



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Société Radio-Canada
c. Manitoba, 2021 CSC 33

APPEL ENTENDU : 17 mars 2021
JUGEMENT RENDU : 24
septembre 2021
DOSSIER : 38992

ENTRE :

Société Radio-Canada
Appelante

et

**Sa Majesté la Reine, Stanley Frank Ostrowski, B.B., conjointe de feu M.D., et
J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D.**
Intimés

- et -

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-
Britannique, Centre for Free Expression, Association canadienne des
journalistes, Médias d'Info Canada, Guilde canadienne des médias/Syndicat
des communications d'Amérique/Canada et Ad Idem/Canadian Media
Lawyers Association**
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,
Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

**MOTIFS DE
JUGEMENT :**
(par. 1 à 107)

Le juge Kasirer (avec l'accord du juge en chef Wagner
et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown,
Rowe et Martin)

MOTIFS DISSIDENTS : La juge Abella
(par. 108 à 131)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

Société Radio-Canada

Appelante

c.

**Sa Majesté la Reine,
Stanley Frank Ostrowski,
B.B., conjointe de feu M.D., et
J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D.**

Intimés

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-Britannique,
Centre for Free Expression,
Association canadienne des journalistes,
Médias d'Info Canada,
Gilde canadienne des médias/Syndicat des
communications d'Amérique/Canada et
Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association**

Intervenants

Répertoire : Société Radio-Canada c. Manitoba

2021 CSC 33

N° du greffe : 38992.

2021 : 17 mars; 2021 : 24 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

Tribunaux — Compétence — Interdictions de publication — Modification — Procédures criminelles — Interdiction de publication d'une durée indéterminée prononcée par la cour d'appel à l'égard d'un affidavit déposé dans une instance criminelle se déroulant devant elle — Motion présentée par un représentant des médias après qu'un jugement eut été rendu sur le fond de l'instance pour demander à la cour d'appel d'annuler l'interdiction de publication — Refus de la cour d'appel d'entendre la motion au motif qu'elle a épuisé sa compétence — Un tribunal demeure-t-il compétent pour réexaminer des ordonnances de non-publication et d'autres ordonnances accessoires de cette nature après qu'il a été statué sur le fond d'une instance criminelle?

Un affidavit déposé dans une affaire criminelle dont était saisie la Cour d'appel avait fait l'objet d'une interdiction de publication en attendant qu'il soit statué sur son admissibilité en tant que nouvel élément de preuve. Dans ses motifs de novembre 2018 accueillant l'appel sur le fond, la Cour d'appel a rejeté la motion pour présentation d'éléments de preuve nouveaux, mais elle a ordonné que l'interdiction de publication reste en vigueur indéfiniment. En mai 2019, la SRC a présenté une motion à la Cour d'appel sollicitant l'annulation de l'interdiction de publication, soutenant que l'accès à l'affidavit permettrait de faire la lumière sur l'affaire criminelle dont la Cour d'appel était saisie et sur la conclusion de cette dernière sur le fond selon laquelle une erreur judiciaire s'était produite au procès.

La Cour d'appel a refusé d'examiner la motion de la SRC, invoquant la règle du *functus officio* et sa règle de pratique qui interdit les nouvelles audiences. La cour estimait avoir épuisé sa compétence dès qu'elle s'était prononcée sur le fond de l'affaire et avait inscrit son jugement formel tranchant l'appel. Elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion. La SRC a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour à la fois de la décision, rendue par la Cour d'appel en 2019, portant refus de réexaminer l'interdiction de publication (« jugement de 2019 sur la compétence ») et de la décision, rendue par la Cour d'appel en 2018, d'imposer l'interdiction de publication d'une durée indéterminée (« jugement de 2018 sur l'interdiction de publication »).

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi contre le jugement de 2019 sur la compétence est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel. Le pourvoi contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication est ajourné *sine die*.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : La Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC visant à faire annuler l'interdiction de publication. Même si la cour ne pouvait pas entendre de nouveau l'appel sur le fond et bien que la règle du *functus officio* l'empêche de se prononcer encore une fois sur le mérite de l'appel, elle a conservé le pouvoir de superviser l'accès au dossier de sa propre instance, ce qui lui permettait d'assurer la conformité au principe constitutionnel de la publicité des débats

judiciaires et la protection d'autres intérêts publics importants par rapport auxquels il doit être soupesé. Il y a lieu de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel, car elle est la mieux placée pour trancher la motion de la SRC ainsi que les questions discrétionnaires et tributaires des faits qui sont soulevées. Il serait inopportun que la Cour décide du pourvoi formé par la SRC contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant que la Cour d'appel ait eu une occasion d'examiner la motion déposée par la SRC en vue de faire annuler l'interdiction de publication.

Selon la règle du *functus officio*, la décision définitive d'un tribunal qui est susceptible d'appel ne peut pas, en règle générale, être examinée de nouveau par le tribunal qui a rendu cette décision. Un tribunal perd sa compétence une fois le jugement officiel rendu. Cette règle favorise la reconnaissance du caractère définitif des procédures et une procédure d'appel ordonnée. Si les juridictions inférieures pouvaient réexaminer continuellement leurs propres décisions, les justiciables seraient privés d'une assise fiable à partir de laquelle interjeter appel à une juridiction supérieure.

Cela dit, il importe de faire la distinction entre le pouvoir de connaître du fond, perdu par l'application de la règle du *functus officio*, et la compétence qui existe pour superviser le dossier judiciaire. Même lorsqu'un tribunal a perdu le pouvoir de connaître du fond d'une affaire pour avoir inscrit son jugement formel, il demeure compétent pour contrôler son propre dossier à l'égard d'une instance généralement considérée comme étant une affaire accessoire, mais indépendante. Ce pouvoir fait partie de la maîtrise par le tribunal de sa propre procédure et découle, par déduction

nécessaire, de l'octroi par voie législative du pouvoir juridictionnel d'un tribunal. Il est ancré dans la politique publique essentielle favorisant l'accès aux rouages des tribunaux. D'importantes décisions au sujet de la publicité du dossier judiciaire, comme prononcer, modifier ou annuler des interdictions de publication et ordonnances de mise sous scellés, peuvent devoir être prises après la fin de l'instance sur le fond. Reconnaître que cette compétence subsiste après la fin de l'instance sous-jacente n'est pas incompatible avec les objectifs du caractère définitif des procédures et de la stabilité des jugements, car la règle du *functus officio* n'a jamais eu pour but de restreindre la capacité des tribunaux d'instance inférieure d'être maîtres de leurs propres dossiers.

Le fait que les tribunaux conservent un pouvoir de surveillance à l'égard de leurs dossiers judiciaires ne veut pas dire que les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires, une fois prises, sont susceptibles d'être réexaminées n'importe quand ou pour n'importe quelle raison. Une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés est susceptible d'être réexaminée par le tribunal qui l'a prononcée pour deux motifs restreints et peu importe qu'elle soit consacrée dans une ordonnance ou non.

Premièrement, un tribunal peut modifier ou annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés qu'il a rendue sur motion déposée en temps opportun par une personne touchée, tels les médias, qui n'a pas été avisée du prononcé de cette ordonnance et à qui il y a lieu d'accorder la qualité pour agir à cette fin. Pour ce qui est des interdictions de publication dans les affaires criminelles, la

qualité pour agir devrait relever du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal. Les médias devraient généralement avoir qualité pour contester une ordonnance qui menace le principe de la publicité des débats judiciaires s'ils sont à même de démontrer qu'ils présenteront des observations qui n'ont pas été prises en compte et qui auraient pu influencer sur le résultat. Le tribunal conserve effectivement le pouvoir discrétionnaire de refuser la qualité pour agir lorsque l'audition de la motion ne serait pas dans l'intérêt de la justice, comme dans le cas où la motion serait indûment préjudiciable aux parties, ou ne ferait que répéter des arguments dont le tribunal a déjà connaissance. Quant au délai, on s'attend à ce que la partie requérante agisse avec célérité pour contester pareille ordonnance dès qu'elle en apprend l'existence. Faute d'une directive législative, les tribunaux doivent être guidés par l'objet de la règle et les circonstances de chaque cas. Leur tâche consiste à mettre en balance dans le contexte le caractère définitif d'une décision et la justice rendue en temps utile par rapport à l'importance que l'affaire soit instruite sur le fond. Cette détermination est intrinsèquement fonction des faits de chaque affaire et de la nature de la question soulevée.

Deuxièmement, le tribunal peut modifier ou annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsqu'il y a eu changement important des circonstances relatives au prononcé de l'ordonnance. La partie requérante doit établir à la fois qu'il y a eu changement de circonstances et que le changement, s'il avait été connu à l'époque de l'ordonnance initiale, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance aux conditions différentes. La justesse

de l'ordonnance initiale est présumée et n'est pas pertinente quant à l'existence d'un changement important de circonstances.

Les situations dans lesquelles un tribunal peut réexaminer une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés se distinguent de l'appel ou d'une demande de *certiorari* faits à une juridiction supérieure de ces décisions, car on ne demande pas au tribunal d'origine de réexaminer sa décision parce qu'elle était erronée. Enfin, les principes généraux qui sous-tendent les deux motifs de réexamen peuvent être écartés par une mesure législative, par exemple les règles de procédure applicables.

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de conclure que les textes législatifs applicables, comme ses règles de procédure, ou la règle du *functus officio* lui enlevait compétence pour examiner la motion de la SRC visant à faire annuler l'interdiction de publication. La Cour d'appel est demeurée compétente pour surveiller son dossier, même après que le certificat de décision dans l'instance sous-jacente sur le fond a été inscrit. Ce n'est toutefois pas parce que la Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC que cette dernière a droit à la mesure de redressement qu'elle a demandée. La possibilité d'obtenir cette mesure de redressement dépend d'une bonne application du droit aux faits, une décision qui devrait être rendue par la Cour d'appel. Puisque la SRC n'a pas établi un changement important de circonstances, elle devra s'appuyer sur le pouvoir de la Cour d'appel de réexaminer une ordonnance au motif qu'elle a été rendue sans avis à une partie touchée. L'ordonnance attaquée a

été prononcée du propre chef de la Cour d'appel à l'audience, puis maintenue pour une durée indéterminée. La cour n'a entendu aucune observation sur le point, et n'a donné de préavis à qui que ce soit, dont les médias, notamment la SRC qui a eu vent de l'interdiction attaquée peu après le prononcé des motifs. La Cour d'appel devra se demander si la SRC a qualité pour contester l'ordonnance en question et si la SRC a déposé sa motion en temps opportun. De plus, toute limite discrétionnaire à l'accès au dossier judiciaire et à la publication de son contenu doit être comprise à l'aune du test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires : un tribunal ne peut imposer de limites discrétionnaires portant sur la publicité des débats que si les conditions suivantes sont remplies : (1) la publicité des débats pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque; (3) les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

La juge Abella (dissidente) : Il y a lieu de rejeter les pourvois. La SRC n'a pas droit au réexamen de l'interdiction de publication en raison de son retard indu et injustifié à présenter sa motion.

Les médias jouent un rôle crucial dans la protection et la promotion de la publicité des débats judiciaires, et leur droit d'attaquer des interdictions de publication n'est pas contesté. Cependant, au terme de l'instance sous-jacente, la règle du *functus officio* fait en sorte qu'une décision définitive ne peut pas, en général, être réexaminée par le tribunal qui l'a rendue. Bien que l'application de la règle du *functus officio* soit moins formaliste et plus souple en ce qui concerne les ordonnances accessoires et les

interdictions de publication, et qu'il faille maintenir des voies circonscrites par lesquelles les médias peuvent demander à un tribunal de réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance sous-jacente, les considérations qui sous-tendent cette règle montrent qu'elle a un rôle à jouer relativement aux ordonnances de non-publication.

Le caractère définitif d'une décision est important. Il faut que les parties puissent tourner la page et être à l'abri des préjudices psychologiques et financiers associés au fait d'être entraînées de nouveau malgré elles dans le système de justice lorsqu'une affaire est close. Voilà pourquoi il faut demander le réexamen d'une interdiction de publication en temps opportun et pourquoi les tribunaux ne devraient généralement pas réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance principale, sauf s'il existe une raison valable de croire que la demande formulée par un représentant des médias sert l'intérêt public et qu'elle pourrait raisonnablement amener le tribunal à rendre une décision différente. Il s'agit d'un exercice de pondération, sans barème préétabli, entre les intérêts qui sous-tendent le caractère définitif d'une décision et les intérêts liés au principe de la publicité des débats judiciaires. Les tribunaux qui prononcent des interdictions de publication sont censés tenir compte de l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, même lorsqu'aucun représentant des médias ne présente d'arguments à ce sujet, et il n'y a aucune raison de supposer que cela ne s'est pas produit en l'espèce.

Dans la présente affaire, la SRC ne peut établir qu'un changement important de circonstances s'est produit. Elle ne peut demander un réexamen de l'interdiction de publication que si elle démontre que l'interdiction de publication a été prononcée sans avis, que ses observations peuvent avoir une incidence importante sur le résultat, et qu'elle a déposé la motion en réexamen en temps opportun. Aucune de ces conditions n'a été remplie.

Premièrement, l'interdiction de publication n'a pas été prononcée sans avis. Si les médias sont présents dans la salle d'audience lorsqu'une interdiction de publication est prononcée, comme l'était la SRC, il s'ensuit qu'ils en connaissent l'existence. Deuxièmement, la SRC ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que ses observations envisagées pourraient avoir une incidence importante, ou quelque incidence que ce soit, sur le résultat.

