

**Durham Regional Crime Stoppers Inc. and
Keenan Corner** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. DURHAM REGIONAL CRIME
STOPPERS INC.**

2017 SCC 45

File No.: 37052.

2017: January 20; 2017: September 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and
Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR
COURT OF JUSTICE

Criminal law — Evidence — Informer privilege — Anonymous informer — Whether informer privilege applies to anonymous tip made to Crime Stoppers by caller with intention of interfering with administration of justice — Procedure for court to follow when Crown challenges claim of informer privilege over anonymous tip made to Crime Stoppers.

Following a fatal shooting, Crime Stoppers received an anonymous tip from a caller. The caller reported that on the day of the shooting he observed four men in the backyard of a house neighbouring on the crime scene and that he then saw the men drive to a lake where they threw things into the water. Soon after the call, C was charged with second degree murder for the shooting. The Crown brought a pre-trial application to introduce evidence of the anonymous tip. The Crown maintained that the call was made by C to divert attention away from himself during the police investigation. C denied making the call. In addition, he and Crime Stoppers submitted that the call was covered by informer privilege. The application judge, at an *in camera* hearing, found that informer

**Durham Regional Crime Stoppers Inc. et
Keenan Corner** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DURHAM REGIONAL CRIME
STOPPERS INC.**

2017 CSC 45

N° du greffe : 37052.

2017 : 20 janvier; 2017 : 22 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown
et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE
DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur de police — Dénonciateur anonyme — Le privilège de l'indicateur de police s'applique-t-il à une dénonciation anonyme faite à Échec au crime par une personne qui téléphone avec l'intention d'entraver l'administration de la justice? — Quelle procédure les tribunaux doivent-ils adopter lorsque le ministère public conteste la revendication du privilège de l'indicateur de police relativement à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?

À la suite d'une fusillade mortelle, Échec au crime a reçu par téléphone une dénonciation anonyme. L'individu qui a fait l'appel a rapporté que, le jour de la fusillade, il a observé quatre hommes dans la cour arrière d'une maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime et qu'il les a ensuite vus se rendre en voiture jusqu'à un lac où ils ont jeté des objets dans l'eau. Peu après l'appel, C a été accusé de meurtre au second degré relativement à la fusillade. Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme. Le ministère public maintenait que l'appel téléphonique avait été fait par C pour détourner l'attention de sa personne durant l'enquête de la police. C a nié être l'auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime

privilege did not apply. His ruling was appealed to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

The informer privilege rule is a common law rule of long standing and is particularly important in the context of anonymous informers. Apart from the innocence at stake exception, the informer privilege rule is absolute. It therefore acts as a complete bar on the disclosure of the informer's identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it. However, informer privilege cannot be interpreted to apply where it would compromise the very objectives that justify its existence, namely: furthering the interests of justice and the maintenance of public order. It follows that informer privilege does not exist where a person has contacted Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In such circumstances, shielding this person's identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege's objectives.

In cases where the Crown alleges that informer privilege does not apply to a Crime Stoppers tip because the caller acted with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, the onus rests with the Crown to show, on a balance of probabilities, that the person made the tip with the requisite intention such that he or she is excluded from the scope of the privilege. This intention requires a heightened mental element and involves a high degree of moral blameworthiness. It is a high bar to meet, and in the vast majority of cases, informer privilege will apply to an anonymous tip made to Crime Stoppers.

When a judge is determining whether informer privilege applies to an anonymous tip made to Crime Stoppers, he or she must proceed on the assumption that the privilege exists. Accordingly, where the Crown challenges the validity of a privilege claim over a tip, the court must consider whether privilege in fact exists at an *in camera* hearing. The assumption that privilege exists

ont affirmé que l'appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. Lors d'une audience tenue à huis clos, le juge de première instance a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas. Sa décision a été portée en appel devant la Cour en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Il s'applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Il crée donc une interdiction absolue de révéler l'identité de l'indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter. Toutefois, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu'il s'applique lorsqu'il irait à l'encontre des objectifs mêmes qui en justifient l'existence, soit promouvoir l'intérêt de la justice et favoriser le maintien de l'ordre public. Le privilège de l'indicateur n'existe pas lorsqu'une personne téléphone à Échec au crime avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Dans de telles circonstances, mettre l'identité de la personne en question à l'abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d'être.

Dans les cas où le ministère public soutient que le privilège ne s'applique pas à une dénonciation faite auprès d'Échec au crime parce que l'individu qui a téléphoné a agi avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l'intention requise lorsqu'il a fait sa dénonciation, de sorte qu'il ne peut bénéficier du privilège. Cette intention requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Il est difficile d'établir cette intention et dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s'applique à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime.

Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d'une revendication de privilège portant sur une dénonciation anonyme, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d'une audience à huis

also means that this *in camera* hearing will likely require an *ex parte* proceeding, in which the accused and defence counsel are excluded. In order to protect the interests of accused persons, the judge should adopt all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Further, the judge may review the record of the tip to determine whether informer privilege exists. Whether the privilege exists will often turn on what the caller said, and whether it conveyed an intention to further criminal activity or interfere with the administration of justice.

When the Crown brings an application to introduce evidence of an anonymous tip over which privilege has been claimed, this may result in significant costs to the trial process and the probative value of the evidence may be marginal. Therefore, it may make sense for the application judge to require a preliminary *in camera* showing by the Crown in support of its claim that the evidence is admissible, before proceeding to a determination of whether informer privilege exists. This may involve the Crown being required to outline the basis upon which it is alleging that informer privilege does not apply; the Crown being required to demonstrate that there is a realistic prospect that the probative value of the evidence will outweigh its prejudicial effect; or both. The preliminary *in camera* showing will likely need to be heard *ex parte*. The application judge, however, retains a wide discretion when it comes to procedure and a reasonable determination in that regard should be accorded considerable deference.

In this case, it was reasonable for the application judge to find, on a balance of probabilities, that C had made the call and that he had done so with the intention of diverting attention away from himself during the investigation. This was well-supported by the evidence. The application judge therefore did not err in concluding that the tip was excluded from the scope of informer privilege. In addition, the procedure followed by the application judge was reasonable. The judge held an *in camera* hearing to determine whether informer privilege applied. There was no

clos, si le privilège existe effectivement. La présomption de l'existence d'un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte*, soit en l'absence de l'accusé et de son avocat. Afin de protéger les intérêts de l'accusé, le juge devrait adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. En outre, le juge pourrait consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. L'existence du privilège dépend dans bien des cas des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice.

