parte*. Les avocats de la défense se sont opposés au caractère *ex parte* de l’audience et ont demandé la permission d’y assister, sans leurs clients. Lorsque la juge du procès a conclu que, dans la mesure où les avocats de la défense étaient assujettis à l’ordonnance du tribunal et étaient liés par des engagements, ils pouvaient participer pleinement à l’audience à huis clos, le ministère public a invoqué l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* (« LPC »), qui permet la non-divulgence lorsque des raisons d’intérêt public sont en jeu. La juge du procès a confirmé sa décision et la Cour d’appel à la majorité a rejeté l’appel interjeté par le ministère public en vertu de l’art. 37.1 de la LPC et a confirmé la décision de la juge du procès. Le ministère public a interjeté appel à notre Cour sur la question de savoir si la juge du procès avait eu tort de permettre aux avocats de la défense d’être présents à l’audience à huis clos, et dans un pourvoi incident, les accusés ont demandé si la Cour d’appel avait compétence pour entendre l’appel du ministère public.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Toute personne accusée d’une infraction criminelle au Canada a le droit constitutionnel de recevoir communication en temps utile de tous les documents pertinents qui sont sous le contrôle du ministère public, mais le droit à la communication de la preuve n’est ni absolu ni illimité. Lorsque le ministère public a invoqué le privilège de l’indicateur, le droit constitutionnel d’un accusé de présenter une défense pleine et entière n’appelle pas à lui seul une exception au privilège de l’indicateur. Ce n’est que si l’innocence est en jeu que le privilège cède le pas et que les renseignements tendant à révéler l’identité de l’indicateur peuvent être divulgués. Le privilège de l’indicateur ne perd pas son caractère strict lorsque l’art. 37 de la LPC est invoqué pour le protéger, et il ne peut donner lieu à l’exercice de pondération de l’intérêt public envisagé au par. 37(5). Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception s’applique. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats

tending to reveal the identity of the putative informer is bound to be revealed. However, where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. The trial judge will be in a better position to decide how best to craft safeguards that mitigate any potential unfairness arising from the *ex parte* nature of the proceedings. Lastly, s. 650 of the *Criminal Code* applies only to the presence of the accused at trial and has no application to the trial judge's decision under s. 37 of the CEA. An application under s. 37 is a discrete proceeding, separate from and only ancillary to the criminal trial, and is therefore not caught by s. 650. [1] [22-23] [34] [43-44] [50] [53] [58]

The trial judge's decision amounted to a "disclosure order" within the meaning of s. 37.1 of the CEA and the Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown's appeal. The inevitable result of the trial judge's decision was to require the Crown to reveal to defence counsel information over which the informer privilege had been claimed. As defence counsel are outside the "circle of privilege", permitting them access to this information — even subject to court orders and undertakings — constitutes inevitable disclosure of the information. While the trial judge sought to restrict this disclosure of privileged information to defence counsel by prohibiting them from sharing it with any one else, her decision constituted an order of disclosure nonetheless. Furthermore, the trial judge clearly stated that her decision was subject to immediate appeal under the CEA. [30] [32]

### Cases Cited

**Applied:** *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; **referred to:** *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630); *R. v. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

de la défense d'assister à l'audience à huis clos visant à déterminer l'existence d'un privilège de l'indicateur lorsque, dans le cours de l'audience, des renseignements tendant à dévoiler l'identité du présumé indicateur vont être révélés. Toutefois, lorsqu'une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l'accusé et les procureurs de la défense ne devraient être exclus de l'instance que si l'identité de l'indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s'avère nécessaire. Le juge du procès sera mieux à même de déterminer la meilleure façon d'élaborer des mesures propres à atténuer toute iniquité résultant de la nature *ex parte* de l'instance. Enfin, l'art. 650 du *Code criminel* s'applique uniquement à la présence de l'accusé au procès et ne s'applique pas à la décision qu'a rendue le juge du procès en vertu de l'art. 37 de la LPC. Une demande faite en vertu de l'art. 37 est une instance distincte, indépendante et simplement accessoire au procès criminel et n'est donc pas visée par l'art. 650. [1] [22-23] [34] [43-44] [50] [53] [58]

La décision de la juge du procès constituait une « ordonnance de divulgation » visée à l'art. 37.1 de la LPC et la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel du ministère public. La décision de la juge du procès a eu pour résultat inévitable d'obliger le ministère public à révéler aux avocats de la défense les renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur avait été revendiqué. Les avocats de la défense se trouvant en dehors du « cercle du privilège », leur permettre l'accès à ces renseignements — même sous réserve d'ordonnances du tribunal et d'engagements — constitue une divulgation inévitable des renseignements. Alors que la juge du procès a cherché à restreindre cette divulgation de renseignements privilégiés aux avocats de la défense en leur interdisant de les communiquer à qui que ce soit, sa décision n'en constituait pas moins une ordonnance de divulgation. En outre, la juge du procès a clairement indiqué que sa décision était susceptible d'un appel immédiat en vertu de la LPC. [30] [32]

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; **arrêts mentionnés :** *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630); *R. c. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1, 37.2.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 650.