Troisièmement, fait plus important encore, la tardiveté de la SRC à agir est déterminant. Un délai non expliqué de six mois pour déposer une motion en réexamen d'une interdiction de publication est excessif. Peu importe la définition que l'on donne au concept d'agir « avec célérité », le délai ne saurait être justifié, en particulier parce que la SRC était parfaitement au courant du prononcé de l'interdiction dès le début de l'instance. Le délai en l'espèce cause un préjudice grave aux parties, qui s'attendaient raisonnablement à ce que leur droit au respect de la vie privée et à la dignité soit protégé par le caractère définitif de l'instance.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêts mentionnés : *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25; *R. c. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, conf. par *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75; *Paper Machinery Ltd. c. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186; *R. c. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202; *The Queen c. Jacobs*, [1971] R.C.S. 92; *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Ayangma c. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103; *GEA Refrigeration Canada Inc. c. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *R. c. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Dickie c. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192; *Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *R.*

c. White, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, conf. par *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Ivandaeva Total Image Salon Inc. c. Hlembizky* (2003), 63 O.R. (3d) 769; *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board c. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159; 9095-7267 *Québec inc. c. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878; *Attorney General of Ontario c. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751; *Marché D'Alimentation Denis Thériault Ltée c. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660; 1196158 *Ontario Inc. c. 6274013 Canada Ltd.*, 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 c. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306; 1202600 *Ontario Inc. c. Jacob*, 2012 ONSC 361; 585430 *Alberta Ltd. c. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191; *Jane Doe c. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309; *M. (A.) c. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374; *British Columbia c. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *Morin c. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265; *R. c. B. (H.)*, 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206; *R. c. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1; *R. c. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Lochner c. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Société Radio-Canada c.*

Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 480; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. c. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673; *Aboriginal Peoples Television Network c. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Secure 2013 Group Inc. c. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *Canadian Planning and Design Consultants Inc. c. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98; *Gray c. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65; *MK Engineering Inc. c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135; *Aleong c. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Nova Scotia Government and General Employees Union c. Capital District Health Authority*, 2006 NSCA 85, 246 N.S.R. (2d) 104; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *British Columbia c. BCTF*, 2015 BCCA

185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *Hollinger Inc. c. Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, règle 9.15.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 696.1, 696.3(3)(a)(ii).

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 349.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1), 46.1.

Règles de la Cour d'appel, Règl. du Man. 555/88R, règles 21(4), 33(4) 46.2(1), (2), (4), (12).

Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88R, règle 37.11.

Règles de procédure de la cour d'appel du Manitoba en matière criminelle, TR/92-106, règle 45.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 37.14.

Doctrines et autres documents cités

Barbeau, François-Olivier. « Rétractation du jugement », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I*, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, Lexis Nexis, 2015, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n°11).

Mayrand, Albert. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2007.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Wong, Anna S. P. « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *R. du B. can.* 543.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Beard, Burnett et Pfuetzner), 2019 MBCA 122 (*sub nom. R. c. Ostrowski*), [2019] M.J. No. 334 (QL), 2019 CarswellMan 923 (WL Can.), qui a rejeté une motion en annulation d'une interdiction de publication. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Beard, Burnett et Pfuetzner), 2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 (*sub nom. R. c. Ostrowski*), [2018] M.J. No. 306 (QL), 2018 CarswellMan 550 (WL Can.), qui a ordonné, entre autres, qu'une interdiction de publication demeure en vigueur. Pourvoi ajourné *sine die*, la juge Abella est dissidente.

Jonathan B. Kroft et *Sean A. Moreman*, pour l'appelante.

Michael Bodner et *Denis Guénette*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Harvey T. Strosberg, c.r., et *James Lockyer*, pour l'intimé Stanley Frank Ostrowski.

Robert Gosman, pour les intimés B.B., conjointe de feu M.D., et J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Fredrick Schumann, pour les intervenants Centre for Free Expression, l'Association canadienne des journalistes, Médias d'Info Canada et Guilde canadienne des médias/Syndicat des communications d'Amérique/Canada.

Tess Layton, pour l'intervenante Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Vue d'ensemble

[1] La question principale en litige dans les présents pourvois concerne le pouvoir d'un tribunal de rendre, de modifier ou d'annuler des ordonnances —

ordonnances de mise sous scellés, interdictions de publication et ainsi de suite — qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires. La question est de savoir si un tribunal demeure compétent à l'égard de ces matières accessoires après qu'il se soit prononcé sur le fond de l'affaire et ait inscrit son jugement formel. La règle du *functus officio* — l'idée selon laquelle dès qu'un tribunal a exercé sa fonction, il a épuisé sa compétence — interdit-elle à ce tribunal de se pencher de nouveau sur une interdiction de publication qu'il a prononcée ou sur une ordonnance de mise sous scellés mise en place lors d'une instance criminelle?

[2] Un affidavit déposé dans une affaire criminelle dont était saisie la Cour d'appel du Manitoba avait été gardé sous scellés et était visé par une interdiction de publication en attendant qu'il soit statué sur son admissibilité en tant que nouvel élément de preuve. Dans ses motifs accueillant l'appel sur le fond, le tribunal a rejeté la motion pour présentation d'éléments de preuve nouveaux, jugeant que ceux-ci n'étaient pas pertinents quant à la question en litige. Il a néanmoins ordonné que l'interdiction de publication reste en vigueur indéfiniment.

[3] Invoquant le principe de la publicité des débats judiciaires et le droit constitutionnel à la liberté de la presse avec lequel il est intimement lié, la Société Radio-Canada appelante (« SRC ») a présenté une motion dans laquelle elle sollicitait l'accès à l'affidavit et demandait l'annulation de l'interdiction de publication. Elle avait assuré la couverture de l'instance en tant que représentante des médias. Aux dires de la SRC, la levée de l'interdiction de publication ferait la lumière sur la principale question

dont était saisie la Cour d'appel et sa conclusion sur le fond selon laquelle une erreur judiciaire s'était produite au procès. Cependant, la Couronne s'est opposée à la motion en modification de l'interdiction, plaidant que l'affidavit n'était pas pertinent et que la Cour d'appel n'avait plus compétence sur la matière. Des membres de la famille d'une personne décédée mentionnée dans l'affidavit sous scellés se sont eux aussi opposés à la levée de l'interdiction, car, disaient-ils, pareille mesure entraînerait une violation injustifiable de leur vie privée.

[4] La Cour d'appel a refusé d'examiner la motion de la SRC, invoquant sa règle de pratique interdisant les nouvelles audiences et la règle du *functus officio*. La cour estimait avoir épuisé sa compétence dès lors qu'elle s'était prononcée sur le fond de l'affaire et inscrit son jugement formel tranchant l'appel. Elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion et a affirmé que la SRC devait s'adresser à notre Cour, dans un pourvoi, pour obtenir réparation.

[5] En fait, notre Cour est saisie de deux pourvois. Dans le premier, elle a accordé l'autorisation de pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel d'entendre la motion dans laquelle il lui était demandé de réexaminer sa propre interdiction de publication et, en outre, de donner à la SRC accès à l'affidavit. Ce premier pourvoi soulève des questions préliminaires relatives aux pouvoirs de la Cour d'appel de réexaminer les décisions de cette nature après qu'elle eut rendu l'ordonnance formelle sur le bien-fondé de l'allégation d'erreur judiciaire, notamment l'examen de la règle du *functus officio*. Dans le second pourvoi, autorisé lui aussi, la SRC conteste directement

l'interdiction de publication. Ce deuxième pourvoi prend sa source directement dans l'interdiction de publication elle-même, et contrairement au premier pourvoi, il ne concerne pas l'ordonnance donnant accès à l'affidavit sollicité lui aussi dans la motion de la SRC. Il soulève l'unique question de savoir si la Cour d'appel a eu raison d'imposer l'interdiction de publication définitive de durée indéterminée décrétée dans le jugement qui tranchait l'appel sur le fond.

[6] En ce qui concerne le premier pourvoi, et soit dit en tout respect, je ne partage pas l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle elle n'avait pas compétence pour examiner la motion présentée par la SRC. Il est vrai que, dans l'exercice de sa compétence en tant que juridiction d'appel, la Cour d'appel ne pouvait pas entendre de nouveau l'appel sur le fond et que la règle du *functus officio* l'empêche de se prononcer encore une fois sur le mérite de l'appel. Toutefois, après qu'un tribunal perde compétence sur le fond, il conserve généralement le pouvoir de superviser l'accès au dossier de sa propre instance. Même après le dépôt du jugement formel sur le fond, ce pouvoir continu permet au tribunal d'assurer la conformité au principe constitutionnel de la publicité des débats judiciaires et la protection d'autres intérêts publics importants par rapport auxquels il doit être soupesé. En effet, il est essentiel au maintien de la responsabilité de tous les tribunaux d'administrer leurs dossiers conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la bonne administration de la justice. Puisque ces questions accessoires liées à la publicité des débats judiciaires n'ont aucune incidence sur les jugements au fond, la Cour d'appel n'avait aucune raison de se lier

les mains au service du caractère définitif du jugement sous-jacent, lequel n'était pas menacé.

[7] Qui plus est, la Cour d'appel avait prononcé l'interdiction de publication continue dans son jugement sur le fond sans tenir d'audience en vue de décider s'il y avait lieu de limiter le principe de la publicité des débats judiciaires dans les circonstances. La Cour d'appel aurait dû se demander s'il convenait d'annuler son interdiction de publication sur motion de la SRC dans ces circonstances.

[8] Pour les motifs qui suivent, en vue de statuer sur le premier pourvoi, je propose que l'affaire soit renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle tranche la motion de la SRC. Ce tribunal est le mieux placé pour trancher les questions discrétionnaires et tributaires des faits qui sont soulevées, dont celle de savoir s'il y a lieu d'accorder à la SRC qualité pour contester l'interdiction de publication, celle de savoir si la motion a été déraisonnablement tardive si bien qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice de l'entendre, et celle de savoir si la levée de l'interdiction de publication est justifiée en l'espèce compte tenu de la décision rendue par notre Cour dans *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25.

[9] Comme je propose de statuer sur le premier pourvoi en renvoyant l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur la motion de la SRC, je suis respectueusement d'avis qu'il serait inopportun que notre Cour décide du second pourvoi contestant l'interdiction de publication elle-même, avant que la Cour d'appel

ait eu une occasion de réexaminer l'affaire. Par conséquent, j'ajournerais le second pourvoi *sine die*.

II. Contexte et instances devant les juridictions inférieures

A. *Le renvoi sur l'erreur judiciaire*

[10] Au terme d'un procès devant jury en 1987, Stanley Ostrowski a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Il a interjeté appel sans succès de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel et, plus tard, à notre Cour (*R. c. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, conf. par *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82).

[11] En 2014, le ministre de la Justice a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel en application de l'art. 696.1 et du sous-al. 696.3(3)a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ces dispositions permettent de renvoyer des causes à la Cour d'appel dans des situations où, de l'avis du ministre, il y a des motifs raisonnables de conclure qu'une erreur judiciaire s'est probablement produite.

[12] Certains éléments de preuve nouveaux liés à la déclaration de culpabilité au procès en 1987 ont été proposés pour examen par la Cour d'appel sur motion conjointe de la Couronne et de M. Ostrowski. Fait inusité, ceci comprenait le témoignage de vive voix de 12 témoins entendus devant une formation de juges de la Cour d'appel. La Couronne a concédé que ces éléments de preuve étaient admissibles, qu'ils prouvaient une erreur judiciaire et, par conséquent, qu'il y avait lieu d'annuler la

déclaration de culpabilité de 1987. La concession était fondée sur des éléments de preuve qui indiquaient l'existence d'un marché conclu entre les poursuivants et un témoin dont le témoignage au procès avait lié M. Ostrowski au meurtre. Ces éléments n'avaient pas été communiqués à M. Ostrowski au procès, ce qui violait son droit de présenter une défense pleine et entière.

[13] Les parties ne s'entendaient pas sur la réparation qu'il convenait d'accorder pour l'erreur judiciaire. La Couronne a demandé à la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et l'arrêt de ces procédures, alors que M. Ostrowski lui a demandé d'inscrire un acquittement.

[14] Monsieur Ostrowski a également cherché à produire un autre nouvel élément de preuve, à savoir un affidavit souscrit par son avocat, Richard Posner (« affidavit de M^e Posner »). L'affidavit renfermait des détails de certains événements qui s'étaient produits après qu'un des 12 témoins, M.D., eut témoigné devant la Cour d'appel dans cette affaire. Contrairement aux documents liés à l'autre motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux, la Couronne n'a pas consenti à ce que l'affidavit de M^e Posner soit admis en preuve.

[15] Le 28 mai 2018, la Cour d'appel a entendu les plaidoiries des parties, notamment leurs observations sur l'admissibilité de l'affidavit de M^e Posner. L'affidavit était mis sous scellés, en application des *Règles de la Cour d'appel*, Règl. Man. 555/88R, relatives aux motions en présentation d'éléments de preuve nouveaux, mais la Cour d'appel l'a néanmoins examiné avec le consentement des parties

(par. 21(4)). Elle a également prononcé une interdiction de publication de ce document à l'ouverture de l'audience du 28 mai :

[TRADUCTION] LA COUR : . . . [À] notre avis, à moins que les avocats soient d'avis contraire, il doit y avoir interdiction de publication. Il ne sert à rien de mettre les documents sous scellés dans la mesure où il en est question dans les plaidoiries sans interdiction de publication. Il y aura donc en outre une interdiction de publication, à moins que les avocats veuillent se prononcer sur cette question?

Interdiction de publication

(d.i. (Couronne), p. 137)

[16] Comme elle l'admettra plus tard devant la Cour d'appel, la SRC assurait la couverture médiatique de l'instance, et ses journalistes auraient pu assister à n'importe laquelle des audiences, y compris celle du 28 mai.

B. *Le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication (2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 — les juges Beard, Burnett et Pfuetzner)*

[17] La Cour d'appel a conclu à une erreur judiciaire en raison de la non-communication sur la foi de documents révélés par la première motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux, prenant acte de la concession susmentionnée de la Couronne. Ceci était suffisant pour conclure que la déclaration de culpabilité devrait être annulée. La Cour d'appel a fini par annuler la déclaration de culpabilité, ordonner la tenue d'un nouveau procès, inscrire l'arrêt de toute autre procédure et reconduire indéfiniment l'interdiction de publication (« jugement de 2018 sur l'interdiction de publication »).

[18] La cour a refusé d'admettre l'affidavit de M^e Posner en tant qu'autre élément de preuve nouveau, car elle a conclu qu'il n'était pas pertinent pour trancher la seule question en litige de la réparation qu'il convenait d'accorder à M. Ostrowski. La preuve concernait plutôt [TRADUCTION] « la question de savoir si la Couronne s'était mal conduite, un enjeu pertinent pour décider s'il y avait eu erreur judiciaire » (par. 82). La juge Beard a conclu en ces termes : « Je suis d'avis que l'élément de preuve n'est pas pertinent quant aux questions à trancher et qu'il y a lieu de rejeter la motion. J'ordonnerais que l'interdiction de publication portant sur cet élément de preuve demeure en vigueur » (*ibid.*).