La présentation d'une requête par le ministère public en vue d'être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l'objet d'une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s'avérer négligeable. En conséquence, avant qu'il ne se prononce sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu'il présente, au cours d'une audience à huis clos, des observations et des éléments de preuve préliminaires au sujet de l'admissibilité de la preuve. Le ministère public pourrait alors avoir à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas; il pourrait avoir à démontrer l'existence d'une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l'emporte sur leur effet préjudiciable; ou il pourrait avoir à faire les deux. L'exposé et la démonstration faits à huis clos devront vraisemblablement avoir lieu dans le cadre d'une audience *ex parte*. Le juge de première instance conserve toutefois un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l'instance et l'on doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de toute décision raisonnable qu'il rend à ce sujet.

En l'espèce, il était raisonnable que le juge de première instance conclue, selon la prépondérance des probabilités, que C était l'auteur de l'appel téléphonique et qu'il avait fait cet appel dans le but de détourner l'attention de sa personne durant l'enquête de la police. Cette conclusion était bien étayée par la preuve. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en concluant que la dénonciation était exclue du champ d'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Qui plus est, la procédure suivie par le juge de première instance était

need for an *ex parte* proceeding because the Crown had earlier disclosed the tip to the defence. The Crown, however, should not have disclosed it because informer privilege is not a matter of discretion for the Crown, the police or the courts to apply. In addition, the judge reasonably determined that he could view the record of the tip to determine whether informer privilege existed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

Authors Cited

Paciocco, David M. “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (McKelvey J.), No. 15/13823, April 14, 2016, that informer privilege did not apply to the Crime Stoppers tip in this case. Appeal dismissed.

raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait. Aucune audience *ex parte* n’était nécessaire, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense. Toutefois, le ministère public n’aurait pas dû communiquer cette information parce que l’application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. En outre, le juge de première instance a raisonnablement conclu qu’il pouvait examiner le dossier de dénonciation pour juger de l’existence du privilège relatif aux indicateurs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 139.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).

Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of “Post-Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge McKelvey), n° 15/13823, 14 avril 2016, portant que le privilège de l’indicateur de police ne s’appliquait pas à la dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime dans le présent cas. Pourvoi rejeté.

Robert S. Gill and Michelle E. Booth, for the appellant Durham Regional Crime Stoppers Inc.

Jennifer Penman and Karen Heath, for the appellant Keenan Corner.

Susan Magotiaux and Mabel Lai, for the respondent.

Bradley Reitz and François Lacasse, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] The informer privilege rule is a common law rule of long standing — and it is fundamentally important to the criminal justice system. Informers play a critical role in law enforcement by providing police with information that is otherwise difficult or impossible to obtain. By protecting the identity of individuals who supply information to the police — and encouraging others to do the same — informer privilege greatly assists the police in the investigation of crime and the protection of the public. Subject to the innocence at stake exception, the privilege acts as a complete bar on the disclosure of the informer’s identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it.

[2] The primary issue raised by this appeal is whether informer privilege exists where a caller makes an anonymous tip to Crime Stoppers with the intention of interfering with the administration of justice. A secondary issue concerns the procedure to be followed when the Crown challenges a claim of

Robert S. Gill et Michelle E. Booth, pour l’appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc.

Jennifer Penman et Karen Heath, pour l’appelant Keenan Corner.

Susan Magotiaux et Mabel Lai, pour l’intimée.

Bradley Reitz et François Lacasse, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance capitale dans notre système de justice pénale. Les indicateurs de police jouent un rôle essentiel en matière de lutte contre les infractions, parce qu’ils fournissent à la police des informations qu’il serait autrement pour elle difficile, voire impossible, à obtenir. En protégeant l’identité des personnes qui communiquent des informations à la police — et en encourageant d’autres à en faire autant —, le privilège relatif aux indicateurs de police s’avère d’une grande utilité pour les policiers dans le cadre de leurs enquêtes criminelles et de leur mission de protection du public. Sous réserve de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l’identité de l’indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter.

[2] La principale question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police existe lorsqu’une personne téléphone à Échec au crime pour faire une dénonciation anonyme avec l’intention d’entraver l’administration de la justice. La Cour est également

informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers.

II. Factual and Procedural Background

[3] The anonymous tip in this case concerned the fatal shooting of Shabir Niazi on February 19, 2014. That same day, Keenan Corner, one of the appellants, made a statement to the police indicating that three men were responsible for the shooting of Mr. Niazi. He later gave the police a second statement to that effect. Mr. Corner became a suspect in the shooting and was placed under police surveillance.

[4] About a week after the shooting, Officer Edwards, the Crime Stoppers Coordinator for Durham Regional Police, received an anonymous tip. The caller reported that on the day of the shooting, he was on the back porch of a house and could see into the backyard of another house neighbouring on the crime scene. There, he observed four men, whom he proceeded to describe. He reported that the four men waited near the crime scene for five to ten minutes before getting into a car and driving to a lake. At the lake, the men got out of the car and began throwing things into the water. Following Crime Stoppers' standard practice, the call was not recorded and no effort was made to trace its source. Officer Edwards entered the information from the caller into a tip sheet and then gave the sheet to investigators at the Durham Regional Police Major Crime Unit.

[5] A few days after Crime Stoppers received the anonymous tip, Mr. Corner was charged with the second degree murder of Mr. Niazi. During pre-trial proceedings, Mr. Corner acknowledged that he was the person who shot Mr. Niazi and that he had acted alone. He further advised that he would be relying on the defence of self-defence at trial.

appelée à se pencher sur une question secondaire, celle de la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police qui porte sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime.

II. Contexte factuel et procédural

[3] En l'espèce, la dénonciation anonyme concernait la fusillade qui avait coûté la vie à Shabir Niazi le 19 février 2014. Le même jour, Keenan Corner, un des appelants, a fait une déclaration à la police dans laquelle il indiquait que trois hommes étaient responsables du meurtre de M. Niazi. Par la suite, il a fait une seconde déclaration similaire aux policiers. M. Corner est devenu un des suspects du meurtre et a été mis sous surveillance policière.