**Authors Cited**

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2009, release No. 8).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Donald J.J.A.), 2008 BCCA 297, 257 B.C.A.C. 253, 432 W.A.C. 253, 235 C.C.C. (3d) 383, 59 C.R. (6th) 165, [2008] B.C.J. No. 1300 (QL), 2008 CarswellBC 1436, affirming a decision of Bennett J., 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275, [2007] B.C.J. No. 2816 (QL), 2007 CarswellBC 3162. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*William S. Berardino, Q.C., Janet L. Winteringham, Q.C., Michael Sobkin and Andrea N. Mackay*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*P. Michael Bolton, Q.C., and Claire E. Hatcher*, for the respondent/appellant on cross-appeal Udhe Singh Basi.

*Joseph J. Blazina and Kevin G. McCullough*, for the respondent/appellant on cross-appeal Bobby Singh Virk.

*Joseph M. Doyle and Erin D. Dance*, for the respondent/appellant on cross-appeal Aneal Basi.

*W. Paul Riley and François Lacasse*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Robert W. Hubbard and Christopher Webb*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Greg Preston and Mark Unchulenko*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 650.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 37.1, 37.2.

**Doctrine citée**

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2009, release No. 8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Ryan et Donald), 2008 BCCA 297, 257 B.C.A.C. 253, 432 W.A.C. 253, 235 C.C.C. (3d) 383, 59 C.R. (6th) 165, [2008] B.C.J. No. 1300 (QL), 2008 CarswellBC 1436, qui a confirmé une décision de la juge Bennett, 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275, [2007] B.C.J. No. 2816 (QL), 2007 CarswellBC 3162. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*William S. Berardino, c.r., Janet L. Winteringham, c.r., Michael Sobkin et Andrea N. Mackay*, pour l'appelante/intimée à l'appel incident.

*P. Michael Bolton, c.r., et Claire E. Hatcher*, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Udhe Singh Basi.

*Joseph J. Blazina et Kevin G. McCullough*, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Bobby Singh Virk.

*Joseph M. Doyle et Erin D. Dance*, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Aneal Basi.

*W. Paul Riley et François Lacasse*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*Robert W. Hubbard et Christopher Webb*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Greg Preston et Mark Unchulenko*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Everyone charged with a criminal offence in Canada is constitutionally entitled to full and timely disclosure of all relevant material under the control of the Crown. To withhold that material without justification is to jeopardize impermissibly the right of the accused to make full answer and defence. The entitlement to disclosure must therefore be broadly construed. But it is neither absolute nor unlimited.

[2] The limit that concerns us here is a function of the “informer privilege”, which prohibits disclosure of the identity of confidential informants.

[3] More particularly, we are required to decide whether the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing sought by the Crown to establish its claim of informer privilege. With respect, I believe that she did.

[4] The judge's order was intended to safeguard the privilege by prohibiting defence counsel from disclosing to anyone, including the accused — their own clients — anything they learned at the hearing. In fact, however, the order exposed the privilege to imminent demise, since information tending to reveal the identity of the putative informer was bound to be revealed in the course of the hearing. Defence counsel would thus have been made privy to what the informer privilege is meant to deny them.

*Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Toute personne accusée d'une infraction criminelle au Canada a le droit constitutionnel de recevoir communication en temps utile de tous les documents pertinents qui sont sous le contrôle du ministère public. Ne pas communiquer ces documents sans justification équivaut à mettre irrégulièrement en péril le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le droit à la communication de la preuve doit donc être interprété largement. Mais ce droit n'est ni absolu ni illimité.

[2] La limite qui nous intéresse en l'espèce est un aspect du « privilège de l'indicateur » qui interdit la divulgation de l'identité d'indicateurs confidentiels.

[3] Plus précisément, nous sommes appelés à déterminer si la juge du procès a eu tort de permettre aux avocats de la défense d'être présents à l'audience à huis clos que demandait le ministère public en vue d'établir sa revendication du privilège de l'indicateur. Avec égards, je crois qu'elle a commis une erreur.

[4] L'ordonnance de la juge visait à préserver le privilège en interdisant aux avocats de la défense de divulguer à qui que ce soit, y compris les accusés — leurs propres clients — ce qu'ils pouvaient apprendre à l'audience. En fait, l'ordonnance exposait plutôt le privilège à une disparition imminente puisque des renseignements susceptibles de dévoiler l'identité du présumé indicateur allaient nécessairement être révélés au cours de l'audience. Les avocats de la défense auraient ainsi obtenu les renseignements que le privilège de l'indicateur est censé leur refuser.

[5] For the reasons of Ryan J.A., dissenting at the Court of Appeal, and for the reasons that follow, I would therefore allow the Crown's appeal and return the case to the trial court for determination of the Crown's claim of informer privilege in accordance with the procedure set out below.

## II

[6] The respondents are charged with corruption, fraud, and breach of trust in relation to the sale of B.C. Rail's freight railway operations by the provincial government. The decision on appeal was one of a series of pre-trial orders arising out of a lengthy application for disclosure. In response to their requests, the accused received more than 100,000 documents, including police notes and reports that had been redacted. Some pages were completely blacked out.