[19] Pour nos besoins, il convient de souligner que l'interdiction de publication que la Cour d'appel avait prononcée à l'audience devait, comme il est dit au par. 82 des motifs de la cour sur le fond, [TRADUCTION] « demeurer en vigueur ». Cette décision a été rendue sans qu'il y ait eu de motion en ce sens et en l'absence de plaidoiries précises sur la justesse du maintien de l'interdiction de publication à la lumière du principe de la publicité des débats judiciaires. L'affidavit de M^e Posner avait été mis sous scellés en application d'une règle de procédure pendant l'instance en appel (*Règles de la Cour d'appel*, par. 21(4)). Cette ordonnance de mise sous scellés n'est pas mentionnée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication.

[20] En janvier 2019, un certificat de décision officiel de ce jugement a été inscrit, consignait les ordonnances sur l'appel et les deux motions en présentation

d'éléments de preuve nouveaux. Le certificat ne fait aucune mention d'une ordonnance de mise sous scellés ou d'une interdiction de publication.

C. *Le jugement de 2019 sur la compétence (2019 MBCA 122 — les juges Beard, Burnett et Pfuetzner)*

[21] À la suite de la décision sur l'appel concernant l'erreur judiciaire, la SRC a demandé à la Cour d'appel l'accès à l'affidavit de M^e Posner et l'annulation de l'interdiction de publication mentionnée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. La motion de la SRC a été présentée en mai 2019, après le prononcé des motifs sur le bien-fondé de l'appel de M. Ostrowski et le dépôt du jugement formel dans cette affaire.

[22] La SRC avait communiqué avec le greffier de la Cour d'appel pour demander accès à l'affidavit de M^e Posner. Il appert de la preuve que la SRC avait été informée par l'agent des relations avec les médias de la Cour d'appel de l'existence de l'interdiction de publication dans les jours qui ont suivi le prononcé des motifs de 2018 sur le bien-fondé de l'appel de M. Ostrowski. Toutefois, c'est plus de cinq mois plus tard que la SRC a déposé la motion susmentionnée.

[23] La SRC s'est fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* et a allégué que la preuve ne justifiait [TRADUCTION] « aucune restriction continue au droit des médias et du public d'avoir accès au dossier intégral de cette instance et de réaliser un reportage sur celui-ci » (d.a., p. 75). Dans son mémoire relatif à la motion, la SRC a souligné son

objectif de rendre transparentes les circonstances qui ont mené à l'erreur judiciaire, plaidant qu'il était de la plus haute importance que des éléments dans l'affidavit de M^e Posner relatifs à M.D., un des 12 témoins à l'instance en matière d'erreur judiciaire, puissent être ouverts à l'examen du public. Dans un affidavit déposé au soutien de la motion, le directeur du journalisme d'enquête (régions) de la SRC a fait remarquer qu'aucune motion officielle n'avait été déposée pour solliciter une interdiction de publication des éléments et qu'il n'y avait eu aucun avis au public ou aux médias qu'une interdiction était demandée.

[24] La conjointe de M.D., B.B., et l'exécuteur de sa succession, J.D. (collectivement, les « parties intéressées »), se sont opposés à la motion de la SRC pour des motifs de compétence, comme l'a fait la Couronne. Signalant que le certificat de décision avait déjà été inscrit, les parties intéressées et la Couronne ont plaidé que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour trancher la motion en raison de la règle interdisant les nouvelles audiences, prévue dans les *Règles de la Cour d'appel*.

[25] La Cour d'appel a rejeté la motion, invoquant l'absence de compétence (« jugement de 2019 sur la compétence »). Elle a expliqué que la SRC sollicitait une nouvelle audience portant sur une interdiction de publication prononcée dans le cadre du jugement définitif sur l'appel de M. Ostrowski. [TRADUCTION] « [I] ne peut y avoir nouvelle audition d'un appel, ni d'aucune question traitée en appel, dès lors que le certificat de décision a été inscrit », a écrit la juge Pfuetzner au nom de la cour, s'appuyant sur la règle 46.2 des *Règles de la Cour d'appel* et la règle de common law

du *functus officio* (par. 17 (CanLII)). Le certificat avait été inscrit bien avant la présentation de la motion. Le fait que le certificat ne mentionnait pas l'interdiction de publication a été jugé non déterminant, parce que celle-ci était « accessoire » au jugement portant sur la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux et au jugement tranchant définitivement l'appel. La motion était en outre irrecevable du fait du par. 46.2(12), lequel prévoit qu'une motion ne peut faire l'objet d'une nouvelle audience. La Cour d'appel a conclu que « la marche à suivre pour un tiers [. . .] qui entend contester une interdiction de publication prononcée par une cour supérieure (y compris une interdiction prononcée par une cour d'appel) consiste à solliciter l'autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour suprême du Canada » (par. 21). La Cour d'appel a rejeté la motion pour ce motif de compétence uniquement.

III. Questions en litige

[26] Tel qu'il ressort des deux demandes d'autorisation de la SRC, des dispositions du jugement sur autorisation et de l'argumentation présentée devant nous par les parties, la présente affaire met en jeu deux pourvois distincts. La SRC interjette appel à la fois du jugement de 2019 sur la compétence rejetant la motion en réexamen et du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication qui a imposé l'interdiction de publication d'une durée indéterminée litigieuse en l'espèce.

[27] Dans les deux présents pourvois, la SRC sollicite trois ordonnances de notre Cour. En premier lieu, la SRC demande une ordonnance annulant le jugement de 2019 sur la compétence. Elle soutient que la Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle

n'avait pas compétence pour entendre sa motion, et qu'elle aurait dû aborder les questions de savoir s'il y a lieu de réexaminer l'interdiction de publication et si le public et la presse ont le droit d'avoir accès à l'affidavit de M^e Posner. Signalons que, d'après la SRC, ni la règle interdisant les nouvelles audiences, prévue dans les *Règles de la Cour d'appel*, ni la règle du *functus officio* ne privait la Cour d'appel du pouvoir d'examiner la motion eu égard aux principes constitutionnels de la publicité des débats judiciaires. Selon elle, l'interdiction de publication pourrait être réexaminée en raison d'un changement de circonstances ou parce que, à titre de partie touchée, elle n'avait pas été avisée du prononcé de cette ordonnance.

[28] La SRC demande aussi à notre Cour une deuxième ordonnance annulant le maintien de l'interdiction de publication décrétée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication, et une troisième lui donnant accès à l'affidavit de M^e Posner en tant qu'élément du dossier judiciaire. Elle soutient que le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux documents qui sont présentés comme éléments de preuve nouveaux même si, au bout du compte, ils n'ont pas été admis. Dans le cas présent, elle affirme que l'interdiction de publication ne satisfait pas au critère des limites discrétionnaires à ce principe établies dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Elle prétend en outre que le public a légalement le droit d'avoir accès à l'affidavit de M^e Posner parce que les règles applicables ne prévoient pas le maintien sous scellés de ce document. Monsieur Ostrowski fait sienne la thèse de la SRC et ajoute que les ordonnances de la Cour d'appel excluent une transparence adéquate de

la part des titulaires de charge publique dont les gestes, allègue-t-il, ont contribué à sa condamnation injustifiée.

[29] La Couronne soutient que la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC. Cependant, la Couronne affirme que, si la Cour d'appel avait le pouvoir d'examiner ces questions, notre Cour n'a pas compétence à l'égard de l'interdiction de publication et que, si elle a cette compétence, elle devrait refuser de l'exercer. Si notre Cour procède sur le fond, la Couronne est d'avis que la décision de la Cour d'appel d'imposer le maintien de l'interdiction de publication était fondée, et ce, même si elle aurait pu donner des motifs plus étoffés. Les éléments qui se trouvent dans l'affidavit de M^e Posner sont très personnels et traitent de détails intimes concernant M.D. qui feraient vivre à la famille une nouvelle épreuve, si bien que la limite discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires était justifiée en l'espèce. Pareillement, les parties intéressées soutiennent que les limites à la publicité des débats judiciaires sont nécessaires pour protéger la vie privée de la famille de M.D. et que la limite est justifiée compte tenu du caractère inadmissible, non pertinent et non fiable des nouveaux éléments de preuve proposés.

[30] Les parties soulèvent devant notre Cour un vaste éventail de questions qui portent sur la compétence à l'égard d'une interdiction de publication ou d'une ordonnance de mise sous scellés de même que sur l'opportunité de ces mesures dans les circonstances. Il suffit de répondre aux questions suivantes pour trancher la présente affaire :

1. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC pour le réexamen de l'interdiction de publication et pour avoir accès à l'affidavit de M^e Posner?

2. L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur le bien-fondé de cette motion?

[31] Pour les motifs qui suivent, je suis respectueusement d'avis, à l'égard du premier appel formé contre le jugement de 2019 sur la compétence, que la Cour d'appel a fait erreur au sujet de la compétence et qu'en conséquence, l'affaire devrait être renvoyée à cette cour. Cela met un terme à l'analyse. Il vaut mieux que le second appel du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication n'aille pas de l'avant jusqu'à ce que la Cour d'appel tranche la motion de la SRC.

IV. Analyse

A. *Compétence pour rendre, modifier ou annuler des ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires*

- (1) Le pouvoir de surveillance du dossier judiciaire subsiste après l'inscription du jugement sur le fond

[32] En concluant qu'elle n'avait pas compétence pour modifier ou annuler les ordonnances en cause concernant la publicité des débats judiciaires, la Cour d'appel s'est appuyée, en partie, sur la règle du *functus officio*. Dans son acception

traditionnelle, le terme *functus officio* — souvent rendu par l'expression [TRADUCTION] « ayant rempli sa fonction » — signifie que lorsqu'un juge a tranché une question, il s'est acquitté de sa fonction et n'a plus la faculté de revenir sur sa décision pour la corriger (A. S. P. Wong, « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *Rev. du B. can.* 543, p. 546-547; voir A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit* (4^e éd. 2007), p. 193, qui emploie également le terme *functa officio*).

[33] Suivant son acception actuelle, la règle du *functus officio* indique que la décision définitive d'un tribunal qui est susceptible d'appel ne peut pas, en règle générale, être examinée de nouveau par le tribunal qui a rendu cette décision (voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 860; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, p. 222-223; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 77-79). Un tribunal perd sa compétence, auquel cas on dit qu'il est *functus officio*, une fois le jugement officiel rendu (*R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, par. 29; *R. c. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75, par. 33-34). À partir de ce moment, il est entendu que le tribunal ne peut modifier le jugement que dans des circonstances très limitées, par exemple s'il existe une assise législative pour ce faire, s'il faut corriger une erreur dans l'expression de son intention manifeste ou lorsque l'affaire n'a pas été entendue sur le fond (*Chandler*, p. 861, citant *Paper Machinery Ltd. c. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186; *R. c. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202 (C.A.), p. 214-215, citant

The Queen c. Jacobs, [1971] R.C.S. 92; voir également *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857, par. 54).

[34] Cette règle favorise la reconnaissance du caractère définitif des procédures et, en stabilisant les jugements susceptibles de révision, une procédure d'appel ordonnée (*Chandler*, p. 861; *H. (E.)*, p. 214). Comme l'a écrit le juge Doherty dans *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), pour les parties à un litige, le caractère définitif répond à un besoin à la fois économique et psychologique, en plus de satisfaire une nécessité pratique pour le système de justice dans son ensemble (p. 264-265). Plus précisément, si les juridictions inférieures pouvaient réexaminer continuellement leurs propres décisions, les justiciables seraient privés d'une assise fiable à partir de laquelle interjeter appel à une juridiction supérieure (*Doucet-Boudreau*, par. 79; voir aussi *Ayangma c. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103, par. 11-12). Le dossier d'appel serait rédigé sur du [TRADUCTION] « sable mouvant », ce qui finirait par faire obstacle à un contrôle efficace (*Wong*, p. 548).

[35] Cela dit, *functus officio* n'est qu'un de plusieurs principes de droit conçus pour favoriser le caractère définitif d'une décision. En effet, vu qu'il est intrinsèquement lié à l'inscription du jugement formel et que ses exceptions sont relativement restreintes, notre Cour a décrit la règle du *functus officio* comme ayant une portée étroite (*Reekie*, p. 222-223; voir aussi *Wong*, p. 555-556). Donc, bien que

notre jurisprudence reconnaisse que cette norme importante serve cet objet nécessaire, aucune règle n'a le monopole du caractère définitif.

[36] Il est utile de faire la distinction entre le pouvoir de connaître du fond, perdu par application de la règle du *functus officio*, et la compétence qui existe pour superviser le dossier judiciaire. Comme je m'efforcerai de l'expliquer plus loin, même lorsqu'un tribunal a perdu le pouvoir de connaître du fond d'une affaire pour avoir inscrit son jugement formel, il demeure compétent pour contrôler son propre dossier à l'égard d'une instance généralement considérée comme étant une affaire accessoire, mais indépendante (voir, p. ex., *GEA Refrigeration Canada Inc. c. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330, par. 185-186).

[37] Le pouvoir de surveillance à l'égard du dossier judiciaire est reconnu depuis longtemps comme une caractéristique de la compétence de tous les tribunaux (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 189; voir aussi *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65, par. 12). Comme l'a fait remarquer le juge Goudge dans *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18 (C.A.), [TRADUCTION] « il est important de se rappeler que la compétence du tribunal à l'égard de ses propres dossiers est ancrée dans la politique publique essentielle favorisant l'accès aux rouages des tribunaux » (par. 13). En particulier, les tribunaux doivent assurer le respect du solide principe, protégé par la Constitution, de la publicité des débats judiciaires, tout en demeurant sensibles aux « importants intérêts publics divergents » que cette

publicité des débats peut mettre en péril (*Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 26 et 28).