[4] Environ une semaine après la fusillade, l'agente Edwards — coordinatrice de Crime Stoppers pour les services policiers régionaux de Durham (« Échec au crime ») — a reçu une dénonciation anonyme. L'individu qui lui a parlé au téléphone a raconté que, le jour de la fusillade, il se trouvait sur le perron arrière d'une maison, d'où il pouvait voir la cour d'une autre maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime. Ce dénonciateur a observé quatre hommes, dont il a ensuite donné la description. Il a expliqué que les quatre hommes avaient attendu entre cinq et dix minutes près des lieux du crime avant de monter à bord d'une voiture et de se diriger vers un lac. Une fois arrivés au lac, les hommes sont sortis de la voiture et ont commencé à jeter des objets dans l'eau. Conformément à la pratique courante d'Échec au crime, l'appel n'a pas été enregistré et aucune démarche n'a été entreprise pour retracer la source. L'agente Edwards a inscrit les informations qu'elle avait reçues de l'indicateur sur une fiche de dénonciation, qu'elle a ensuite remise aux enquêteurs de l'unité des crimes majeurs de la police régionale de Durham.

[5] Quelques jours après qu'Échec au crime eut reçu la dénonciation anonyme, M. Corner a été accusé du meurtre au second degré de M. Niazi. Lors des procédures préalables au procès, M. Corner a reconnu avoir abattu M. Niazi et avoir agi seul. Il a également annoncé qu'il invoquerait la légitime défense au procès.

[6] The Crown brought a pre-trial application seeking to introduce evidence of the anonymous tip made to Crime Stoppers. Prior to any rulings being made by the application judge, the Crown disclosed to the defence the anonymous tip and all relevant information about it in its possession. The Crown maintained that the call was made by Mr. Corner to divert attention away from himself in the police investigation. It sought to use the call at trial as evidence relevant to Mr. Corner's general credibility: see the reasons of the application judge at A.R. (Crime Stoppers), vol. I, at p. 3. Mr. Corner denied making the call. In addition, he and Crime Stoppers submitted that the call was covered by informer privilege. In response, the Crown asserted that informer privilege did not apply to the tip.

[7] The application judge, McKelvey J. of the Ontario Superior Court of Justice, determined that the question of whether informer privilege applied to the tip should be decided at an *in camera* hearing: Decision No. 15/13823, April 14, 2016. He ruled that Mr. Corner and his counsel could be present at the hearing because the Crown had earlier disclosed the tip to the defence. However, since Mr. Corner denied having made the call to Crime Stoppers, it did not lie with him to advance a claim of privilege over the tip. In view of this, the application judge permitted counsel for Crime Stoppers to advance a claim of privilege and make submissions at the hearing in a role akin to that of *amicus curiae*. In the result, he found that Mr. Corner had made the call and that he had done so with the intention of diverting attention away from himself in the police investigation. It followed, in his view, that informer privilege did not apply to the tip because its application would, in the circumstances, undermine the objectives which underlie the privilege.

[6] Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime. Avant que le juge de première instance ne rende quelque décision que ce soit, le ministère public a divulgué à la défense la dénonciation anonyme ainsi que tous les renseignements pertinents qu'il avait en sa possession à ce sujet. Le ministère public maintenait que l'appel téléphonique avait été fait par M. Corner pour détourner l'attention de l'enquête de la police de sa personne. Le ministère public a tenté de se servir de l'appel téléphonique comme élément de preuve lors du procès pour attaquer de façon générale la crédibilité de M. Corner : voir les motifs du juge de première instance, d.a. (Échec au crime), vol. I, p. 3. M. Corner a nié être l'auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime ont affirmé que l'appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. En réponse, le ministère public a fait valoir que ce privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation.

[7] Selon le juge de première instance, le juge McKelvey de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s'appliquait ou non à la dénonciation devait être tranchée dans le cadre d'une audience à huis clos : décision n° 15/13823, 14 avril 2016. Puisque le ministère public avait déjà divulgué la dénonciation à la défense, le juge McKelvey a précisé que M. Corner et son avocat pouvaient être présents à l'audience. Toutefois, comme M. Corner niait avoir fait l'appel téléphonique à Échec au crime, il ne lui revenait pas de revendiquer le privilège sur la dénonciation. Le juge a donc autorisé l'avocat d'Échec au crime à s'en charger et à présenter des observations à l'audience dans un rôle s'apparentant à celui d'un *amicus curiae*. En définitive, le juge de première instance a conclu que M. Corner était l'auteur de l'appel téléphonique et qu'il avait fait cet appel pour détourner l'attention de l'enquête de la police de sa personne. Il s'ensuivait, selon le juge de première instance, que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas à la dénonciation parce que, dans les circonstances, l'appliquer minerait les objectifs sur lesquels il repose.

[8] Crime Stoppers appealed the application judge's ruling to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. The Crown takes no issue with Crime Stoppers' standing to bring this appeal in the circumstances.

[9] For reasons that follow, I would dismiss the appeal. As regards the primary issue, the application judge excluded the tip from the scope of informer privilege on the basis that Mr. Corner made the call to Crime Stoppers in order to divert attention away from himself in a police investigation. In my view, he did not err in doing so. Informer privilege does not exist where a person has contacted Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice.¹ In such circumstances, shielding this person's identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege's objectives. Accordingly, I would vacate the following portions of the judgment on the application for leave to appeal issued by this Court on October 20, 2016: (1) the publication ban on Mr. Corner's name and all information identifying the source of the anonymous tip and (2) the sealing order on the materials filed by the parties.

[10] With respect to the secondary issue, I am satisfied that the procedure followed by the application judge was reasonable. That said, this case provides the Court with an opportunity to clarify the procedure that should be followed and the safeguards that can be put in place when the Crown challenges the applicability of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers.

¹ The issue of an informer who engages in criminal activity for the purpose of assisting a legitimate police investigation or operation is not before us: see *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303 (Que. C.A.), at pp. 329-30.

[8] Échec au crime a interjeté appel devant la Cour de la décision du juge de première instance en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26. Le ministère public ne conteste pas la qualité d'Échec au crime pour interjeter appel en l'espèce.

[9] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En ce qui concerne la question principale, le juge de première instance a exclu la dénonciation du champ d'application du privilège relatif aux indicateurs de police en se fondant sur le fait que M. Corner a téléphoné à Échec au crime pour détourner l'attention de sa personne dans le contexte d'une enquête policière. À mon avis, ce faisant il n'a pas commis d'erreur. Le privilège de l'indicateur n'existe pas lorsqu'une personne téléphone à Échec au crime avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice¹. Dans de telles circonstances, mettre l'identité de la personne en question à l'abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d'être. En conséquence, je suis d'avis d'annuler les portions suivantes du jugement sur la demande d'autorisation d'appel rendu par la Cour le 20 octobre 2016 : (1) l'ordonnance de non-publication du nom de M. Corner et de toute information qui permettrait d'identifier la source de la dénonciation anonyme et (2) l'ordonnance de mise sous scellés visant la documentation déposée par les parties.