[7] Defence counsel applied to the court for "unredacted" copies. The Crown objected, claiming the informer privilege.

[8] The trial judge, Bennett J. (as she then was), proposed that the Crown submit the documents in question under seal, accompanied by an affidavit explaining the basis upon which the privilege was claimed. The trial judge preferred to test the privilege on a paper record that could be edited to protect the privilege, while permitting counsel to respond to the claim.

[9] The Crown contended that it could not properly establish its claim of privilege without approximately one hour of live testimony by a police officer. And the Crown insisted on an *in camera* and *ex parte* hearing for that purpose.

[5] Pour les motifs énoncés par la juge Ryan de la Cour d'appel, dissidente, et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il se prononce sur la revendication du privilège de l'indicateur par le ministère public conformément à la procédure établie ci-après.

## II

[6] Les intimés sont accusés de corruption, de fraude et d'abus de confiance relativement à la vente, par le gouvernement provincial, des services de transport ferroviaire de marchandises de B.C. Rail. La décision frappée d'appel s'inscrit dans une série d'ordonnances préliminaires résultant d'une imposante demande de communication de la preuve. En réponse à leurs demandes, les accusés ont reçu plus de 100 000 documents, dont des notes et des rapports de police qui avaient été expurgés. Certaines pages avaient été complètement noircies.

[7] Les avocats de la défense ont demandé au tribunal que des copies [TRADUCTION] « non expurgées » leurs soient remises. Le ministère public s'est opposé, revendiquant le privilège de l'indicateur.

[8] La juge du procès, la juge Bennett (maintenant à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), a proposé que le ministère public soumette les documents en cause sous scellés, accompagnés d'un affidavit expliquant le fondement de la revendication du privilège. La juge du procès préférait vérifier l'existence du privilège à partir de documents sur papier pouvant être révisés pour protéger le privilège, tout en permettant aux avocats de répondre à la revendication.

[9] Le ministère public a fait valoir qu'il ne pouvait valablement établir l'existence du privilège qu'il revendiquait sans faire témoigner de vive voix un policier pendant environ une heure. Et il a insisté sur la nécessité de tenir à cette fin une audience à huis clos et *ex parte*.

[10] Defence counsel objected to the *ex parte* nature of the hearing and applied for permission to attend, without their clients. They agreed to submit to a court order and undertakings not to divulge any privileged information to anybody, including the accused. Counsel had obtained authorizations from their clients in this regard.

[11] Bennett J., relying in part on *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (B.C.C.A.), held that so long as defence counsel were subject to the court order and undertakings, they could participate fully in the *in camera* hearing: 2007 BCSC 1888, 170 C.R.R. (2d) 260. Justice Bennett's reasons were based both on the common law of privilege and s. 650 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which establishes an accused's right to remain present at trial.

[12] In the course of her reasons, Bennett J. noted that the Crown could invoke s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("CEA"), which provides for non-disclosure where a public interest — such as the informer privilege — is at stake. Importantly, the CEA provides the Crown with an immediate right of appeal of certain evidentiary orders.

[13] Section 37(1) reads:

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

[14] The Crown invoked s. 37 upon the release of the Justice Bennett's reasons. The next day, Justice Bennett issued additional reasons, affirming that even under s. 37, defence counsel could attend the *in camera* hearing, subject to undertakings and a

[10] Les avocats de la défense se sont opposés au caractère *ex parte* de l'audience et ont demandé la permission d'y assister, sans leurs clients. Ils ont accepté de se soumettre à une ordonnance et de s'engager à ne divulguer aucun renseignement privilégié à qui que ce soit, y compris les accusés. Les avocats avaient obtenu de leurs clients des autorisations à cet égard.

[11] S'appuyant en partie sur la décision *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (C.A.C.-B.), la juge Bennett a conclu que, dans la mesure où les avocats de la défense étaient assujettis à l'ordonnance du tribunal et étaient liés par des engagements, ils pouvaient participer pleinement à l'audience à huis clos : 2007 BCSC 1888, 170 C.R.R. (2d) 260. Les motifs de la juge Bennett étaient fondés sur les règles de la common law en matière de privilège et sur l'art. 650 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui établit le droit de l'accusé de demeurer présent pendant son procès.

[12] Dans ses motifs, la juge Bennett a souligné que le ministère public pouvait invoquer l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), qui permet la non-divulgence lorsque des raisons d'intérêt public — tel le privilège de l'indicateur — sont en jeu. Fait important, la LPC donne au ministère public le droit d'interjeter immédiatement appel de certaines ordonnances en matière de preuve.

[13] Le paragraphe 37(1) de la LPC prévoit ce qui suit :

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

[14] Le ministère public a invoqué l'art. 37 au moment du prononcé des motifs de la juge Bennett. Le lendemain, dans des motifs supplémentaires, la juge Bennett a affirmé que, même aux termes de l'art. 37, les avocats de la défense pouvaient

court order: 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275. The Crown immediately inscribed the appeal that concerns us here.