[38] Le besoin d'établir un juste équilibre entre ces intérêts publics fondamentaux ne disparaît pas du seul fait que l'ordonnance sur le fond est définitive et aurait pu être portée en appel. On peut avoir accès aux dossiers judiciaires même lorsque l'instance est arrivée à terme. De fait, d'importantes décisions au sujet de la publicité du dossier judiciaire peuvent devoir être prises après la fin de l'instance sur le fond (voir, p. ex., *R. c. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190). Si la compétence à l'égard de la publicité des débats judiciaires cessait lorsque l'ordonnance officielle sur le fond était inscrite, les tribunaux perdraient la maîtrise de leur propre dossier sans raison valable. Prenez par exemple le cas où aucune ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires n'est rendue avant l'inscription du jugement formel sur le fond et où l'on constate par la suite qu'il faut protéger un intérêt public important. À mon humble avis, conclure que ce pouvoir est entièrement perdu une fois l'ordonnance formelle sur le fond inscrite risque de mettre à mal la bonne administration de la justice au service d'une interprétation de la règle du *functus officio* qui est étrangère à son objectif.

[39] Reconnaître que cette compétence subsiste après la fin de l'instance sous-jacente n'est pas incompatible avec les objectifs du caractère définitif des procédures et de la stabilité des jugements liés à la règle du *functus officio*. La réparation accordée en vertu de ce pouvoir laisse intacts le fond de l'instance

sous-jacente et les motifs qui l'appuient. Bien que certaines requêtes interlocutoires, par exemple les requêtes portant sur l'admissibilité d'éléments de preuve, puissent avoir un impact sur la décision définitive au fond, la décision concernant l'accès au dossier judiciaire n'a aucune incidence sur l'instance sous-jacente ou sur l'appel dont elle peut faire l'objet. La règle du *functus officio* témoigne du transfert du pouvoir décisionnel à l'égard des jugements définitifs de la cour de première instance à la cour d'appel (*Chandler*, p. 860, citant *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). Cette règle n'a jamais eu pour but de restreindre la capacité de ces tribunaux d'instance inférieure d'être maîtres de leurs propres dossiers en ce qui concerne ces décisions.

[40] Soyons clairs, cela ne veut pas dire que la règle du *functus officio* ne s'applique jamais aux interdictions de publication ou aux ordonnances de mise sous scellés. Je tiens simplement à préciser que rien n'empêche un tribunal de trancher une requête qui concerne la publicité des débats judiciaires simplement parce qu'il est *functus officio* à l'égard du fond de l'instance sous-jacente.

(2) Les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires peuvent être réexaminées dans des circonstances limitées

[41] Le fait que les tribunaux conservent un pouvoir de surveillance à l'égard de leurs dossiers judiciaires ne veut pas dire que les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires, une fois prises, sont susceptibles d'être réexaminées n'importe quand ou pour n'importe quelle raison. Lorsqu'une décision sur la publicité des débats judiciaires est officialisée sous la forme d'une ordonnance, la règle du *functus officio*

peut opérer, peu importe si la décision est accessoire ou non à une autre procédure. Même dans les cas où, comme en l'espèce, une décision en matière de publicité des débats judiciaires n'est pas officialisée sous la forme d'une ordonnance, le caractère définitif d'une décision reste une valeur importante du prononcé d'interdictions de publication et d'ordonnances de mise sous scellés. D'ailleurs, en l'espèce, la SRC a effectivement interjeté appel d'une interdiction de publication accessoire qui n'a jamais été consacrée dans une ordonnance. Le besoin de fournir aux parties une base stable à partir de laquelle elles peuvent former un appel — la raison d'être de la règle du *functus officio* (voir *Doucet-Boudreau*, par. 79) — peut se présenter, même lorsque ce n'est, techniquement parlant, pas le cas de la règle du *functus officio*.

[42] En conséquence, peu importe qu'un tribunal soit privé ou non de compétence par la règle du *functus officio*, l'importance du règlement définitif signifie que les tribunaux hésiteront, à juste titre, à réexaminer des questions relatives à la publicité des débats judiciaires. Une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés est toutefois susceptible d'être réexaminée par le tribunal qui l'a prononcée, quoique pour des motifs restreints. Ce sera notamment le cas lorsqu'une partie touchée et non avisée propose de présenter de nouveaux arguments qui peuvent influencer sur le résultat, ou en raison d'un changement important de circonstances. Cela vaut tant pour les interdictions de publication et les ordonnances de mise sous scellés consacrées dans une ordonnance que pour celles qui ne le sont pas.

[43] Au cœur de la thèse de la SRC selon laquelle la Cour d'appel avait compétence pour modifier l'interdiction de publication de 2018 est que cette mesure avait été prise sans que la presse, en tant que partie touchée, en ait été dûment avisée.

[44] Il peut effectivement y avoir lieu de réexaminer une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsque la personne touchée qui n'a pas été avisée du prononcé de l'ordonnance cherche ultérieurement à la faire modifier ou annuler. La justice naturelle veut que lorsqu'une personne est touchée par une décision, celle-ci ait généralement le droit d'en être dûment avisée et d'avoir l'occasion d'être entendue (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 233-234). Lorsqu'une ordonnance est rendue sans qu'une personne touchée n'ait présenté d'observations parce qu'elle n'en a pas été dûment avisée, comme dans le cas d'une ordonnance *ex parte*, le droit reconnaît que le tribunal qui a rendu cette ordonnance a généralement le pouvoir de l'examiner sur requête de la personne touchée (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 607, citant *Dickie c. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192). Ceci fait en sorte que les personnes touchées ne sont pas injustement soumises à des ordonnances rendues sans que l'on ait pris connaissance de leurs arguments (voir, en général, F.-O. Barbeau, « Rétractation du jugement », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 31, n^o 39). Ce principe trouve en outre son expression dans diverses règles de procédure (voir, p. ex., *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88R, r. 37.11 (« Règles du Banc de la Reine »)). Des principes analogues s'appliquent aux ordonnances portant sur la publicité des débats

judiciaires : je note par exemple que les tribunaux de l'Ontario se sont appuyés sur les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, pour trancher des contestations d'ordonnances de mise sous scellés présentées par des représentants des médias qui n'avaient pas été dûment avisés de l'audience à laquelle l'ordonnance a été rendue (*Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721, par. 43, le juge Juriansz, dissident en partie, mais non sur ce point).

[45] Pour contester une ordonnance existante en matière de publicité des débats judiciaires, la partie requérante doit être une personne touchée à qui il convient de reconnaître la qualité pour agir. De plus, s'il y a lieu, la partie doit avoir agi avec célérité dans sa demande d'annulation de l'ordonnance contestée. Compte tenu des arguments présentés en l'espèce, de brèves remarques s'imposent en ce qui concerne ces deux points.

[46] En premier lieu, il importe de reconnaître que l'application du principe susmentionné aux interdictions de publication ou aux ordonnances de mise sous scellés nécessite la prise en compte de la qualité pour agir, en raison des répercussions générales d'une telle ordonnance. Dans la mesure où une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés fait entorse au principe de la publicité des débats judiciaires, les ordonnances de ce genre peuvent, par exemple, porter atteinte au droit du public à la liberté d'expression et à la liberté de la presse que confère l'al. 2b) de la *Charte* (*Vancouver Sun*, par. 26). La publicité des débats judiciaires se conçoit comme un bien public, et non un intérêt qui appartient à une personne ou à une entité en

particulier. En outre, les risques pour les intérêts importants et divergents qui justifient des limites à la publicité des débats judiciaires doivent eux aussi refléter des valeurs publiques, même s'ils visent à protéger certaines personnes (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, par. 55). En revanche, dans l'intérêt d'une administration ordonnée de la justice, on ne peut pas donner à chaque membre du public ou entité médiatique qualité pour présenter une motion visant à faire annuler des interdictions de publication en l'absence d'un tel préavis. Le nombre de parties ayant droit à un réexamen risquerait d'être infini. Ainsi que notre Cour l'a mentionné dans l'arrêt *Dagenais*, pour ce qui est des interdictions de publication dans les affaires criminelles, la qualité pour agir dans ces affaires devrait plutôt relever du pouvoir discrétionnaire du tribunal (p. 869 et 872; voir aussi *R. c. White*, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, par. 12, conf. par *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721).

[47] Au chapitre de la qualité pour agir, une ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires fait entrer en jeu le droit constitutionnel de la liberté de la presse de relater des procédures judiciaires (*Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 2; *Vancouver Sun*, par. 26). Lorsque cette ordonnance a été rendue sans avis aux médias, un représentant des médias devrait généralement avoir qualité pour contester une ordonnance qui menace le principe de la publicité des débats judiciaires s'il est à même de démontrer qu'il présentera des observations qui n'ont pas été prises en compte au moment du prononcé de l'ordonnance et qui peuvent influencer sur le résultat (voir, en général, *Hollinger*,

par. 36-39). En pratique, et à juste titre selon moi, la qualité pour participer aux instances portant sur la publicité des débats judiciaires est rarement refusée aux médias quand ils la demandent (J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (feuilles mobiles), section 8.1.10). De même, une personne directement touchée par une ordonnance portant sur la publicité des débats judiciaires parce que l'ordonnance est susceptible de porter atteinte à ses droits individuels devrait, dans le cours normal des choses, avoir qualité pour contester cette ordonnance (voir, en général, *Ivandaeva Total Image Salon Inc. c. Hlembizky* (2003), 63 O.R. (3d) 769 (C.A.), par. 27). Les tribunaux devraient néanmoins conserver un certain pouvoir discrétionnaire de refuser la qualité pour agir lorsque l'audition de la requête ne serait pas dans l'intérêt de la justice, comme dans le cas, par exemple, où la requête serait indûment préjudiciable aux parties, ou ne ferait que répéter des arguments dont le tribunal a déjà connaissance (*Dagenais*, p. 869; *White*, par. 12; voir, p. ex., *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board c. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159 (C.S.), par. 18-21). Par conséquent, l'exigence de faire valoir la qualité pour agir, en limitant ceux et celles qui peuvent contester une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés, favorise la réalisation des objectifs du caractère définitif d'une décision et reflète la démarche discrétionnaire que notre Cour a déjà adoptée à l'égard de la qualité pour agir.

[48] En deuxième lieu, quant au délai, un tribunal peut refuser d'entendre une motion en modification ou en annulation d'une ordonnance portant sur la publicité des débats judiciaires rendue sans préavis si la partie requérante a déraisonnablement tardé

à présenter cette motion après avoir eu connaissance de l'ordonnance, si bien qu'il n'est plus dans l'intérêt de la justice de l'entendre. Dès que la partie requérante apprend que l'ordonnance existe, on s'attend alors à ce qu'elle agisse avec célérité pour contester l'ordonnance ou acquiescer autrement à son existence (voir, p. ex., 9095-7267 *Québec inc. c. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878 (C.A. Qc), par. 46; voir aussi *Règles de procédure civile*, r. 37.14 (Ontario); *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 349 (Québec); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 9.15; *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, r. 37.11 (Manitoba)). Le juge Strathy, maintenant juge en chef de l'Ontario, a expliqué que l'obligation d'agir en temps opportun reflète la présomption sensée selon laquelle [TRADUCTION] « la partie qui ne fait pas valoir ses droits à l'encontre d'une ordonnance judiciaire se trouve à accepter la légitimité de l'ordonnance » (*Attorney General of Ontario c. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751 (C.S. Ont.), par. 43).

[49] Le législateur donne parfois des indications du délai convenable. Faute d'une directive législative, les tribunaux doivent être guidés par l'objet de la règle et les circonstances de chaque cas (voir, de façon générale, *Johnswood*, par. 45). Comme dans les autres cas où l'on demande aux tribunaux de ne pas instruire des instances à cause d'un délai inacceptable, leur tâche consiste non pas à effectuer un calcul mécanique, mais plutôt à mettre en balance dans le contexte le caractère définitif d'une décision et la justice rendue en temps utile par rapport à l'importance que l'affaire soit instruite sur le fond (*Marché D'Alimentation Denis Thériault Ltée c. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660, par. 34; *1196158 Ontario Inc. c. 6274013*

Canada Ltd., 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67, par. 19). À titre d'exemple, en vertu des *Règles de procédure civile*, un délai de trois mois pour présenter une motion en vue de faire annuler une ordonnance rejetant l'action pour cause de retard a été jugée raisonnable dans le contexte d'un différend (*Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 c. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306, par. 36), mais un délai de dix mois en grande partie inexplicé a été vu dans une autre affaire comme signifiant que la demanderesse n'avait pas procédé sans délai (*1202600 Ontario Inc. c. Jacob*, 2012 ONSC 361, par. 102 et 121 (CanLII)). Dans une affaire manitobaine, un délai de cinq mois pour solliciter l'annulation d'un jugement a été jugé non déraisonnable dans les circonstances (*585430 Alberta Ltd. c. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191, par. 56). Je souligne toutefois que cette détermination est intrinsèquement fonction des faits de chaque affaire et de la nature de la question soulevée. Surtout si ce retard a causé un préjudice réel aux parties intimées, les tribunaux peuvent conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice d'entendre une motion. Cette exigence préserve le caractère définitif d'une décision en circonscrivant le réexamen dans la dimension temporelle.

[50] Sur le fondement de ces principes, donc, et faute de disposition contraire explicite, un tribunal peut modifier ou annuler une ordonnance concernant la publicité des débats judiciaires qu'il a rendue sur motion déposée en temps opportun par une personne touchée qui n'a pas été avisée du prononcé de cette ordonnance et à qui il y a lieu d'accorder la qualité pour agir à cette fin.

[51] Soyons clairs, il est possible d'imposer des limites à la publicité des débats judiciaires, par exemple une interdiction de publication, sans avis préalable aux médias. Vu l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires et le rôle qu'ont les médias d'informer le public au sujet des activités des tribunaux, il sera généralement opportun de donner avis aux médias, en plus des personnes qui seraient directement touchées par l'interdiction de publication ou l'ordonnance de mise sous scellés, lorsqu'on cherche à limiter la publicité des débats judiciaires (voir *Jane Doe c. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309, par. 24; *M. (A.) c. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382 (C. div.), par. 6). Toutefois, la question de savoir si et quand cet avis doit être donné relève en dernier ressort du pouvoir discrétionnaire du tribunal compétent (*Dagenais*, p. 869; *M. (A.)*, par. 5). Je suis d'accord avec les observations des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario selon lesquelles les circonstances dans lesquelles les ordonnances limitant la publicité des débats judiciaires sont prononcées varient et que les tribunaux doivent avoir le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour veiller à ce que justice soit rendue dans chaque cas.