[10] En ce qui concerne la question secondaire, je suis d'avis que la procédure suivie par le juge de première instance était raisonnable. Cela étant, la présente affaire offre à la Cour l'occasion de clarifier la procédure qui devrait être suivie, ainsi que les garanties qui peuvent être mises en place lorsque le ministère public conteste l'applicabilité du privilège relatif aux indicateurs de police dans le cas d'une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime.

¹ Nous ne sommes pas saisis de la question relative à un indicateur qui s'adonne à une activité criminelle pour contribuer à une enquête ou à une opération policière légitime : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 911-912.

III. Issues

- [10a] 1. Does informer privilege apply to the anonymous tip made to Crime Stoppers in this case?
2. What is the procedure to be followed by a court when the Crown challenges a claim of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers?

IV. Analysis

A. *Does Informer Privilege Apply to the Anonymous Tip Made to Crime Stoppers in This Case?*

- (1) The Underlying Rationales of the Informer Privilege Rule

[11] Informer privilege is a common law rule that prohibits the disclosure of an informer's identity in public or in court. As a class privilege, informer privilege is not determined on a case-by-case basis. It exists where a police officer, in the course of an investigation, guarantees confidentiality to a prospective informer in exchange for information: *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 36; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 105. The privilege acts as “a complete and total bar” on any disclosure of the informer's identity, subject only to the innocence at stake exception: *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 30. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege: *ibid.* The privilege belongs both to the Crown and to the informer and neither can waive it without the consent of the other: *ibid.*, at para. 25.

[12] As with all privileges, informer privilege is granted in the public interest. Informers pass on

III. Questions en litige

- [10a] 1. Le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique-t-il à la dénonciation anonyme faite en l'espèce auprès d'Échec au crime?
2. Quelle procédure le tribunal doit-il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?

IV. Analyse

A. *Le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique-t-il à la dénonciation anonyme faite en l'espèce auprès d'Échec au crime?*

- (1) La raison d'être du principe du privilège relatif aux indicateurs de police

[11] Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui interdit de divulguer l'identité de l'indicateur tant au public qu'au tribunal. À titre de privilège générique, celui relatif aux indicateurs de police n'est pas jugé au cas par cas. Il existe lorsque, dans le cadre de son enquête, un policier garantit à un éventuel indicateur la confidentialité en échange de renseignements : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 36; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 105. Le privilège a pour effet d'interdire de façon absolue toute divulgation de l'identité de l'indicateur, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 30. Ce privilège assure la protection de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur : *ibid.* Le privilège appartient à la fois au ministère public et à l'indicateur et ni l'un ni l'autre ne peut y renoncer sans le consentement de l'autre : *ibid.*, par. 25.

[12] Comme pour tout autre privilège, celui relatif aux indicateurs de police est accordé dans l'intérêt

useful information to the police which may otherwise be difficult or even impossible to obtain. They thus play a critical role in the investigation of crime and the apprehension of criminals. The police and the criminal justice system rely on informers — and society as a whole benefits from their assistance: see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 9; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 30. In fulfilling this important role, informers often face the risk of retribution from those involved in criminal activity: *Leipert*, at para. 9. Accordingly, informer privilege was developed to protect the identity of citizens who provide information to law enforcement: *ibid.* By protecting those who assist the police in this manner — and encouraging others to do the same — the privilege furthers the interests of justice and the maintenance of public order: see *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303 (Que. C.A.), at p. 328, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi. As this Court noted in *Bisaillon*:

The public interest which requires secrecy regarding police informers' identity is the maintenance of an efficient police force and an effective implementation of the criminal law. [p. 97]

Likewise, in *Named Person*, LeBel J., writing in dissent, but not on this point, stated that

the social justification for this privilege was found in the need to ensure performance of the policing function and maintenance of law and order. [Citation omitted; para. 111.]

[13] Informer privilege is particularly important in the context of anonymous informers. In *Leipert*, this Court noted that preserving the anonymity of callers to Crime Stoppers and other public service organizations working to combat crime is critical to the effectiveness of law enforcement:

public. Les indicateurs transmettent à la police des informations utiles qui seraient autrement difficiles pour elle, voire impossibles, à d'obtenir. Ils jouent donc un rôle crucial dans les enquêtes sur le crime et l'apprehension des criminels. La police et le système de justice pénale comptent sur les indicateurs, et la société dans son ensemble bénéficie de leur assistance : voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 30. Lorsqu'ils exercent ce rôle important, les indicateurs courent souvent le risque de subir des représailles de la part des individus impliqués dans des activités criminelles : *Leipert*, par. 9. Le privilège relatif aux indicateurs de police a donc été conçu pour protéger l'identité des citoyens qui fournissent des informations aux forces de l'ordre : *ibid.* En protégeant ceux qui aident ainsi la police — et en encourageant d'autres à le faire —, ce privilège sert l'intérêt de la justice et le maintien de l'ordre public : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 910-911, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi. Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Bisaillon* :

L'intérêt public qui impose le secret relatif à l'identité de l'indicateur de police est le maintien d'un service de police efficace et l'application effective des lois criminelles. [p. 97]

Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel, qui était dissident, mais non sur ce point, a déclaré que

la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d'assurer l'exécution de la fonction policière et le maintien de l'ordre public. [Référence omise; par. 111.]

[13] Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Dans l'arrêt *Leipert*, la Cour a fait observer qu'il était essentiel de protéger l'anonymat de quiconque communique par téléphone avec Échec au crime ou d'autres organismes publics voués à la lutte contre le crime pour garantir l'efficacité du travail des forces de l'ordre :

It is the promise of anonymity which allays the fear of criminal retaliation which otherwise discourages citizen involvement in reporting crime. In turn, by guaranteeing anonymity, Crimestoppers provides law enforcement with information it might never otherwise obtain.

(Para. 11, quoting *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987), at p. 563.)

In *Leipert*, the Court recognized that informer privilege may apply where an anonymous tip is made to Crime Stoppers.