[15] In the Court of Appeal (2008 BCCA 297, 59 C.R. (6th) 165), Finch C.J.B.C. held that the court lacked jurisdiction to hear the Crown's appeal. In his view, Bennett J.'s decision did not amount to a "disclosure order" within the meaning of s. 37.1 of the CEA and was for that reason not subject to immediate appeal under that provision. In the alternative, Chief Justice Finch held that the procedure devised by the trial judge was permissible. Donald J.A. concurred on the latter ground only.

[16] Ryan J.A. dissented. She found that the trial judge's decision did indeed constitute a "disclosure order" subject to immediate appeal under the CEA. With regard to the substance of Bennett J.'s order, Justice Ryan concluded that the presence of defence counsel at the *in camera* hearing would result in a breach of the informer privilege.

[17] In Justice Ryan's view, the court order and undertakings not to disclose did not cure this breach. As the sole exception to the privilege — where innocence is at stake — was not engaged, defence counsel could not be permitted to attend the hearing.

[18] The Crown now appeals, with leave, to this Court. And the accused, in their cross-appeal, submit that the Court of Appeal lacked jurisdiction to hear the Crown's "interlocutory" appeal (Factum of Mr. Virk on Cross-Appeal, at para. 14). I shall first consider the jurisdictional issue and then turn to the merits of Justice Bennett's order.

assister à l'audience à huis clos, sous réserve de remettre des engagements et de se conformer à une ordonnance du tribunal : 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275. Le ministère public a immédiatement inscrit l'appel qui nous occupe en l'espèce.

[15] En Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2008 BCCA 297, 59 C.R. (6th) 165), le juge en chef Finch a conclu que la cour n'avait pas compétence pour entendre l'appel du ministère public. Selon lui, la décision de la juge Bennett ne constituait pas une « ordonnance de divulgation » visée à l'art. 37.1 de la LPC et elle ne pouvait donc pas faire l'objet d'un appel immédiat en vertu de cette disposition. Subsidiairement, le juge en chef Finch a estimé que la procédure conçue par la juge du procès était acceptable. Le juge Donald a souscrit à son opinion, mais uniquement pour ce dernier motif.

[16] La juge Ryan a inscrit sa dissidence. Elle a estimé que la décision du juge du procès constituait bel et bien une « ordonnance de divulgation » susceptible d'appel immédiat en vertu de la LPC. En ce qui concerne la teneur de l'ordonnance rendue par la juge Bennett, la juge Ryan a conclu que la présence des avocats de la défense à l'audience à huis clos entraînerait une atteinte au privilège de l'indicateur.

[17] Selon la juge Ryan, l'ordonnance du tribunal et les engagements de non-divulgation ne remédiaient pas à cette atteinte. Étant donné que la seule exception au privilège — l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé — n'était pas en jeu, les avocats de la défense ne pouvaient pas être autorisés à assister à l'audience.

[18] Le ministère public interjette maintenant appel avec l'autorisation de notre Cour. Et les accusés, dans leur pourvoi incident, soutiennent que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel « interlocutoire » du ministère public (mémoire de M. Virk à l'égard du pourvoi incident, par. 14). J'examinerai d'abord la question juridictionnelle avant de me prononcer sur le bien-fondé de l'ordonnance de la juge Bennett.



## III

[19] The Court has indeed held, as the appellant submits, that “all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959. This is, of course, a criminal matter, but the appeal relates to an incidental and separate proceeding under s. 37 of the CEA and Parliament has expressly provided in ss. 37.1 and 37.2 of the CEA for an immediate appeal as of right to the court of appeal, and further appeals, with leave, to this Court.

[20] This right of appeal is limited by the CEA, however, to a “determination under any of subsections 37(4.1) to (6)”. Section 37(6) is concerned with prohibition orders and has no application here. The jurisdiction of the Court of Appeal thus depended on whether the trial judge’s decision amounted to a determination under either s. 37(4.1) or s. 37(5).

[21] Section 37(4.1) provides that a court “may authorize by order the disclosure of the information” over which privilege is claimed “[u]nless the court . . . concludes that the disclosure . . . would encroach upon a specific public interest”. Section 37(5) adds that even where a specified public interest is engaged, disclosure may nevertheless be ordered — subject to conditions — if the public’s interest in disclosure outweighs a specified public interest that militates against disclosure.

[22] The “specified public interest” at issue in this case is the protection of the identity of informers, more generally known as the “informer privilege”. The informer privilege is a class privilege, subject only to the “innocence at stake” exception. It is not amenable to the sort of public interest balancing contemplated by s. 37(5): *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paras. 12-14. I shall have more to say later about the purpose and scope of the privilege.

## III

[19] Notre Cour a effectivement conclu, comme le prétend l’appelante, que « les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et [qu’]il ne devrait pas y avoir d’appels interlocutoires dans les affaires criminelles » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 959. Il s’agit bien en l’espèce d’une affaire criminelle, mais l’appel a trait à une instance incidente et distincte en vertu de l’art. 37 de la LPC, et le législateur a expressément prévu aux art. 37.1 et 37.2 de cette loi un droit d’appel immédiat de plein droit à la cour d’appel, ainsi qu’un droit d’appel à notre Cour, sur autorisation.