[52] En effet, notre Cour a explicitement reconnu le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de décider quand il faut donner un avis aux médias dans le cas des mandats de perquisition et des ordonnances de communication. Dans l'arrêt *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, notre Cour a conclu que délivrer un mandat de perquisition en l'absence du média touché n'était pas une erreur de compétence; le juge qui a décerné le mandat avait le pouvoir discrétionnaire de décider du moment où il

convenait de donner l'avis aux médias ainsi que de ses modalités (par. 83-84). De même, dans *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374, le juge Moldaver a étudié l'argument d'un média suivant lequel il devait être informé d'une demande d'ordonnance de communication qui le concernait (par. 59). Mon collègue a rejeté cet argument parce que le *Code criminel* prévoyait expressément la tenue d'instances *ex parte* et que les répercussions négatives sur le média étaient atténuées par le droit légal de demander la modification ou la révocation de l'ordonnance à un stade ultérieur (par. 61-62). Il découle de ces sources que la signification d'un avis n'est pas une condition préalable au prononcé d'une ordonnance valide dans ces circonstances. En revanche, cette jurisprudence n'exclut pas la possibilité de donner avis après qu'une ordonnance eut été rendue, ou d'entendre une motion présentée par une personne touchée en vue de faire modifier ou annuler une ordonnance dont elle n'a pas été avisée préalablement.

[53] Je suis également d'accord avec la SRC pour dire que les tribunaux peuvent exercer le pouvoir discrétionnaire de modifier ou d'annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsqu'il y a eu changement important des circonstances relatives au prononcé de l'ordonnance, conformément au principe énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Adams*. Comme l'a fait remarquer le juge Sopinka dans cet arrêt, « [e]n règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d'un procès peut être modifiée ou annulée s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue » (par. 30). Cette règle s'applique aux ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires (voir, p. ex.,

British Columbia c. BCTF, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257, par. 15-22; *Morin c. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265 (C.A.), p. 272-273).

[54] Je m'empresse toutefois de mentionner qu'à mon avis, l'arrêt *Adams* n'a pas la signification que lui attribue la SRC dans son mémoire. La SRC dit que l'affaire concernait [TRADUCTION] « la question de savoir si la règle du *functus officio* empêchait un juge de première instance d'annuler une interdiction de publication qu'il avait prononcée auparavant », et elle postule qu'il y est question de la manière dont la règle du *functus officio* s'applique aux ordonnances accessoires (m.a., par. 82-83). D'après moi, l'arrêt *Adams* traitait simplement des circonstances où un juge peut réexaminer une ordonnance rendue plus tôt au cours du procès. Le sort de l'ordonnance attaquée, qui visait à lever une interdiction de publication en vigueur, a été décidé au moment où le juge du procès rejetait les accusations portées contre l'accusé (*Adams*, par. 5). Notre Cour a conclu que le juge du procès n'avait pas le pouvoir de révoquer l'ordonnance parce que les circonstances qui ont exigé le prononcé de l'ordonnance n'avaient pas changé (par. 31). Dans des décisions subséquentes, les cours d'appel ont considéré que le jugement établissait une règle générale à propos de la modification de ces ordonnances plutôt qu'une règle au sujet du *functus officio* (voir, p. ex., *BCTF*, par. 22; *R. c. B. (H.)*, 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206, par. 51; *R. c. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82, par. 123). Les principes établis dans *Adams* concilient le caractère définitif d'une décision et la souplesse même lorsque le tribunal n'est pas *functus officio*, en autorisant le réexamen de ces ordonnances lorsqu'il y a eu changement important de circonstances.

[55] Lorsque l'on s'agit de décider si cette règle tirée de l'arrêt *Adams* s'applique, je conviens que la première question à laquelle le tribunal doit répondre est de savoir s'il y a eu changement important des circonstances depuis que l'ordonnance initiale a été rendue (par. 30). Le fardeau d'établir ce changement incombe à la partie qui sollicite une modification de l'ordonnance (voir, par analogie, *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, par. 31). Cette partie doit établir à la fois qu'il y a eu changement de circonstances et que le changement, s'il avait été connu à l'époque de l'ordonnance initiale, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance aux conditions différentes (*L.M.P.*, par. 32; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1, par. 75-76; *R. c. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), par. 6). La justesse de l'ordonnance initiale est présumée et n'est pas pertinente quant à l'existence d'un changement important de circonstances (*L.M.P.*, par. 33; *Droit de la famille — 132380*, par. 78).

[56] Les situations dans lesquelles un tribunal peut réexaminer une décision portant sur son dossier judiciaire se distinguent de l'appel ou d'une demande de *certiorari* faits à une juridiction supérieure de ces décisions (voir, en général, *Dagenais*, p. 870-872). Dans une motion en réexamen fondée sur les deux motifs décrits ci-dessus, on ne demande pas au tribunal d'origine de réexaminer sa décision parce qu'elle était erronée, mais plutôt parce qu'elle a été rendue en l'absence d'observations utiles de la part d'une partie touchée ou en raison d'un changement important des circonstances qui justifiaient la décision initiale.

[57] Enfin, je souligne que les principes généraux examinés ici peuvent, bien entendu, être écartés par une mesure législative, par exemple les règles de procédure applicables, conçue pour décider plus exactement dans quelles circonstances il y a lieu de réexaminer des ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires.

B. *Application aux faits de l'espèce*

- (1) La Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC

[58] En réponse à la question préliminaire qu'a soulevée le premier appel du jugement de 2019 sur la compétence, j'en viens maintenant à la question de savoir si la Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion de la SRC sollicitant l'accès à l'affidavit de M^e Posner et l'annulation de l'interdiction de publication.

[59] La SRC prétend que la Cour d'appel a fait erreur lorsqu'elle a décliné compétence sur le fondement de la règle du *functus officio*. Selon la SRC, l'approche souple à l'égard du *functus officio* dont il est question dans *Adams* exige que les ordonnances accessoires, par exemple l'interdiction de publication en l'espèce, soient traitées séparément du fond de l'instance principale. Qui plus est, les circonstances dans lesquelles l'interdiction de publication a été prononcée avaient changé. L'interdiction a été prononcée sans avis aux parties touchées, et aucune mention de l'interdiction de publication n'avait été inscrite dans un certificat de décision. La SRC soutient qu'elle

n'avait pas demandé que l'appel ou la motion fasse l'objet d'une « nouvelle audience » ce qui, elle le reconnaît, est interdit par les *Règles de la Cour d'appel*. Subsidiairement, même si l'interdiction des nouvelles audiences s'applique, elle doit être interprétée avec souplesse, à l'instar de la règle du *functus officio*.

[60] La Couronne répond que la Cour d'appel a statué à bon droit qu'elle n'avait pas compétence, vu que le jugement formel avait été inscrit. À son avis, la seule exception à la règle du *functus officio* qui pourrait théoriquement s'appliquer en l'espèce est que les arguments de la SRC n'ont jamais été entendus sur le fond. Selon la Couronne, cette exception ne s'applique pas en l'espèce. Bien que la SRC n'ait pas présenté d'observations, elle couvrait l'affaire et aurait pu contester l'interdiction en tout temps entre le prononcé de l'interdiction de publication initiale en mai 2018 et l'inscription du certificat de décision en janvier 2019. La SRC n'explique pas correctement pourquoi elle a tardé à agir pour faire annuler l'interdiction de publication. Même si un changement important de circonstances permettrait à la Cour d'appel de réexaminer son ordonnance, il n'y a pas eu un tel changement en l'espèce. La compétence de la Cour d'appel sur l'affaire était épuisée.

[61] Je suis d'accord avec la SRC pour dire que la Cour d'appel avait le pouvoir de confirmer, de modifier ou d'annuler l'interdiction de publication de 2018 et de donner ou de refuser accès au dossier judiciaire.

[62] Il vaut mieux souligner d'entrée de jeu que la compétence en matière d'appel, comme celle qu'exerce la Cour d'appel dans l'instance inférieure, doit reposer

sur la loi (*R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 21). Outre les pouvoirs qui leur sont explicitement conférés, les tribunaux d'origine législative et les cours d'appel ont la maîtrise implicite de leur propre procédure et d'autres pouvoirs qui sont de fait nécessaires à l'exercice du rôle que la loi leur confie (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 19; *Lochner c. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720, par. 27 (CanLII)). Je suis d'accord avec le procureur général de la Colombie-Britannique pour dire qu'il est peut-être inutile de qualifier ce pouvoir implicite de [TRADUCTION] « compétence inhérente », vu que les pouvoirs en matière d'appel prennent leur source, en définitive, dans la loi (transcription, p. 100-101).

[63] Le fondement législatif de la compétence de la Cour d'appel à l'égard de la motion portant sur la publicité des débats judiciaires est manifeste en l'espèce. Comme je l'ai évoqué précédemment, le pouvoir de surveillance à l'égard du dossier judiciaire est une caractéristique de tous les tribunaux (*MacIntyre*, p. 189) et ceci vaut autant pour une cour d'appel. Dans le cadre de la maîtrise par le tribunal de sa propre procédure, le pouvoir à l'égard de la transparence de l'instance et du dossier judiciaire découle en l'espèce, par déduction nécessaire, de l'octroi par voie législative du pouvoir juridictionnel de la cour d'appel (voir, en général, *Cunningham*, par. 19). Par la force des choses sur le plan de la procédure — une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés peut demeurer en place longtemps après qu'il a été statué sur le fond de l'appel — cette compétence subsiste même après que le jugement formel sur le bien-fondé d'un appel donné a été inscrit, à moins qu'elle n'ait été écartée par un texte législatif. En conséquence, la Cour d'appel avait encore le pouvoir

accessoire d'examiner la motion de la SRC visant les ordonnances de mise sous scellés et les interdictions de publication. Ceci comprenait la compétence implicite pour modifier ou annuler ses ordonnances limitant la publicité des débats judiciaires conformément aux principes de common law examinés ci-dessus. La seule question qui demeure est celle de savoir si des textes législatifs applicables limitent cette compétence de la Cour d'appel en l'espèce.

[64] Les *Règles de la Cour d'appel* interdisent effectivement qu'un « appel [soit] entendu de nouveau » (en anglais, « *[the] rehearing of an appeal* ») après que le certificat de décision ait été inscrit, une règle sur laquelle la Cour d'appel s'est appuyée en l'espèce (par. 46.2(1) et (2), applicables en raison de la règle 45 des *Règles de procédure de la cour d'appel du Manitoba en matière criminelle*, TR/92-106). Cette règle interdit également que les motions « fa[ssent] l'objet d'une nouvelle audience » (en anglais, « *[the] rehearing of [. . .] a motion* ») (par. 46.2(12)). Les extraits pertinents de la règle 46.2 prévoient ce qui suit :

46.2(1) Aucun appel ne peut être entendu de nouveau, sauf sur ordonnance du tribunal ou à son initiative.

46.2(2) Une nouvelle audition d'un appel peut être ordonnée avant que le certificat de décision n'ait été inscrit.

46.2(12) Aucune requête en autorisation ni aucune motion ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle audience.

[65] Il est vrai que le certificat de décision mentionné au par. 46.2(2) a été inscrit en l'espèce à l'égard de l'appel portant sur l'erreur judiciaire. Par conséquent, une

nouvelle audition de l'appel de M. Ostrowski sur le fond est exclue en application de la règle 46.2. Pareillement, une motion entendue au cours de l'instance ne peut pas maintenant faire l'objet d'une nouvelle audience, puisque le par. 46.2(12) l'en empêche.

[66] Toutefois, ces règles n'ont pas privé la Cour d'appel de la faculté d'entendre la motion de la SRC portant sur la publicité des débats judiciaires. Ceci n'est certainement pas un « appel [. . .] entendu de nouveau » ni une « nouvelle audition d'un appel » visé aux par. 46.2(1) et (2). La SRC a présenté une motion portant sur l'accès au dossier judiciaire et n'a pas tenté de rouvrir l'instance en matière d'erreur judiciaire elle-même. Considérer que l'interdiction d'une nouvelle audition d'un appel empêche la Cour d'appel d'entendre une motion portant sur la publicité des débats judiciaires, distincte du fond de l'appel, ne ressort pas manifestement du texte. Il n'y a pas de « *rehearing of an appeal* », pour reprendre le texte anglais des par. 46.2(1) et (2). Une telle interprétation ne s'accorde pas non plus avec l'objet des règles interdisant les nouvelles auditions de l'appel qui reflètent les mêmes objectifs fondamentaux du caractère définitif et de la stabilité des jugements que l'on associe à la règle du *functus officio* (voir *Doucet-Boudreau*, par. 79). La règle 46.2 n'empêche aucunement la SRC de solliciter des ordonnances accessoires liées à la publicité des débats judiciaires après que le certificat de décision ait été inscrit sur le fond.

[67] Pareillement, on ne saurait considérer que l'interdiction de la nouvelle audition d'une motion, prévue au par. 46.2(12), a pour effet d'interdire à la SRC de

demander par motion l'annulation de l'interdiction de publication prononcée sans avis et qui a une incidence sur le principe de la publicité des débats judiciaires. L'ordonnance attaquée a été prononcée du propre chef de la Cour d'appel, avec le consentement des parties, et à l'audience, puis maintenue pour une durée indéterminée au par. 82 du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Le tribunal n'a entendu aucune observation sur le point, et n'a donné de préavis à qui que ce soit, dont les médias, notamment la SRC qui a eu vent de l'interdiction attaquée peu après le prononcé des motifs. La SRC ne demandait pas à la Cour d'appel qu'une motion fasse l'objet d'une « nouvelle audience ». L'idée d'un « *rehearing* » dont il est question à la règle 46.2 implique nécessairement qu'il y a eu une première audience et que le tribunal entendrait la même motion de nouveau, comme l'indique clairement l'expression française « nouvelle audience » à la règle 46.2.