[14] Informer privilege is of such fundamental importance to the criminal justice system and to society at large that it is “near-absolute” and is subject to only the innocence at stake exception: *Basi*, at para. 37; *Barros*, at para. 1. This exception provides that where disclosure of the informer’s identity is necessary to show the innocence of an accused, the informer’s identity can be disclosed for that limited purpose: *Leipert*, at para. 20. Our abhorrence of wrongful convictions requires no less. As such, the right of an accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt takes precedence over protecting an informer’s identity: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 995-96.

[15] Apart from the innocence at stake exception, the informer privilege rule is absolute. Courts must give effect to it and are not entitled to balance the benefit of the privilege against countervailing considerations: *Leipert*, at paras. 12-13. Through informer privilege, the law recognizes that the public interest in protecting the identity of informants prevails over other policy concerns: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 302. The police, the Crown and courts are bound by the rule and are under a duty to protect the informer’s identity: *Barros*, at para. 37.

C’est la promesse d’anonymat qui dissipe la crainte de représailles criminelles qui, autrement, dissuaderait les citoyens de signaler des crimes. Par contre, en garantissant l’anonymat, Échec au crime fournit aux autorités chargées d’appliquer la loi des renseignements qu’elles ne pourraient peut-être jamais obtenir autrement.

(Par. 11, citant l’arrêt *People c. Callen*, 194 Cal. App.3d 558 (1987), p. 563.)

Dans l’arrêt *Leipert*, la Cour a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police pouvait s’appliquer lorsqu’une dénonciation anonyme était faite auprès d’Échec au crime.

[14] Le privilège relatif aux indicateurs de police est à ce point important pour le système de justice pénale et pour la société en général qu’il est « quasi absolu » et ne souffre qu’une seule exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé : *Basi*, par. 37; *Barros*, par. 1. Cette exception prévoit que, lorsqu’il est nécessaire de divulguer l’identité de l’indicateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, elle peut être révélée à cette seule fin limitée : *Leipert*, par. 20. Notre aversion à condamner un innocent n’en exige pas moins. Ainsi, le droit de l’accusé de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable l’emporte sur la protection de l’identité de l’indicateur : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 995-996.

[15] Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Les tribunaux doivent l’appliquer et ils ne peuvent soupeser l’avantage qui en découle en tenant compte de facteurs compensatoires : *Leipert*, par. 12-13. Au moyen du privilège relatif aux indicateurs de police, le droit reconnaît que l’intérêt qu’a le public à protéger l’identité des indicateurs l’emporte sur toute autre considération de principe : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 302. La police, le ministère public et les tribunaux sont liés par ce privilège et ils sont tenus de protéger l’identité des indicateurs : *Barros*, par. 37.

(2) The Scope of Informer Privilege(a) *The Scope of Informer Privilege Is Limited by Its Underlying Rationales*

[16] Mr. Corner and Crime Stoppers submit that all persons who call Crime Stoppers are confidential informers and are entitled to informer privilege. They assert that the “privilege attaches automatically: literally, as soon as the phone rings”: A.F. (Crime Stoppers), at para. 54. I would not give effect to this submission. As I will explain, informer privilege does not apply where a person has made a communication to Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In such circumstances, unlike a claim of innocence at stake which is treated as an *exception* to a communication that otherwise comes within the scope of informer privilege, a communication in furtherance of criminality is excluded from the scope of informer privilege.

[17] The scope of informer privilege is limited by its underlying rationales. As Binnie J. noted in *Barros*, “it is important not to extend [the privilege’s] scope beyond what is necessary to achieve its purpose of protecting informers and encouraging individuals with knowledge of criminal activities to come forward to speak to the authorities”: para. 28. In other words, informer privilege cannot be interpreted to apply where it would compromise the very objectives that justify its existence. As indicated, informer privilege is granted in the public interest, to assist the police in the investigation of crime and the apprehension of criminals — and thus to further the interests of justice and the maintenance of public order. Where someone acts with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice — for example, by making a call to Crime Stoppers with the intention of misleading the police in a criminal investigation

(2) La portée du privilège relatif aux indicateurs de policea) *La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée*

[16] M. Corner et Échec au crime affirment que tous ceux qui téléphonent à Échec au crime sont des indicateurs confidentiels et ont droit au privilège relatif aux indicateurs de police. Ils affirment que [TRANSDUCTION] « le privilège s’applique automatiquement, littéralement, dès que le téléphone sonne » : m.a. (Échec au crime), par. 54. Je ne retiens pas cet argument. Comme je vais l’expliquer, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique pas lorsqu’une personne communique avec Échec au crime avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. En pareil cas, à la différence de la revendication de privilège fondée sur la démonstration de l’innocence de l’accusé — laquelle est considérée comme une *exception* qui s’applique à une communication visée par ailleurs par le champ d’application du privilège relatif aux indicateurs de police —, la communication qui vise à faciliter une activité criminelle est exclue de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police.

[17] La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée. Ainsi que le juge Binnie l’a souligné dans l’arrêt *Barros*, « il est important de ne pas étendre [la] portée [du privilège] au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’il atteigne son objectif de protéger les indicateurs et [d’]inciter les personnes au courant d’activités criminelles [à] en parler aux autorités » : par. 28. En d’autres termes, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu’il s’applique lorsqu’il irait à l’encontre des objectifs mêmes qui en justifient l’existence. Comme je l’ai déjà expliqué, ce privilège est octroyé dans l’intérêt du public, pour aider la police dans les enquêtes qu’elle mène au sujet de crimes et dans l’appréhension des criminels — il sert donc l’intérêt de la justice et favorise le maintien de l’ordre public. Lorsque quelqu’un agit avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice — par exemple,

— shielding this person’s identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege’s objectives. Informer privilege therefore does not arise in these circumstances, even though the person may have been promised confidentiality by law enforcement in exchange for information.

[18] This point was made persuasively by the Quebec Court of Appeal in *Hiscock*. In that decision, LeBel J.A., as he then was, considered whether informer privilege applied to wiretap evidence that consisted of recordings of conversations in which the accused, a police informer, discussed his narcotics business. The wiretap evidence was used at trial to convict the informer of trafficking and possession of narcotics. On appeal, the informer argued that the wiretap evidence was inadmissible because it was protected by informer privilege.

[19] Justice LeBel observed that informers often operate in morally grey zones and that people who engage in misconduct in the course of providing information to the police may still be entitled to informer privilege. In this regard, he referred to *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, a case in which a majority of this Court found that informer privilege applied to doctors and hospital employees, who had improperly obtained private medical information, because they had provided that information to the police for investigative purposes. Even though the doctors and the hospital employees had engaged in misconduct, protecting their identities did not undermine the objectives underlying informer privilege. Rather, their actions

en téléphonant à Échec au crime avec l’intention de lancer la police qui est en train de mener une enquête criminelle sur une fausse piste —, mettre son identité à l’abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, la raison d’être de ce dernier. Le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique donc pas en pareil cas, même si les forces de l’ordre ont pu promettre la confidentialité à la personne en cause en échange des renseignements communiqués.