[20] La LPC limite toutefois ce droit, et l’appel doit viser « une décision rendue en vertu des paragraphes 37(4.1) à (6) ». Le paragraphe 37(6) concerne les ordonnances d’interdiction et ne s’applique pas en l’espèce. La compétence de la Cour d’appel dépendait donc de la question de savoir si la décision de la juge du procès équivalait à une décision rendue en vertu du par. 37(4.1) ou du par. 37(5).

[21] Selon le par. 37(4.1), un tribunal « peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements » à l’égard desquels un privilège est revendiqué « sauf s’il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d’intérêt public déterminées ». Le paragraphe 37(5) ajoute que, même lorsque des raisons d’intérêt public sont en jeu, la divulgation peut néanmoins être ordonnée — sous réserve de certaines conditions — si les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public déterminées.

[22] La « raison d’intérêt public déterminée » en cause dans la présente affaire est la protection de l’identité des indicateurs, plus généralement appelée le « privilège de l’indicateur ». Le privilège de l’indicateur est un privilège générique qui ne souffre que l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Il ne peut donner lieu à l’exercice de pondération de l’intérêt public envisagé au par. 37(5) : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12-14. Je reviendrai plus loin sur l’objet et la portée de ce privilège.

[23] When s. 37 is invoked to protect the informer privilege — a relatively rare occurrence, since the claim of privilege will usually be settled under the common law alone — its strictness is not relaxed. See R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at p. 3-44.

[24] Recognizing the unique nature of the informer privilege, the trial judge found it unnecessary to engage in the “balancing” required under s. 37(5). She held instead that the substantive law on the scope of the privilege permitted defence counsel to attend the *in camera* hearing she had ordered.

[25] In the language of s. 37(4.1), then, the trial judge concluded that *in camera* disclosure to defence counsel, subject to a court order and undertakings, did not encroach upon the “specified public interest” — that is, the informer privilege invoked by the Crown. In my view, this decision amounts to an order for disclosure — albeit extremely limited disclosure — under s. 37(4.1).

[26] The respondents — appellants on the cross-appeal — raise two main arguments in support of the contrary conclusion that the trial judge’s decision was not an order of disclosure subject to immediate appeal.

[27] First, they submit that the trial judge’s decision was not an order of disclosure, but only a “procedural ruling” (Factum of Mr. U. S. Basi on Appeal and Cross-Appeal, at para. 37; Factum of Mr. Virk on Cross-Appeal, at para. 39; Factum of Mr. A. Basi on Appeal and Cross-Appeal, at para. 164).

[28] Second, even if the decision can be characterized as an order, respondents contend that it did not authorize disclosure, but merely prescribed a procedure to be followed in determining whether

[23] Lorsque l’art. 37 est invoqué pour protéger le privilège de l’indicateur — ce qui survient assez rarement étant donné que la revendication du privilège se règle habituellement par l’application des seules règles de la common law —, il ne perd pas pour autant son caractère strict. Voir R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-44.

[24] Reconnaissant la nature unique du privilège de l’indicateur, la juge du procès a jugé inutile de se livrer à l’exercice de « pondération » requis au par. 37(5). Elle a plutôt estimé que le droit substantiel relatif à la portée du privilège permettait aux avocats de la défense d’assister à l’audience à huis clos dont elle avait ordonné la tenue.

[25] Reprenant le libellé du par. 37(4.1), la juge du procès a alors conclu qu’une divulgation à huis clos aux avocats de la défense, sous réserve d’une ordonnance du tribunal et de la remise d’engagements, n’était pas préjudiciable au regard des « raisons d’intérêt public déterminées » — à savoir le privilège de l’indicateur invoqué par le ministère public. À mon avis, cette décision équivaut à une ordonnance de divulgation — bien qu’une divulgation extrêmement limitée — en vertu du par. 37(4.1).

[26] Les intimés — appelants au pourvoi incident — soulèvent deux arguments principaux à l’appui de la conclusion contraire, soit que la décision de la juge du procès ne constituait pas une ordonnance de divulgation donnant ouverture à un appel immédiat.

[27] En premier lieu, ils soutiennent que la décision de la juge du procès n’était pas une ordonnance de divulgation, mais seulement une « décision de procédure » (mémoire de M. U. S. Basi à l’égard du pourvoi et du pourvoi incident, par. 37; mémoire de M. Virk à l’égard du pourvoi incident, par. 39; mémoire de M. A. Basi à l’égard du pourvoi et du pourvoi incident, par. 164).

[28] En second lieu, même si la décision peut être qualifiée d’ordonnance, les intimés prétendent qu’elle n’autorisait pas la divulgation, mais prescrivait simplement une procédure à suivre pour

the informer privilege had been established. The respondents contend that the CEA does not contemplate immediate appeals of “procedural” decisions of this sort.

[29] In my view, these arguments all fail: They favour form over substance and recast the judge’s order in an erroneous light.

[30] The inevitable result of the trial judge’s decision was to require the Crown to reveal to defence counsel information over which the informer privilege had been claimed. As defence counsel are outside the “circle of privilege”, permitting them access to this information — even subject to court orders and undertakings — constitutes *inevitable disclosure of the information*. And while the trial judge sought to restrict this disclosure of privileged information to defence counsel, who were prohibited from sharing it with anyone else, her decision constituted an order of disclosure nonetheless.