[68] La SRC a plutôt déposé une motion entièrement nouvelle pour faire annuler l'interdiction de publication de 2018 prononcée en son absence. Cela peut faire entrer en jeu, comme le prétend la SRC, un principe fondamental de l'administration de la justice voulant que les parties touchées par des ordonnances se voient accorder l'occasion d'être entendues. Rien dans le libellé du par. 46(12) n'a pour effet de modifier la règle généralement applicable qui permet à la Cour d'appel de modifier ou d'annuler son interdiction de publication ou ordonnance de mise sous scellés sur motion d'une personne touchée qui n'a pas été avisée du prononcé de l'ordonnance.

[69] La SRC ajoute que la Cour d'appel aurait dû assumer sa compétence légitime pour modifier l'interdiction de publication portant sur l'affidavit de M^e Posner parce qu'il y avait eu un changement important de circonstances.

[70] Je ne suis pas de cet avis. Selon moi, il faut souligner que la SRC n'a pas, devant les juridictions inférieures, établi de changement important de circonstances.

[71] Bien que la conclusion d'erreur judiciaire à laquelle est arrivée la Cour d'appel ait pu accroître l'intérêt du public à l'égard des documents, la Cour d'appel a conclu à l'existence de cette erreur dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication, où elle a ordonné le maintien de l'interdiction de publication. Il ne peut donc s'agir d'un changement de circonstances qui s'est produit *depuis* le prononcé de l'ordonnance contestée, comme le veut la règle (*Adams*, par. 30; *L.M.P.*, par. 31).

[72] De même, la comparution subséquente de la SRC dans l'instance en qualité de partie ne constituait pas, en soi, un changement important de circonstances. En présumant que l'ordonnance initiale était bien fondée, comme on doit le faire à ce stade (*L.M.P.*, par. 33), et en reconnaissant que la SRC n'avait pas présenté d'observations portant sur l'ordonnance initiale, j'estime que la simple présence de la SRC n'aurait vraisemblablement pas donné lieu à un résultat différent pour les besoins du test applicable. Cela n'exclut pas la possibilité que le résultat eût été différent si la SRC avait présenté des observations. Mais en reconnaissant cette possibilité, on doit se demander si la Cour d'appel a peut-être fait erreur dans l'application du test en question sans avoir pris connaissance de l'argument de la SRC. Cela va à l'encontre du principe

bien établi voulant qu'on ne doive pas envisager la possibilité que le tribunal d'origine ait commis une erreur au moment de décider s'il y a eu un changement important (*L.M.P.*, par. 33). On présume donc à ce stade que la Cour d'appel a mis en balance, comme elle doit le faire, l'intérêt des médias dans la publicité des débats judiciaires et les intérêts publics opposés, même en l'absence d'un représentant de la presse (*Mentuck*, par. 38). Il vaut mieux examiner l'absence de la SRC lors du prononcé de l'ordonnance initiale en fonction des principes applicables aux ordonnances rendues sans qu'une partie touchée en ait été avisée, car il s'agit d'une occasion perdue de présenter des observations, et non au regard d'un changement de circonstances invoqué par la Cour d'appel.

[73] En somme, la Cour d'appel a eu tort de conclure que la règle 46.2 ou la règle du *functus officio* lui enlevait compétence pour entendre la motion de la SRC. Soit dit respectueusement, l'interprétation que donne la Cour d'appel de ces principes n'était pas nécessaire afin de protéger les valeurs du caractère définitif des procédures et du déroulement ordonné de l'examen en appel. Elle a eu des effets préjudiciables sur l'occasion des médias de présenter des observations à l'égard de cette ordonnance limitant le principe de la publicité des débats judiciaires. De fait, la Cour d'appel est demeurée compétente pour surveiller son dossier, même après que le certificat de décision dans l'instance sous-jacente sur le fond ait été inscrit.

(2) L'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel

[74] Bien entendu, ce n'est pas parce que la Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC et sa demande d'accès à l'affidavit de M^e Posner que la SRC a droit à la mesure de redressement qu'elle a demandée. La possibilité d'obtenir cette mesure de redressement dépend d'une bonne application du droit aux faits de l'espèce, et c'est la Cour d'appel qui est la mieux à même d'en décider en première instance.

[75] Pour ce qui est de l'interdiction de publication, la SRC s'appuiera sur le pouvoir de la Cour d'appel d'annuler une ordonnance au motif qu'elle a été rendue sans avis à une partie touchée. À titre préliminaire, la Cour d'appel doit se demander, compte tenu des principes sommairement exposés ci-dessus, si la SRC a qualité pour contester l'ordonnance en question. Ce premier obstacle, que doit surmonter la SRC, fait en sorte que seuls les représentants qui sont privés de la possibilité de présenter des observations utiles et susceptibles d'avoir influé sur le résultat peuvent contester une ordonnance rendue sans que les médias en aient été avisés.

[76] La SRC aura également à démontrer que le délai qui s'est écoulé entre le moment où elle a pris connaissance de l'ordonnance contestée et le moment où elle a déposé sa motion en mai 2019 n'était pas déraisonnable. Je prends note que la Couronne prétend que la SRC aurait dû présenter sa motion plus tôt. En réponse aux questions posées par mes collègues à l'audience, la SRC a concédé à juste titre qu'elle avait eu connaissance de l'interdiction de publication peu de temps après le prononcé du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Le délai qui s'est écoulé avant

qu'elle présente la motion était de l'ordre de six mois. Bien que la question n'ait pas été invoquée par la Couronne en tant que motif du rejet du pourvoi, la SRC a mentionné à l'audience devant notre Cour que le délai était justifié dans les circonstances, soulignant la confusion au départ quant à la nature de l'ordonnance et faisant valoir l'intérêt public à trancher cette question de publicité des débats judiciaire qui touche les droits de tous les Canadiens et les Canadiennes.

[77] En ce qui a trait au fond de la motion de la SRC, toute limite discrétionnaire à l'accès au dossier judiciaire et à la publication de son contenu doit être comprise à l'aune du test de l'arrêt *Sierra Club* récemment reformulé par notre Cour dans *Sherman*. Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public (*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 11). Un tribunal ne peut imposer de limites discrétionnaires à la publicité des débats que si les conditions suivantes sont remplies : (1) la publicité des débats pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque; (3) les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs (*Sherman*, par. 38, citant *Sierra Club*, par. 53).

[78] Devant notre Cour, la Couronne et la famille de M.D. invoquent toutes les deux la vie privée et la dignité des parties intéressées comme un intérêt public important qui serait menacé si l'interdiction de publication était levée. La SRC répond que les intérêts invoqués ne sont que personnels, sans l'élément public qu'il faut pour écarter le principe de la publicité des débats judiciaires. Tout comme dans l'affaire *Sherman*,

le désaccord des parties repose sur la tension inhérente entre le principe de la publicité des débats judiciaires et ce que le juge Dickson, plus tard juge en chef, a déjà qualifié de valeurs ayant « préséance » (*MacIntyre*, p. 186-187). La vie privée et la publicité des débats judiciaires ont toutes les deux été reconnues dans la jurisprudence comme étant des piliers d'une société libre et démocratique (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 25). Si la publicité des débats judiciaires doit demeurer la règle plutôt que l'exception, il est inévitable que ceux dont la vie fait l'objet d'un litige subissent une certaine atteinte à leur vie privée. Toutefois, il existe effectivement des circonstances où la publicité des débats pose un risque sérieux pour un aspect de la vie privée qui fait état d'un intérêt public important.

[79] La Cour d'appel n'a pas pu prendre connaissance de l'arrêt *Sherman*, dans lequel notre Cour a statué qu'il existe un important intérêt public dans une dimension plus étroite de la vie privée qui concerne la protection de la dignité individuelle. Afin de démontrer l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt, une personne doit établir que les renseignements à son sujet qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles, si bien qu'ils représentent des renseignements biographiques, révélant quelque chose « d'intime et de personnel au sujet de la personne, de son mode de vie ou de son vécu » (*Sherman*, par. 73-77, 79 et 85). Si elle réussit, il s'agit de se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la publicité des débats judiciaires pose un risque pour la dignité individuelle qui

concerne concrètement cet important intérêt public. Il n'est pas nécessaire que le risque sérieux soit étayé par une preuve directe; il peut être raisonnablement inféré sur le fondement de faits circonstanciels connus (*Bragg*, par. 15-16). Si la partie réussit à établir ce risque sérieux, elle doit ensuite démontrer que l'ordonnance qu'elle sollicite est nécessaire pour écarter le risque et que les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs, y compris les effets sur la publicité des débats judiciaires, protégée par la Constitution (*Sierra Club*, par. 53).

[80] Les parties ne s'entendent pas sur la mesure dans laquelle le test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires s'applique lorsqu'il s'agit de trancher la question de l'accès à l'affidavit de M^e Posner et de sa publication. La SRC a plaidé que l'ordonnance de mise sous scellés qui s'appliquait à l'affidavit en vertu des *Règles de la Cour d'appel* avait pris fin dès que la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux a été rejetée. La Couronne a fait valoir que la règle pertinente est silencieuse sur ce qui se passe avec les documents sous scellés après le rejet de la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux, si bien qu'il était loisible à la Cour d'appel de ne pas verser les éléments de preuve proposés au dossier public. Quant à l'interdiction de publication portant sur les détails de ces éléments de preuve, la SRC a soutenu qu'elle ne satisfait pas au critère concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, lequel, selon la SRC, s'applique même si l'affidavit de M^e Posner a fini par ne pas être admis en preuve. La Couronne et les parties intéressées ont insisté plutôt sur la non-pertinence présumée de l'affidavit de M^e Posner comme facteur dans cette analyse.

[81] Deux raisons m'amènent à conclure que toute limite à l'accès à l'affidavit de M^e Posner ou à sa publication en l'espèce doit satisfaire au critère généralement applicable aux limites discrétionnaires sur la publicité des débats judiciaires. Premièrement, je suis d'accord avec la SRC pour dire que le par. 21(4) des *Règles de la Cour d'appel* ne prévoit pas d'ordonnance permanente de mise sous scellés à l'égard de l'affidavit de M^e Posner. Le paragraphe 21(4), qui précise que les nouveaux éléments de preuve demeurent scellés « jusqu'à ce qu'il soit statué sur la motion », prévoit expressément que la mise sous scellés prescrite par cette règle cessera lorsqu'il y aura une décision. Cette décision a eu lieu lorsque la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux a été rejetée. Rien dans la règle n'indique que la mise sous scellés vise à protéger les renseignements contre une diffusion publique et que cette mesure est censée se poursuivre indéfiniment après qu'il a été statué sur la motion. À mon avis, la règle 21 ne maintient pas la mise sous scellés de l'affidavit de M^e Posner.

[82] Deuxièmement, le fait que l'affidavit de M^e Posner n'a pas été admis comme élément de preuve nouveau pour les besoins de l'instance portant sur l'erreur judiciaire ne doit pas mettre l'interdiction de publication à l'abri d'un contrôle. La Couronne soutient que la [TRADUCTION] « pratique » de la Cour d'appel qui consiste à ne pas admettre de tels éléments de preuve pour dépôt au greffe du tribunal comble le silence du par. 21(4). Toutefois, une pratique administrative ne saurait avoir pour effet de placer cette affaire en dehors de la portée du test concernant les limites discrétionnaires au principe de la publicité des débats judiciaires. Cette publicité sert à

maintenir la légitimité de l'exercice du pouvoir judiciaire — y compris la décision de rejeter la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux — en permettant au public d'examiner attentivement cet exercice dans le but de s'assurer que la justice est dispensée équitablement (*Vancouver Sun*, par. 25). L'accès public au dossier judiciaire facilite cet examen attentif (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339, le juge Cory).

[83] Dans le respect de cet objectif, tous les documents mis à la disposition du tribunal en vue de trancher l'affaire, autrement dit pour lui permettre d'exercer son pouvoir judiciaire, sont visés par le principe de la publicité des débats judiciaires (voir *Canadian Broadcasting Corp. c. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673, par. 42-44; voir également *Aboriginal Peoples Television Network c. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246, par. 48). En l'espèce, la Cour d'appel était saisie d'une motion en vue de faire admettre l'affidavit de M^e Posner en tant que nouvel élément de preuve. Avec le consentement des parties, le tribunal a étudié cet affidavit lors de l'examen de la motion. Bien que le tribunal ait fini par refuser d'admettre l'affidavit, celui-ci a été examiné lorsqu'il a été statué sur la motion en présentation d'éléments de preuve nouveaux. Il s'ensuit que toute limite discrétionnaire à l'accès à l'affidavit de M^e Posner ou à sa publication doit satisfaire aux exigences énoncées dans les arrêts *Sierra Club* et *Sherman*.

[84] En somme, dès lors que la mesure de redressement sollicitée l'obligeait à réexaminer son interdiction de publication, la Cour d'appel aurait dû se demander s'il

était opportun de modifier ou d'annuler cette décision sur motion de la SRC, vu qu'elle avait été prise sans avis. Sur le fond de la motion, la Cour d'appel aurait dû se demander si les limites discrétionnaires qu'elle avait imposées à la publication du dossier judiciaire, qui comprend l'affidavit de M^e Posner, se conformaient au test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires.

[85] Il reste à se demander quel tribunal doit trancher ces questions soulevées dans le contexte du premier appel du jugement de 2019 sur la compétence. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, la Couronne prétend que, si la Cour d'appel avait compétence pour entendre la motion en réexamen, il s'ensuit que notre Cour ne l'a pas. Elle plaide que dans ce scénario, l'interdiction de publication n'est pas un « jugement, définitif ou autre, rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort » pour l'application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, en vertu duquel l'autorisation d'appel en l'espèce a été accordée.

[86] Je ne suis pas de cet avis. Le réexamen, par la Cour d'appel, de son interdiction de publication n'est pas, comme nous l'avons vu, un appel de l'ordonnance. La seule voie d'appel du jugement rendu en 2018 par la Cour d'appel sur l'interdiction de publication ou de son jugement de 2019 sur la compétence était l'appel à notre Cour, avec son autorisation, en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (voir, en général, *Dagenais*, p. 872). Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à conclure que les deux étaient des « jugement[s], définitif[s] ou autre[s], rendu[s] par [. . .] le plus

haut tribunal de dernier ressort » à l'égard desquels notre Cour a compétence pour entendre un appel avec autorisation (voir, en général, *Mentuck*, par. 20-21).