[18] C’est ce que la Cour d’appel du Québec a expliqué de manière convaincante dans l’arrêt *Hiscock*. Dans cette affaire, le juge LeBel (plus tard juge de notre Cour) s’est penché sur la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait aux éléments de preuve qui avaient été recueillis par suite d’une mise sur écoute électronique et qui consistaient en des enregistrements de conversations au cours desquelles l’accusé, un indicateur de police, discutait de son commerce de stupéfiants. Les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique avaient été utilisés au procès afin de condamner l’indicateur pour trafic et possession de stupéfiants. En appel, l’indicateur a fait valoir que les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique n’étaient pas admissibles en preuve parce qu’ils étaient protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police.

[19] Le juge LeBel a noté que l’action de l’indicateur se situe souvent dans des marges grises sur le plan moral et que des individus qui commettent des actes répréhensibles pour fournir des informations à la police peuvent malgré tout avoir droit au privilège relatif aux indicateurs de police. À cet égard, il a cité l’arrêt *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, dans lequel les juges majoritaires de la Cour avaient conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait à des médecins et à des employés d’hôpitaux qui avaient obtenu de façon illégitime des renseignements médicaux privés, puisque ces personnes avaient transmis ces renseignements à la police pour faciliter son enquête. Même si les médecins et les employés

assisted police investigations and encouraged others in similar circumstances to do the same.

[20] By contrast, in *Hiscock*, the police informer was acting with the intention of furthering his own personal criminal activity. In these circumstances, Justice LeBel noted that interpreting informer privilege to exclude the wiretap evidence would

grant [the accused] a license to commit criminal offences solely in the interests of the accused. . . . If one were to accept [the accused's] argument, the privilege invoked would be completely diverted from its goal, since it was used for an end and interests which are contrary to those which justify it in Canadian public law. [p. 330]

[21] Likewise, in *Named Person*, LeBel J., in dissent, but not on this point, stated:

I concluded [in *Hiscock*] that the privilege should not be interpreted and applied so as to authorize the commission of criminal acts in the sole interest of the accused and therefore could not be used by the accused as they proposed to use it The opposite interpretation would have endorsed an abuse of the privilege, given its objective. [para. 111]

[22] I agree with Justice LeBel's observations in *Hiscock* and *Named Person*. In sum, informer privilege does not arise where the person is engaging in conduct which is intended to further criminal activity or interfere with the administration of justice, even if this person has received a promise of confidentiality from police in exchange for information. And in the context of an anonymous tip to Crime Stoppers, the privilege will not avail in circumstances in which a caller provides a tip with the intention of misleading the police — thus effectively obstructing justice — nor where a person engages

d'hôpitaux s'étaient mal conduits, la protection de leur identité ne compromettrait pas les objectifs qui sous-tendent le privilège relatif aux indicateurs de police. Les actes qui leur étaient reprochés avaient en réalité facilité le travail d'enquête des policiers et avaient incité d'autres personnes se trouvant dans une situation semblable à agir eux aussi comme indicateurs.

[20] En revanche, dans l'affaire *Hiscock*, l'indicateur de police avait agi avec l'intention de faciliter sa propre activité criminelle. Dans ces conditions, le juge LeBel a souligné que si on interprétait le privilège de l'indicateur de telle sorte que les éléments de preuve recueillis grâce à l'écoute électronique soient exclus, cela reviendrait à

accorder [à l'accusé] une licence de commettre des actes criminels dans le seul intérêt du prévenu. [. . .] Si l'on acceptait l'argument [de l'accusé], le privilège que l'on invoque se trouverait complètement détourné de sa finalité, puisque utilisé pour une fin et des intérêts contraires à ceux qui le justifient dans le droit public canadien. [p. 912]

[21] De même, dans l'arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel — qui était dissident, mais non sur ce point — a déclaré ce qui suit :

J'ai conclu [dans l'arrêt *Hiscock*] que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d'actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu'ils proposaient de le faire [. . .] L'interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif. [par. 111]

[22] Je souscris aux observations formulées par le juge LeBel dans les arrêts *Hiscock* et *Personne désignée*. En somme, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'applique pas lorsque l'intéressé se livre à des actes avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice, et ce, même s'il a reçu des policiers la promesse que la confidentialité lui serait assurée en échange des renseignements communiqués. Ainsi, dans le contexte d'une dénonciation anonyme faite à Échec au crime, le privilège ne s'applique pas lorsque le dénonciateur qui téléphone est motivé par

in criminal activity solely in his or her personal interest, as was the case in *Hiscock*.

[23] The existence of the privilege in these circumstances would allow people who are acting to subvert the law to shield their identity behind a near absolute form of legal protection. These individuals are not confidential informers and should not have the benefit of the privilege. They are excluded from its scope. If privilege was found to exist in these circumstances, it might encourage others to engage in similar conduct, knowing that they too could shelter behind the privilege. This would constitute an abuse of a privilege that is designed to assist the police in their investigative work and the enforcement of the criminal law. In short, it would turn the principle on its head.

(b) *The Scope of Solicitor-Client Privilege Is Also Limited by Its Underlying Purposes*

[24] In excluding persons who act with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, informer privilege is consistent with another class privilege: solicitor-client privilege. This privilege arises from a “communication between a lawyer and the client where the latter seeks lawful legal advice”: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 36. Solicitor-client privilege is designed to facilitate the administration of justice by encouraging clients to speak freely to their lawyers, so that lawyers can advise clients to the best of their abilities: see *McClure*, at para. 33.

[25] Not all communications between a client and his or her lawyer, however, are covered by solicitor-client privilege: see *McClure*, at para. 36. For privilege to apply, the communications must be made for

l’intention d’induire les policiers en erreur — entravant donc en fait la justice —, ni lorsque l’individu se livre à des activités criminelles uniquement dans son intérêt personnel, comme c’était le cas dans l’affaire *Hiscock*.