[31] If there remained any doubt as to the nature of the trial judge’s decision, the trial judge settled it herself. The last sentence of her additional reasons reads:

The *in camera* [hearing] is suspended to give the Crown the opportunity to determine whether it wishes to appeal this ruling, which it has the right to do under s. 37 of the *Canada Evidence Act*. [para. 23]

[32] The trial judge could not have been more clear that she was making a determination that was properly subject to immediate appeal. There is no reason to conclude that the trial judge misunderstood the nature and consequences of her own order.

[33] I would therefore dismiss the cross-appeal.

#### IV

[34] The decisive question on this appeal is whether defence counsel can be permitted to attend

déterminer si l’existence du privilège de l’indicateur avait été établie. Les intimés soutiennent que la LPC ne prévoit pas un droit d’appel immédiat de décisions « de procédure » de cette sorte.

[29] À mon avis, ces arguments ne peuvent être retenus. Ils privilégient la forme au détriment de la substance et déforment l’ordonnance de la juge.

[30] La décision de la juge du procès a eu pour résultat inévitable d’obliger le ministère public à révéler aux avocats de la défense les renseignements à l’égard desquels le privilège de l’indicateur avait été revendiqué. Les avocats de la défense se trouvant en dehors du « cercle du privilège », leur permettre l’accès à ces renseignements — même sous réserve d’ordonnances du tribunal et d’engagements — constituait *une divulgation inévitable des renseignements*. Et alors que la juge du procès a cherché à restreindre cette divulgation de renseignements privilégiés aux avocats de la défense en leur interdisant de les communiquer à qui que ce soit, sa décision n’en constituait pas moins une ordonnance de divulgation.

[31] S’il subsistait quelque doute quant à la nature de la décision de la juge du procès, celle-ci l’a elle-même dissipé. Elle a dit ce qui suit dans la dernière phrase de ses motifs supplémentaires :

[TRADUCTION] [L’audience] à huis clos est suspendue pour donner au ministère public la possibilité de décider s’il souhaite interjeter appel de cette décision, ce qu’il est en droit de faire aux termes de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. [par. 23]

[32] La juge du procès ne pouvait indiquer plus clairement que la décision qu’elle rendait était à bon droit susceptible d’un appel immédiat. Rien ne permet de conclure que la juge du procès s’est méprise sur la nature et les conséquences de sa propre ordonnance.

[33] Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi incident.

#### IV

[34] La question déterminante dans le présent pourvoi est de savoir si les avocats de la défense

an *in camera* hearing to determine the existence of an informer privilege where, in the course of the hearing, information tending to reveal the identity of the putative informer is bound to be revealed.

[35] Before turning to that issue, it will be helpful to consider generally the purpose, scope and operation of the informer privilege and the governing principles set out by Bastarache J. in *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253.

[36] The privilege arises where a police officer, in the course of an investigation, guarantees protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would otherwise be difficult or impossible to obtain. In appropriate circumstances, a bargain of this sort has long been accepted as an indispensable tool in the detection, prevention and prosecution of crime.

[37] The informer privilege has been described as “nearly absolute”. As mentioned earlier, it is safeguarded by a protective veil that will be lifted by judicial order only when the innocence of the accused is demonstrably at stake. Moreover, while a court can adopt discretionary measures to protect the identity of the informer, the privilege itself is “a matter beyond the discretion of a trial judge” (*Named Person*, at para. 19).

[38] Whenever informer privilege is claimed, or the court of its own motion considers that the privilege appears to arise, its existence must be determined by the court *in camera* at a “first stage” hearing. Even the existence of the claim cannot be publicly disclosed. Ordinarily, only the putative informant and the Crown may appear before the judge. In *Named Person*, however, the Court considered that an *amicus curiae* may be necessary or appropriate, particularly where the interests of the informant and the Crown are aligned: *Named Person*, at para. 48.

peuvent être autorisés à assister à une audience à huis clos visant à déterminer l'existence d'un privilège de l'indicateur lorsque, dans le cours de l'audience, des renseignements tendant à dévoiler l'identité du présumé indicateur vont être révélés.

[35] Avant d'aborder cette question, j'estime utile d'examiner de façon générale l'objet, la portée et l'application du privilège de l'indicateur ainsi que les principes applicables énoncés par le juge Bastarache dans l'arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253.

[36] La question du privilège se pose lorsque, dans le cadre d'une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d'un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu'il lui serait difficile ou impossible d'obtenir autrement. On reconnaît depuis longtemps que, lorsque les circonstances le justifient, un marché de ce genre s'avère un outil indispensable pour la détection, la prévention et la répression du crime.

[37] On a dit du privilège de l'indicateur qu'il est « quasi absolu ». Comme je l'ai déjà indiqué, il bénéficie d'un voile protecteur qui ne sera levé par ordonnance judiciaire que si l'innocence d'un accusé est manifestement en jeu. De plus, si le tribunal peut prendre des mesures discrétionnaires pour protéger l'identité de l'indicateur, le privilège lui-même « écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance » (*Personne désignée*, par. 19).