[87] Cela dit, je suis d'avis que, par souci d'équité envers toutes les parties, nous devons renvoyer à la Cour d'appel la motion qui a mené au jugement de 2019 sur la compétence. Il vaut mieux que ce soit la Cour d'appel qui tranche les autres questions soulevées. La Cour d'appel a mis fin à son analyse après avoir conclu qu'elle était *functus officio*, et nous ne disposons pas de motifs de la juridiction inférieure sur ces questions. Comme je l'ai déjà fait remarquer, la motion obligeait la Cour d'appel à rendre plusieurs décisions discrétionnaires : accorder ou non à la SRC qualité pour agir, accepter ou non d'entendre la motion compte tenu du délai et, en dernier lieu, confirmer ou non sa limite discrétionnaire à la transparence de son propre dossier. Ce sont des décisions que la Cour d'appel est la mieux placée à rendre vu qu'elles sont intimement liées aux faits et à l'historique procédural de la présente affaire, où cette cour a exercé dans les faits la fonction de tribunal de première instance.

[88] À mon avis, il n'est pas dans l'intérêt de la justice que notre Cour se mette à la place de la Cour d'appel et tranche ces questions en première instance. Cela est très différent du fait d'examiner ces questions en appel avec un regard empreint de déférence que notre Cour adopterait pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juridiction inférieure (voir *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117). D'autres cours d'appel ne se sont pas hasardées à bon droit à

dicter ainsi aux juridictions inférieures leur conduite (voir, p. ex., *GEA Refrigeration*, par. 184).

[89] Je signale en outre que la question du délai n'a pas été pleinement débattue devant notre Cour et que nous sommes donc mal placés pour réaliser le juste équilibre en l'espèce de toute manière. Notre Cour a renvoyé à la Cour d'appel des affaires où une question n'avait pas été examinée par les tribunaux d'instance inférieure, et le dossier ainsi que les arguments ne sont « pas suffisamment étoffés pour [. . .] permettre de statuer sur cette question sans crainte de [s]e tromper » (voir, p. ex., *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 46). La SRC n'a pas soulevé la question dans son mémoire parce que, selon elle, la question avait été réglée lorsque nous avons accueilli ses requêtes en prorogation du délai pour solliciter l'autorisation d'appel. Bien que la Couronne ait fait allusion au délai en passant, elle n'a jamais plaidé que l'appel portant sur la motion en réexamen pouvait être rejeté pour ce seul motif. Cela milite encore davantage en faveur du renvoi de l'affaire.

[90] Même si notre Cour exerçait sa compétence pour trancher ces questions, elle ne dispose pas d'observations des parties sur la manière dont les principes de l'arrêt *Sherman* énoncés ci-dessus s'appliquent aux faits de l'espèce. Cet arrêt n'a été prononcé qu'après l'instruction de la présente affaire, et j'estime que l'équité exigerait des observations supplémentaires de la part des parties en ce qui concerne l'incidence de l'arrêt *Sherman* sur la question à l'étude. Notre Cour s'est déjà penchée sur la protection de la vie privée dans le cadre de ce test dans l'arrêt *Bragg*, mais elle a

clairement affirmé qu'il s'agissait non pas uniquement de protection de la vie privée, mais aussi de « l'humiliation constamment envahissante liée à l'intimidation à caractère sexuel en ligne » (par. 14).

[91] L'arrêt *Sherman* a donné à notre Cour l'occasion de s'attaquer à cet enjeu directement d'un autre point de vue. La Cour d'appel avait qualifié les droits à la vie privée de simples préoccupations personnelles qui ne pouvaient pas « à elles seules » justifier une limite à la publicité des débats judiciaires (*Sherman*, par. 18). Notre Cour a conclu en appel qu'il était « inapproprié [. . .] de rejeter l'intérêt du public à la protection de la vie privée au motif qu'il s'agit d'une simple préoccupation personnelle » (par. 52), et elle a ensuite reconnu que la « vie privée considérée au regard de la dignité constitue un intérêt public important pour l'application du test » (par. 86).

[92] Bien entendu, il n'est pas rare que notre Cour clarifie les règles de droit lors d'un appel, ou d'une série d'appels entendus ensemble, puis applique ces règles de droit clarifiées aux appels en question. Mais la situation en l'espèce est différente parce que ces parties n'ont pas été entendues lorsque l'approche retenue dans l'arrêt *Sherman* a été fixée. Il serait fondamentalement injuste envers les parties qu'elles ne soient pas entendues au sujet de l'application de cette approche aux faits de leur cause, sans parler du désavantage que cela ferait subir à notre Cour quand elle tranche l'affaire. La nécessité d'obtenir ces observations supplémentaires sur l'arrêt *Sherman* atténue toute

économie des ressources judiciaires qui serait réalisée en tranchant l'affaire ici, plutôt que de la renvoyer à la juridiction inférieure.

[93] Je reconnais, tout comme la Couronne l'a plaidé à l'audience, que le renvoi de l'affaire prolongera l'incertitude pour les parties intéressées sur la question de savoir si l'interdiction de publication finira par être annulée. Il importe toutefois de se rappeler que les parties intéressées bénéficieront toujours de l'interdiction de publication qui, à leurs dires, est essentielle à la protection de leur vie privée dans l'intervalle.

[94] Il s'agit d'une situation tout à fait différente de celle qui prévalait dans des affaires comme *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, et *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, où il s'était écoulé environ une décennie depuis la conduite reprochée qui faisait l'objet du litige, et notre Cour avait pris connaissance d'une décision raisonnable étayée par le dossier et rendue par le décideur compétent de première instance (*Saadati*, par. 45; *Wells*, par. 68). En l'espèce, l'interdiction de publication sur laquelle porte la présente instance a été imposée il y a moins de trois ans, et aucune décision n'a été rendue en première instance sur la motion, encore moins une décision raisonnable.

[95] Dans les circonstances, la valeur du raccourcissement de cette période d'incertitude ne l'emporte pas sur l'importance de l'équité envers toutes les parties, laquelle est servie en veillant à ce que l'affaire soit tranchée par le décideur compétent de première instance qui dispose des observations voulues.

[96] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi contre le jugement de 2019 sur la compétence et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle tranche la motion de la SRC conformément aux présents motifs (*Loi sur la Cour suprême*, art. 46.1).

[97] Le second appel contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication lui-même présente une complication procédurale. Comme je l'ai déjà mentionné, la SRC a sollicité et obtenu l'autorisation d'appel non seulement à l'encontre du rejet de sa motion en réexamen, mais aussi directement à l'encontre de l'interdiction de publication. Cela ressort du jugement sur autorisation d'appel, et les parties ont explicitement débattu des deux appels devant notre Cour. Cet appel soulève une seule question restante qui concerne la légalité de l'interdiction de publication en tant qu'exception au principe de la publicité des débats judiciaires.

[98] Vu ma conclusion que la Cour d'appel avait compétence pour entendre la motion de la SRC, je ne suis pas d'avis de trancher les questions soulevées dans l'appel du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant que la Cour d'appel n'ait statué sur la motion en réexamen. Je signale que les tribunaux d'appel se trouvant dans des situations semblables ont généralement insisté pour que ce type de recours soit introduit au tribunal initial avant d'entendre un appel (voir, p. ex., *Secure 2013 Group Inc. c. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, par. 54-55; *GEA Refrigeration*, par. 184). Pareillement, en l'espèce, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de se pencher sur l'appel contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant qu'il ne soit statué sur la motion de la SRC, vu que

cet appel pourrait devenir théorique par suite de l'instance en question. En conséquence, nous ne sommes pas en position utile ou éclairée pour rejeter ou accueillir le second appel.

[99] Il ne serait pas approprié non plus de renvoyer cet appel en totalité à la Cour d'appel. Contrairement au fait de renvoyer le jugement de 2019 sur la compétence à la Cour d'appel pour qu'elle réexamine l'interdiction de publication à la suite des observations d'une partie touchée qui n'en a pas été avisée — ce qui, je le répète, se distingue d'un appel —, renvoyer le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication à la Cour d'appel l'obligerait à siéger en appel de l'interdiction de publication qu'elle a elle-même décrétée.

[100] Il s'ensuit, dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, que le pourvoi contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication doit être ajourné *sine die* en attendant qu'il soit statué sur la motion en réexamen en Cour d'appel (voir, p. ex., *Canadian Planning and Design Consultants Inc. c. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98, par. 61). Je signale que si la Cour d'appel se penche sur le bien-fondé de l'interdiction de publication et le pourvoi contre le jugement de 2018 sur cette interdiction est ensuite rouvert, notre Cour disposera alors de ces motifs, et elle en prendra connaissance au moment de statuer sur ce pourvoi.

[101] Notre Cour a donc entendu des pourvois à la fois directement à l'encontre d'un jugement et, parallèlement, contre le refus de réexaminer ce même jugement. L'autorisation d'appel a été accordée à l'égard des deux jugements en l'espèce, un fait

à l'origine de la complication procédurale, mais cette complication n'est pas insurmontable. Les cours d'appel ont utilisé l'ajournement *sine die* pour traiter des appels jugés prématurés à la suite de l'instance en cours devant la juridiction inférieure qui devrait être menée à terme avant l'audition de l'appel (*Libya*, par. 83; *Gray c. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65, par. 33; *MK Engineering Inc. c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135, par. 22; *Aleong c. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44, par. 47). C'est plus qu'une préoccupation d'ordre procédural en l'espèce : avec égards pour l'avis contraire, j'estime que nous ne pouvons rejeter le second pourvoi sans confondre les questions en jeu dans le réexamen du jugement de 2019 sur la compétence et celles en jeu dans un appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication.

[102] Enfin, même s'il était indiqué pour notre Cour de décider du caractère raisonnable du temps qu'a pris la SRC à déposer sa motion, et même si elle estimait qu'il y avait lieu de rejeter la motion pour ce motif, cette conclusion ne suffirait pas à elle seule pour rejeter l'appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Notre Cour a accordé l'autorisation d'appel, de même qu'une prorogation du délai pour solliciter l'autorisation d'appel, directement contre ce jugement distinct. Soit dit respectueusement, il serait inopportun d'infirmier dans les faits ces décisions ou d'en limiter rétroactivement la portée. Si notre Cour ne cherchait qu'à statuer sur les questions de réexamen soulevées dans l'appel du jugement de 2019 sur la compétence, j'estime qu'elle aurait accordé l'autorisation d'appel uniquement à

l'encontre de ce jugement. Or, elle a accordé l'autorisation d'appel à l'égard des deux jugements.

[103] La SRC n'a pas acquiescé au jugement de 2018 sur l'interdiction de publication dont elle interjette appel directement à notre Cour et, malgré tout le respect que je dois à d'autres points de vue, ce second appel n'a pas « perdu sa raison d'être » (*Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740, p. 744 et 747). La question que cet appel soulève est de savoir s'il y a lieu d'annuler l'interdiction de publication, un enjeu qui divise encore les parties et qui se distingue du caractère opportun du réexamen évoqué dans l'appel du jugement de 2019 sur la compétence. Il n'y a aucune raison d'affirmer que ce second appel est devenu théorique.

[104] Contrairement au premier appel portant sur la motion en réexamen, l'appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication ne soulève pas de question préliminaire au sujet du temps pris pour présenter la motion, une motion qui n'a même pas été déposée avant que ce jugement n'ait été rendu. La seule question en litige dans ce second appel est la validité de la dernière interdiction de publication, de durée indéterminée, qui a été imposée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication, ce qui nécessite l'application du test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Pour résoudre cette question maintenant, notre Cour serait obligée de faire allusion à ce critère, ainsi qu'au récent jugement de notre Cour dans *Sherman* en disposant des observations voulues, et de les

appliquer. Je suis respectueusement d'avis qu'il ne convient pas d'entreprendre cette tâche tant que la Cour d'appel n'a pas statué sur la motion en réexamen.

V. Conclusion

[105] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi contre le jugement sur la compétence rendu par la Cour d'appel en 2019, d'annuler ce jugement et de renvoyer l'affaire à ce tribunal pour qu'il tranche la motion de la SRC conformément aux présents motifs.

[106] Je suis d'avis d'ajourner *sine die* le pourvoi contre le jugement rendu par la Cour d'appel en 2018 sur l'interdiction de publication. J'ordonnerais que si aucune requête pour directives n'est déposée à notre Cour dans les 30 jours qui suivent la date du jugement de la Cour d'appel tranchant l'affaire qui lui est renvoyée conformément aux présents motifs, le pourvoi soit rejeté pour cause d'abandon.

[107] La SRC ne demande pas l'adjudication de dépens dans les présents pourvois, et je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs rendus par

[108] Les présents pourvois concernent une demande déposée par un représentant des médias en vue de faire réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance sous-jacente. Je souscris dans l'ensemble à l'analyse du juge Kasirer concernant les points relatifs aux « avis », mais je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que l'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel du Manitoba pour décision.

[109] Comme notre Cour l'a souligné à maintes reprises, les médias jouent un rôle crucial dans la protection et la promotion de la publicité des débats judiciaires. C'est pour cette raison que le droit des médias d'attaquer des ordonnances comme les interdictions de publication n'est pas contesté et que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'aviser les médias de la tenue d'audiences sur le sujet. Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, notre Cour a affirmé sans équivoque que les représentants des médias sont des « tiers » et que la notification relève « du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente » (p. 869).

[110] Cependant, au terme de l'instance sous-jacente, la règle du *functus officio* fait en sorte qu'une décision définitive ne peut pas, en général, être réexaminée par le tribunal qui l'a rendue. Dans l'arrêt *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, le juge Sopinka a reconnu que l'application de la règle du *functus officio* « est moins formaliste et plus souple » en ce qui concerne les ordonnances accessoires, y compris les interdictions de publication (par. 29). Il est donc impératif de maintenir des voies circonscrites par

lesquelles les médias peuvent demander à un tribunal de réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance sous-jacente.