[23] Si l’on accordait en pareilles circonstances le privilège relatif aux indicateurs de police à des individus qui cherchent à contourner la loi, on leur permettrait de protéger leur identité en la faisant bénéficier d’une protection légale presque absolue. Ces individus ne sont pas des indicateurs confidentiels et ils ne devraient pas pouvoir bénéficier du privilège. Ils sont exclus de son champ d’application. Qui plus est, si l’on concluait à l’existence du privilège en pareilles circonstances, on pourrait inciter d’autres personnes à agir de la même façon en sachant qu’elles peuvent aussi se retrancher derrière le privilège. Cela constituerait un abus d’un privilège qui est censé aider les policiers dans leur travail d’enquête et de répression du crime. Bref, on le dénaturerait complètement.

(b) *La portée du privilège du secret professionnel de l’avocat est également limitée par sa raison d’être*

[24] Exclure les personnes qui agissent avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police est conforme à l’approche applicable à un autre privilège générique, celui du secret professionnel de l’avocat. Pour qu’une communication soit privilégiée, il doit s’agir d’une « communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 36. Le secret professionnel de l’avocat vise à faciliter l’administration de la justice en incitant les clients à parler librement à leur avocat, de manière à ce que celui-ci puisse les conseiller le mieux possible : *McClure*, par. 33.

[25] Or, les communications entre un avocat et son client ne sont pas toutes privilégiées : voir *McClure*, par. 36. En effet, seules les communications faites « dans le but légitime d’obtenir une aide

the “legitimate purpose of obtaining lawful professional advice or assistance”: *ibid.*, at para. 37. The privilege will not exist where the communications between a lawyer and a client “are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime”: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 55. As this Court noted in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 881, citing *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, at p. 167, the rule does not apply to these communications, because “the protection of such communications cannot possibly be otherwise than injurious to the interests of justice, and to those of the administration of justice”. In these circumstances, the relationship is no longer that of the client and the lawyer in “the ordinary scope of professional employment” — rather, it is between two co-conspirators or a person planning the commission of a crime and an “unwitting dupe”: *Campbell*, at para. 55, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 835-36. The application of the privilege to these communications would shelter the identity of persons who are seeking legal advice to facilitate the commission of crimes or conspiring to commit crimes. If solicitor-client privilege existed to protect such communications, “the result would be that a man intending to commit treason or murder might safely take legal advice for the purpose of enabling himself to do so with impunity”: *Cox and Railton*, at pp. 165-66.

[26] The rule of solicitor-client privilege thus recognizes that in exceptional circumstances — where communications between a lawyer and client are criminal or where legal advice is sought for the purpose of facilitating a crime — the privilege does not exist, because otherwise it would undermine the interests of justice and thus the very reason for granting the privilege in the first place. Likewise, informer privilege does not exist where it would compromise the underlying rationales for the rule.

ou des conseils professionnels licites » le sont : *ibid.*, par. 37. Ainsi, le privilège n'existe pas lorsque les communications entre l'avocat et son client « sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime » : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 55. Comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 881, citant l'arrêt *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, p. 167, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas à ces communications, parce que « [leur] confidentialité [. . .] ne pourrait que nuire aux intérêts de la justice et de son administration ». Dans ces conditions, les communications ne relèvent plus « de la portée ordinaire des secrets professionnels » entre un avocat et son client : il s'agit plutôt de communications entre deux complices ou entre un individu en train de planifier un crime et « une dupe » : *Campbell*, par. 55, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 835-836. L'application du privilège à ce type de communications protégerait l'identité des personnes qui sollicitent des conseils juridiques dans le but de faciliter la perpétration d'un crime ou de comploter pour commettre un crime. Si le privilège du secret professionnel de l'avocat existait pour protéger de telles communications, [TRADUCTION] « il s'ensuivrait que l'individu qui a l'intention de commettre une trahison ou un meurtre pourrait en toute sécurité consulter un avocat dans le but d'avoir le loisir de le faire en toute impunité » : *Cox and Railton*, p. 165-166.

[26] La règle relative au secret professionnel de l'avocat reconnaît donc que, dans certaines circonstances exceptionnelles — lorsque les communications entre l'avocat et son client sont d'ordre criminel ou que les conseils juridiques sont sollicités dans le but de faciliter la perpétration d'un crime —, le privilège n'existe pas parce qu'il nuirait aux intérêts de la justice, ce qui contreviendrait à sa raison d'être même. De même, le privilège relatif aux indicateurs de police n'existe pas lorsque le fait de l'octroyer compromettrait les raisons qui justifient son existence.

(c) *The Policy Concern About Chilling Effects*

[27] Crime Stoppers and Mr. Corner submit that if privilege does not automatically apply to anonymous tips made to Crime Stoppers, this will have a chilling effect on citizens who provide information to Crime Stoppers: A.F. (Crime Stoppers), at para. 78. The privilege must apply “as soon as the phone rings” at Crime Stoppers, otherwise callers who are misinformed about the details of suspects or events, or those who deliberately distort or disguise certain details to protect themselves, may be investigated by the police or exposed to the risk of criminal sanction: *ibid.*, at paras. 74 and 78. This, they say, will dissuade citizens from providing information to Crime Stoppers.

[28] With respect, I do not share their concern. In the case of anonymous tips made to Crime Stoppers, informer privilege will apply except in those cases where it can be shown that the person called with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. This is a high bar to meet. It requires a heightened mental element and involves a high degree of moral blameworthiness. Callers who are *bona fide* informers have no cause to be concerned about being excluded from the protection of the privilege. In the vast majority of cases, informer privilege will apply to a tip made to Crime Stoppers. Only those who possess the requisite intent need be concerned.

[29] Furthermore, informer privilege is not an absolute rule. As indicated, it is subject to one exception: where an accused’s innocence is at stake. Callers cannot know whether their identities will be disclosed through the innocence at stake exception, yet this has not been shown to deter people from providing information to Crime Stoppers. By contrast, where a person calls with an intention of furthering criminal activity or interfering with the

c) *Les considérations de principe au sujet des effets paralysants*

[27] Échec au crime et M. Corner soutiennent que, si le privilège ne s’applique pas automatiquement aux dénonciations anonymes faites auprès d’Échec au crime, il en résultera un effet paralysant pour les citoyens qui fournissent des renseignements à cet organisme : m.a. (Échec au crime), par. 78. Pour eux, le privilège doit s’appliquer « dès que le téléphone sonne » chez Échec au crime, faute de quoi ses interlocuteurs qui sont mal informés au sujet des détails relatifs aux suspects ou aux faits ou qui déforment ou omettent délibérément certains détails pour se protéger eux-mêmes risquent de faire l’objet d’enquêtes de la part de la police ou de se voir infliger des sanctions pénales : *ibid.*, par. 74 et 78. À leur avis, ces risques dissuaderaient les citoyens de fournir des renseignements à Échec au crime.