[38] Chaque fois que le privilège de l'indicateur est revendiqué, ou que le tribunal estime que la question du privilège semble se poser, son existence doit être déterminée par la cour, à huis clos, à une audience qui constitue la « première étape ». Même l'existence de la revendication ne peut être rendue publique. Habituellement, seul le présumé indicateur et le ministère public peuvent comparaître devant le juge. Dans *Personne désignée* toutefois, la Cour a estimé que la participation d'un *amicus curiae* pouvait être nécessaire ou indiquée, en particulier si les intérêts de l'indicateur coïncident avec ceux du ministère public (*Personne désignée*, par. 48).

[39] In determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant. And if the claim of privilege is established, the judge must give it full effect. As we have seen, *Named Person* established that trial judges have no discretion to do otherwise.

[40] Finally, the informer privilege belongs jointly to the Crown and to the informant. Neither can waive it without the consent of the other.

[41] Though *Named Person* held that “first stage” hearings must be held *in camera*, the Court was not called upon to consider whether the hearings must proceed *ex parte* as well. That is because the privilege was claimed in that case by the informant — the very person before the court on extradition proceedings. And he claimed the privilege not to keep the information out of the hands of any party to the proceedings, but rather to prevent media organizations from accessing information relating to his activities as a police informant. In those unusual circumstances, all of the parties to the proceeding had access to the privileged information; it was only third parties who were excluded.

[42] Like *Named Person*, this case concerns a claim of informer privilege. Unlike *Named Person*, however, this case does not concern a fugitive-informant who seeks to prevent disclosure of information to which he is already privy. Rather, it concerns the accused, who seek to obtain disclosure of information which the Crown feels bound to deny them. But these distinctions, significant as they are, do not turn the tide in the respondents’ favour.

[43] It is true, of course, that the respondents are in jeopardy of criminal conviction and its consequences. Their right to make full answer

[39] Lorsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel. Et si la revendication du privilège est établie, le juge doit lui donner pleinement effet. Comme nous l’avons vu, suivant l’arrêt *Personne désignée*, les juges du procès n’ont aucun pouvoir discrétionnaire d’agir autrement.

[40] Enfin, le privilège de l’indicateur appartient conjointement au ministère public et à l’indicateur. Ni l’un ni l’autre ne peut y renoncer sans le consentement de l’autre.

[41] Dans *Personne désignée*, notre Cour a conclu que les audiences constituant la « première étape » doivent se dérouler à huis clos, mais elle n’avait pas à examiner si ces audiences doivent aussi se dérouler *ex parte* puisque, dans cette affaire, la personne qui revendiquait le privilège était l’indicateur — la personne même devant la cour dans le cadre d’une affaire d’extradition. Et ce dernier a revendiqué le privilège non pas afin de ne pas dévoiler des renseignements aux parties à l’instance, mais plutôt afin d’empêcher les médias d’accéder à des renseignements relatifs à ses activités à titre d’indicateur de police. Dans ces circonstances inhabituelles, toutes les parties à l’instance avaient accès aux renseignements privilégiés; seules les tierces parties étaient exclues.

[42] En l’espèce, tout comme dans *Personne désignée*, l’affaire concerne une revendication du privilège de l’indicateur. Mais à la différence de *Personne désignée*, toutefois, il ne s’agit pas en l’espèce d’un indicateur fugitif qui cherche à empêcher la divulgation de renseignements qu’il possède. L’affaire concerne plutôt des accusés qui cherchent à obtenir la communication de renseignements que le ministère public estime nécessaire de leur refuser. Mais ces distinctions, aussi importantes soient-elles, ne font pas pencher la balance en faveur des intimés.

[43] Certes, les intimés risquent une condamnation pénale et les conséquences qui en découlent. Le droit de présenter une défense pleine et entière,

and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is therefore plainly engaged: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Court has made clear, however, that the right to make full answer and defence does not alone trigger an exception to the informer privilege: *Leipert*, at paras. 23-25. It is only where innocence is at stake that the privilege yields and information tending to reveal the identity of the informant can be disclosed.

[44] It thus remains as true in this case as it was in *Named Person* that “[w]hile the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply” (para. 47). No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies. It follows that the trial judge erred in permitting defence counsel to hear the testimony of an officer tending to reveal the identity of the putative informant at the “first stage” hearing.

[45] To hold otherwise is to place defence counsel in an awkward and professionally undesirable position. The concern is not that defence counsel would intentionally violate their undertakings or the court order; rather, it is that *respecting* the undertakings and court order would, at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients.

[46] Defence counsel would have to remain constantly on guard never to say or do anything, even inadvertently, that might tend to reveal the informant’s identity. This exceedingly onerous constraint would by its very nature “preven[t] frankness and fette[r] the free flow of information between lawyer and client”, and otherwise impair the solicitor-client relationship: *R. v. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630), at p. 635. In certain cases, defence counsel might feel bound to withdraw their representation, caught in a conflict

que leur garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est donc clairement en jeu : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. La Cour a toutefois indiqué clairement que le droit de présenter une défense pleine et entière n’appelle pas à lui seul une exception au privilège de l’indicateur : *Leipert*, par. 23-25. Ce n’est que si l’innocence est en jeu que le privilège cède le pas et que les renseignements tendant à révéler l’identité de l’indicateur peuvent être révélés.