[111] Les considérations qui sous-tendent la règle du *functus officio* montrent que la règle a un rôle à jouer relativement aux ordonnances de non-publication, même lorsque celles-ci sont accessoires à l'instance sous-jacente. La règle du *functus officio* est [TRADUCTION] « souvent décrite comme une “règle sur le caractère définitif d'une décision” » (A. S. P. Wong, « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *Rev. du B. can.* 543, p. 549, citant *Nova Scotia Government and General Employees Union c. Capital District Health Authority* (2006), 246 N.S.R. (2d) 104 (C.A.), par. 36). Comme l'a fait remarquer le juge Doherty dans l'arrêt *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.) :

[TRADUCTION] Le caractère définitif d'une décision est une caractéristique importante de notre système de justice, à la fois pour les parties au litige et, au chapitre institutionnel, pour la collectivité en général. Pour les parties, il est nécessaire sur le plan économique et psychologique. Pour la collectivité, il limite en quelque sorte le fardeau économique qu'impose chaque litige au système et confère aux décisions rendues par le système l'autorité qu'elles ne pourraient espérer détenir si elles étaient assujetties à une réévaluation et à une variation constantes. . .

Les parties et la collectivité ont besoin que les litiges aient un caractère définitif et discernable. Les parties doivent pouvoir, à un certain point, savoir que la question a été tranchée et que leurs droits et obligations respectifs ont fait l'objet d'une décision définitive. En l'absence d'une telle issue discernable, les parties ne peuvent pas avoir la certitude que la question a été tranchée définitivement; elles doivent supporter le fardeau économique et psychologique considérable d'instances de durée indéterminée où leurs droits et obligations respectifs sont réexaminés au fur et à mesure que les circonstances changent. [p. 264-265]

[112] Le caractère définitif d'une décision est important, d'une part, parce qu'il fournit une assise stable pour l'appel (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 79). Il est aussi important, d'autre part, parce qu'il constitue une garantie économique et psychologique pour les parties qui sont entraînées malgré elles dans le système de justice, notamment pour celles qui sont touchées par des décisions en matière de non-publication.

[113] Il est établi depuis l'arrêt *Adams* que les ordonnances de non-publication, qui sont accessoires à l'instance sous-jacente, « peu[vent] être modifiée[s] ou annulée[s] s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle[s] [ont] été rendue[s] » (par. 30; *R. c. Henry* (2012), 327 B.C.A.C. 190, par. 11; *British Columbia c. BCTF* (2015), 75 B.C.L.R. (5th) 257 (C.A.), par. 22). Le changement doit « se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l'ordonnance » et le requérant doit agir « à la première occasion » après le changement de circonstances (*Adams*, par. 30, citant *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, p. 210-211). Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire qu'aucun changement important de circonstances ne peut être établi en l'espèce.

[114] En l'absence d'un changement important de circonstances, les cours de première instance et les cours d'appel ont reconnu que les médias sont « touchés » par les ordonnances qui ont trait à la publicité des débats judiciaires, ce qui signifie qu'ils peuvent généralement demander le réexamen de ces ordonnances lorsqu'elles sont délivrées sans avis (voir, p. ex., *Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.* (2008), 89 O.R.

(3d) 721 (C.A.), par. 43, et les décisions qui y sont citées). Comme le confirme le juge Kasirer, cette approche s'applique si les médias peuvent démontrer que leurs observations sont présentées « avec célérité », qu'elles pourraient avoir une incidence importante sur le résultat et que la nature de leurs observations n'a pas été examinée au départ par le tribunal qui a imposé l'interdiction de publication. Dans ces circonstances, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est dans l'intérêt de la justice de réexaminer une interdiction de publication.

[115] Les deux voies par lesquelles les médias peuvent contester une interdiction de publication après coup témoignent du fait que les médias sont indispensables à la publicité des débats judiciaires. Néanmoins, les critères applicables accordent aussi beaucoup d'importance au concept de caractère définitif d'une décision. À un moment donné, il faut que les parties puissent tourner la page et être à l'abri des préjudices psychologiques et financiers associés au fait d'être entraînées de nouveau malgré elles dans le système de justice lorsqu'une affaire est close.

[116] Voilà pourquoi il faut demander le réexamen d'une interdiction de publication en temps opportun et pourquoi les tribunaux ne devraient généralement pas réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance principale, sauf s'il existe une raison valable de croire que la demande formulée par un représentant des médias sert l'intérêt public et qu'elle pourrait raisonnablement amener le tribunal à rendre une décision différente. Il s'agit d'un exercice de pondération, sans barème

préétabli, entre les intérêts qui sous-tendent le caractère définitif d'une décision et les intérêts liés au principe de la publicité des débats judiciaires.

[117] En soutesant les principes susmentionnés, et avec égards, j'arrive à une conclusion différente de celle des juges majoritaires quant au renvoi de l'affaire à la Cour d'appel du Manitoba.

[118] Comme je l'ai souligné précédemment, la SRC ne peut établir en l'espèce qu'un changement important de circonstances s'est produit au sens de l'arrêt *Adams*. Par conséquent, la SRC ne peut demander un réexamen après la fin de l'instance que si elle démontre que l'interdiction de publication a été prononcée sans avis, que ses observations peuvent avoir une incidence importante sur le résultat et qu'elle a déposé la motion en réexamen en temps opportun. En l'espèce, aucune de ces conditions n'est remplie.

[119] Tout d'abord, l'argument de la SRC selon lequel la cour a prononcé l'interdiction de publication sans avis est difficile à accepter dans les circonstances. Lors de l'audience devant la Cour d'appel du Manitoba, les avocats de la SRC ont admis candidement que la SRC avait couvert l'affaire Ostrowski tout au long de l'instance. En outre, devant notre Cour, ils ont confirmé que la SRC avait un représentant dans la salle d'audience lors du prononcé de l'interdiction de publication le 28 mai 2018. La SRC n'a tenté de faire valoir ses intérêts à aucun moment depuis le prononcé de l'ordonnance de non-publication initiale jusqu'à la reconduction de

l'ordonnance dans les motifs du jugement que la Cour d'appel a rendus le 27 novembre 2018.

[120] Quoi qu'il en soit, je ne vois pas très bien quel autre « avis » aurait été requis dans les circonstances. Les tribunaux n'envoient pas d'invitations officielles à leurs audiences — les salles d'audience sont, et devraient être, accessibles à tous, y compris et surtout aux médias. Si les médias sont présents dans la salle d'audience lorsqu'une interdiction de publication est prononcée, il s'ensuit qu'ils en connaissent l'existence. Or, il s'agit là du résultat qu'on cherche à atteindre lorsqu'on transmet un avis.

[121] La SRC ne s'est pas non plus acquittée de son fardeau de démontrer que ses observations envisagées pourraient avoir une incidence importante sur le résultat. Il est bien établi que les tribunaux qui prononcent des interdictions de publication sont censés tenir compte de l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, même lorsqu'aucun représentant des médias ne présente d'arguments à ce sujet (*R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 38). Il n'y a aucune raison de supposer que cela ne s'est pas produit en l'espèce. La SRC ne propose pas de faire valoir une position nouvelle ou unique ni de produire des éléments de preuve dont la Cour d'appel ignorait l'existence. Elle souhaite simplement plaider que le principe de la publicité des débats judiciaires l'emporte sur les intérêts qui appuient l'interdiction, une observation de base que la Cour d'appel est présumée avoir déjà examinée. De plus, ayant entendu l'exposé complet des arguments de la SRC sur le bien-fondé de l'interdiction de publication

devant notre Cour, j'ai de la difficulté à voir comment ses observations pourraient mener à un résultat différent.

[122] Qui plus est, et dans le même ordre d'idées, le fait que la SRC a tardé à agir me paraît déterminant. La Cour d'appel a prononcé l'interdiction de publication le 28 mai 2018 et l'a reconduite dans ses motifs de jugement rendus le 27 novembre 2018. Or, la SRC n'a pas déposé sa motion en réexamen avant le 10 mai 2019, soit plus de cinq mois plus tard. De surcroît, elle n'a pas déposé sa demande d'autorisation d'appel de l'interdiction de publication initiale devant notre Cour avant le 27 janvier 2020, soit près de deux ans après l'imposition de l'interdiction et bien plus d'un an après sa reconduction dans les motifs du jugement rendus en novembre 2018.

[123] La SRC a laissé entendre que le délai s'expliquait en partie par le fait qu'il régnait une certaine confusion quant à la nature et à la portée de l'interdiction de publication, qui a fait en sorte que la SRC a communiqué avec la Cour d'appel pour obtenir des précisions sur ce qui était interdit.

[124] Les communications entre la SRC et la Cour d'appel du Manitoba qui ont eu lieu après le prononcé des motifs du 27 novembre 2018 démontrent sans équivoque que cette explication est loin d'être solide. Le 30 novembre 2018, l'adjointe exécutive des juges en chef a avisé la SRC que les médias avaient le droit d'examiner les documents [TRADUCTION] « protégés par l'interdiction de publication », mais que la nouvelle preuve par affidavit ne pouvait être examinée étant donné qu'elle n'avait pas été déposée auprès de la cour après le rejet de la motion. Le 21 janvier 2019, à la suite

d'autres communications visant à éclaircir davantage la question, le registraire a énoncé en des termes sans équivoque que, [TRADUCTION] « au début de l'instance le 28 mai 2018, la [c]our a imposé une interdiction de publication pour empêcher la publication de tout renseignement relatif aux nouveaux éléments de preuve proposés. Au paragraphe 82 de ses motifs, la [c]our a ordonné que l'interdiction de publication demeure en vigueur. » Pourtant, il a fallu à la SRC encore quatre mois pour déposer une motion en réexamen.

[125] Pour mettre le temps écoulé en perspective, il est utile de se référer à certains délais prévus dans les *Règles de la Cour d'appel*, Règl. du Man. 555/88R, du Manitoba. Si une partie à un appel devant la Cour d'appel souhaite obtenir une nouvelle audience avant que le certificat de décision n'ait été inscrit, elle est présumée disposer de 30 jours après le prononcé des motifs de jugement pour présenter sa motion (par. 46.2(4)). Si l'appelant ne dépose pas son mémoire dans les délais prévus par les règles, son appel sera réputé abandonné 30 jours après l'avis que l'appelant reçoit du registraire (par. 33(4)). Les délais prévus constituent une reconnaissance législative de l'importance d'agir en temps opportun dans le règlement des affaires portées devant les tribunaux.

[126] Un délai non expliqué de six mois pour déposer une motion en réexamen d'une interdiction de publication est excessif. Même un délai de quatre mois, calculé de façon indulgente à partir du moment où la SRC connaissait parfaitement et entièrement la nature de l'interdiction de publication, serait excessif. Peu importe la

définition que l'on donne au concept d'agir « avec célérité », le délai ne saurait être justifié, en particulier parce que la SRC était parfaitement au courant du prononcé de l'interdiction et de sa reconduction — et qu'elle était présente — dès le début de l'instance. De plus, le délai en l'espèce cause un préjudice grave aux membres de la famille, qui s'attendaient raisonnablement à ce que leur droit au respect de la vie privée et à la dignité soit protégé par le caractère définitif de l'instance et à ce qu'ils n'aient pas à comparaître de nouveau devant le tribunal. Je ne vois aucune raison de prolonger leur détresse.

[127] Même s'il est vrai que le pourvoi formé par la SRC directement à l'encontre de l'interdiction de publication est arrivé techniquement devant notre Cour dans une demande d'autorisation d'appel distincte de celle concernant le refus de la Cour d'appel de réexaminer cette interdiction, les deux pourvois visent en fin de compte à obtenir la même réparation : la levée de l'interdiction de publication. Dans le contexte unique de l'espèce, il est logique que l'autorisation des deux pourvois ait été accordée simultanément puisque la réparation demandée en fin de compte était la même. De plus, la question juridique de savoir dans quels cas les médias peuvent faire réexaminer une ordonnance de non-publication après la conclusion d'une instance revêt une « importance [. . .] pour le public » qui nécessite des directives de la part de notre Cour (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, par. 40(1)).

[128] Étant donné qu'à mon humble avis, la SRC n'avait pas droit au réexamen de l'interdiction de publication en raison de son retard indu et injustifié à présenter sa

motion, il serait incongru de conclure que l'incidence du retard de la SRC est différente dans le pourvoi qu'elle a formé contre l'interdiction en tant que telle que dans le pourvoi à l'encontre du rejet de la motion en réexamen. Le pourvoi en réexamen de l'interdiction porte sur cette même interdiction. Prétendre qu'il s'agit de deux questions juridiques distinctes qui requièrent un examen conceptuel distinct reviendrait à faire triompher le formalisme procédural sur la réalité pratique. Un retard indu dans un cas est un retard indu dans l'autre cas.

[129] Quant au traitement qu'il convient de réserver à la récente décision de notre Cour dans l'affaire *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, il était loisible aux juges majoritaires de chercher à obtenir des éclaircissements compte tenu des motifs énoncés dans cet arrêt. Cette façon de faire se serait mieux accordée avec la pratique habituelle de notre Cour lorsqu'elle entend des pourvois relatifs à une interdiction de publication, soit de statuer sur ceux-ci plutôt que de les renvoyer à la cour qui a imposé l'interdiction. Cela aurait aussi limité la prolongation de l'instance. De toute manière, avec égards, je ne vois rien dans l'arrêt *Sherman* qui soit pertinent pour les intérêts de la SRC au point de justifier que l'on passe outre au délai injustifié.

[130] Notre Cour conserve un pouvoir discrétionnaire limité qui lui permet de refuser d'examiner le pourvoi au fond, même après que l'autorisation eut été accordée. Comme l'a écrit le juge en chef Laskin au nom de la Cour dans l'arrêt *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740 :

Une fois l'autorisation accordée, cette Cour ne refusera que rarement d'examiner le pourvoi au fond, mais elle a indubitablement le pouvoir de le faire . . . [p. 742]

Il s'agit de l'un des rares cas où les intérêts de la justice justifient le refus d'examiner le pourvoi au fond.

[131] Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvoi formé contre la motion en annulation de l'interdiction de publication accueilli. Pourvoi formé contre l'interdiction de publication ajourné sine die. La juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : MLT Aikins, Winnipeg; Société Radio-Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé Stanley Frank Ostrowski : Strosberg Sasso Sutts, Windsor; Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs des intimés B.B., conjointe de feu M.D., et J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D. : Robert Gosman Law Corporation, Winnipeg.

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

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

Procureurs des intervenants Centre for Free Expression, l'Association canadienne des journalistes, Médias d'Info Canada et Guilde canadienne des médias/Syndicat des communications d'Amérique/Canada : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association : Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.