[44] Il demeure donc vrai en l’espèce, comme ce l’était dans *Personne désignée*, que, « [a]lors que le juge détermine si le privilège s’applique, la plus grande prudence s’impose en supposant que le privilège s’applique » (par. 47). Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception s’applique. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats de la défense d’entendre le témoignage d’un agent tendant à révéler l’identité de l’indicateur présumé à l’audience constituant la « première étape ».

[45] Conclure autrement placerait les avocats de la défense dans une position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel. Le problème ne vient pas de ce que les avocats de la défense violeraient délibérément leurs engagements ou l’ordonnance du tribunal, mais plutôt de ce que le *respect* de ces engagements et de l’ordonnance du tribunal mettrait à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s’établir entre eux et leurs clients accusés.

[46] Les avocats de la défense devraient constamment se garder de ne jamais dire ou faire quoi que ce soit, même par inadvertance, qui pourrait tendre à révéler l’identité de l’indicateur. Cette contrainte extrêmement onéreuse, de par sa nature même, [TRADUCTION] « empêcherait la franchise et gênerait la libre circulation de l’information entre l’avocat et son client », et entraverait par ailleurs la relation avocat-client : *R. c. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630), p. 635. Dans certains cas, les avocats de la défense pourraient se

between their duty to represent the best interests of their client and their duty to the court not to disclose or to act on the information heard *in camera*: *R. v. G*, at pp. 635-36.

[47] It is true that defence counsel gave their undertakings of non-disclosure with the consent of their clients. At the time, however, the privileged information was otherwise inaccessible to both the accused *and* their counsel. Once the information is in the hands of their counsel, the consent freely given beforehand might understandably be viewed by the accused as consent given without choice. And consent thought to have been given without choice, even if not repudiated, is bound to be resented.

[48] In support of the trial judge's order, the respondents cite s. 650 of the *Criminal Code*, which codifies the accused's right to be present at trial. Indeed, the trial judge's first decision on the common law privilege claim rested, in part, on this provision: Section 650 was invoked by the judge in concluding that counsel should be permitted to attend subject to a court order and undertakings.

[49] Section 650(1) reads:

**650.** (1) Subject to subsections (1.1) to (2) and section 650.01, an accused, other than an organization, shall be present in court during the whole of his or her trial.

[50] Clearly, s. 650 has no application to the trial judge's decision under s. 37. By its very terms, it applies only to the presence of the accused at trial. An application under s. 37 of the CEA is a discrete proceeding, separate from and only ancillary to the criminal trial. Accordingly, it is not caught by s. 650: *R. v. Pilote* (2002), 156 O.A.C. 1, at para. 46.

[51] This case concerns an application for disclosure only. The Crown does not seek to rely upon

sentir obligés de se retirer du dossier, pris dans le conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et leur devoir envers la cour de ne pas divulguer les renseignements entendus à huis clos ou de s'abstenir d'agir sur la base de ceux-ci : *R. c. G*, p. 635-636.

[47] Certes, c'est avec le consentement de leurs clients que les avocats de la défense se sont engagés à ne pas communiquer les renseignements. Mais à ce moment toutefois, les accusés *et* leurs avocats ne pouvaient pas avoir accès autrement aux renseignements privilégiés. Une fois que leurs avocats ont les renseignements en mains, les accusés pourraient naturellement considérer qu'ils n'avaient pas eu le choix lorsqu'ils ont donné librement leur consentement à l'avance. Et un consentement que l'on estime avoir donné sans avoir eu le choix, même s'il n'est pas renié, alimentera le ressentiment.

[48] À l'appui de l'ordonnance de la juge du procès, les intimés citent l'art. 650 du *Code criminel*, qui codifie le droit de l'accusé d'être présent à son procès. De fait, la première décision de la juge du procès sur la question du privilège de common law reposait, en partie, sur cette disposition : elle a invoqué l'art. 650 pour conclure que les avocats devaient être autorisés à assister à l'audience sous réserve de se conformer à une ordonnance du tribunal et de contracter certains engagements.

[49] Le paragraphe 650(1) prévoit ce qui suit :

**650.** (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) à (2) et de l'article 650.01, l'accusé, autre qu'une organisation, doit être présent au tribunal pendant tout son procès.

[50] Manifestement, l'art. 650 ne s'applique pas à la décision qu'a rendue la juge du procès en vertu de l'art. 37. Selon ses propres termes, cet article s'applique uniquement à la présence de l'accusé au procès. Une demande faite en vertu de l'art. 37 de la LPC est une instance distincte, indépendante et simplement accessoire au procès criminel. Elle n'est donc pas visée par l'art. 650 : *R. c. Pilote* (2002), 156 O.A.C. 1, par. 46.

[51] La présente affaire concerne uniquement une demande de divulgation. Le ministère public

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V

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

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V

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

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

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

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

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

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

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

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

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

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