[28] En toute déférence, je ne partage pas leur appréhension. Dans le cas des dénonciations anonymes faites à Échec au crime, le privilège relatif aux indicateurs s’applique, sauf dans les cas où il est possible de démontrer que l’intéressé a téléphoné avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Il est difficile d’établir cette intention, qui requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Ceux qui téléphonent et qui sont des indicateurs de bonne foi n’ont aucune raison de craindre d’être exclus du champ d’application du privilège. D’ailleurs, dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s’applique à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime. Seules les personnes qui ont l’intention requise ont raison de craindre que le privilège ne s’applique pas à elles.

[29] Qui plus est, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas de façon absolue. Comme je l’ai déjà expliqué, il souffre une exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Or, ceux qui téléphonent ne peuvent savoir si leur identité sera révélée par suite de l’application de cette exception, et il n’a pas été démontré que cela dissuade certaines personnes de fournir des renseignements à Échec au crime. En revanche, lorsqu’une

administration of justice, informer privilege will not apply for precisely that reason — something entirely within the person’s control. Given that the innocence at stake exception has not been shown to deter callers, I fail to see how such an exclusion could have a deterrent effect on *bona fide* informers.

(d) *The Determination of Whether Informer Privilege Applies Is Made on a Balance of Probabilities*

[30] In *Basi*, this Court stated that “[i]n determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant”: para. 39. In cases such as this, where the Crown alleges that the privilege does not apply to a Crime Stoppers tip because the caller acted with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, the onus rests with the Crown to show, on a balance of probabilities, that the person made the tip with the requisite intention such that they are excluded from the scope of the privilege.

[31] To be clear, where it has been established that informer privilege *does* exist and the party is seeking to invoke the innocence at stake exception, the party must show that the evidence is necessary to the demonstration of the accused’s innocence: *Leipert*, at para. 21. This stringent threshold is warranted because the claim of privilege has been successful and the other party is seeking to limit or abridge its application.

personne téléphone avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas, précisément pour cette raison — ce qui relève entièrement de la volonté de la personne concernée. Puisqu’il n’a pas été établi que l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé dissuade ceux qui souhaitent fournir des renseignements à Échec au crime, je ne puis voir en quoi cette exclusion pourrait dissuader les indicateurs de bonne foi d’agir.

d) *La question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs s’applique est tranchée en fonction de la norme de la prépondérance des probabilités*

[30] Dans l’arrêt *Basi*, la Cour a affirmé que, « [l]orsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel » : par. 39. Dans des situations semblables à celle de la présente affaire, où le ministère public soutient que le privilège ne s’applique pas à une dénonciation faite auprès d’Échec au crime parce que l’individu qui a téléphoné a agi avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l’intention requise lorsqu’il a fait sa dénonciation, de sorte qu’il ne peut bénéficier du privilège.

[31] En termes clairs, lorsque l’existence du privilège relatif aux indicateurs *est* établie et que la partie au litige cherche à invoquer l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, cette partie doit établir que la preuve est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé : *Leipert*, par. 21. Ce seuil exigeant est justifié parce que l’existence du privilège a été établie et que l’autre partie cherche à en restreindre l’application.

(e) *Application to This Case*

[32] The application judge did not err in concluding that privilege did not apply to the Crime Stoppers tip. It was reasonable for the application judge to find, on a balance of probabilities, that Mr. Corner made the tip and that he did so to divert attention away from himself in a police investigation. This finding was well-supported by the following evidence, upon which the application judge relied:

1. The caller's report that the four men waited near the crime scene for five to ten minutes after the fatal shooting of Mr. Niazi was unlikely to be true;
2. Police examination of the area around the crime scene was inconsistent with the caller's report that he saw four male persons there;
3. Mr. Corner was observed by the police ending a call on a public pay phone around the same time the call to Crime Stoppers was terminated; and
4. There were significant similarities between Mr. Corner's statements to the police about three male persons at the crime scene — which he later admitted were false — and the descriptions of the four male persons given by the anonymous caller.

[33] In light of this evidence, I see no basis for interfering with the application judge's finding that Mr. Corner was the caller and that he made the call with the intention of interfering with the administration of justice. I would therefore uphold the application judge's decision that informer privilege does not apply to the tip.

e) *Application à la présente affaire*

[32] Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation reçue par Échec au crime. Il a conclu à raison, selon la prépondérance des probabilités, que M. Corner avait fait la dénonciation, et ce, afin de détourner l'attention de l'enquête policière de sa personne. Cette conclusion était bien étayée par les éléments de preuve suivants, sur lesquels s'est fondé le juge de première instance :

1. La déclaration du dénonciateur selon laquelle les quatre hommes ont attendu près des lieux du crime pendant cinq à dix minutes après que M. Niazi eut été tué par balle n'était probablement pas vraie;
2. L'examen par la police des abords des lieux du crime était incompatible avec la déclaration du dénonciateur selon laquelle il avait vu quatre personnes de sexe masculin là-bas;
3. La police a vu M. Corner alors qu'il terminait un appel téléphonique fait depuis un téléphone public payant vers l'heure à laquelle l'appel à Échec au crime a pris fin;
4. Des similitudes importantes existaient entre les déclarations que M. Corner a faites à la police au sujet de la présence de trois personnes de sexe masculin sur les lieux du crime — déclarations dont il a plus tard admis qu'elles étaient fausses — et la description des quatre hommes donnée par le dénonciateur anonyme.

[33] Eu égard à ces éléments de preuve, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Corner était celui qui a téléphoné et qu'il l'a fait avec l'intention d'entraver l'administration de la justice. En conséquence, je confirmerais la décision du juge de première instance selon laquelle le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas à la dénonciation.

B. *What Is the Procedure to Be Followed by a Court When the Crown Challenges a Claim of Privilege Over an Anonymous Tip?*

[34] The second issue concerns the procedure to be followed when the Crown challenges a claim of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers on the basis that the tip was made with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In this case, the Crown asserted that no privilege existed because it was Mr. Corner who made the call to Crime Stoppers and he did so with the intention of diverting the police investigation away from himself. In other cases, it may be the defence seeking to challenge the Crown's claim of privilege over an anonymous tip.² For present purposes, I propose to confine my comments to the procedure to be followed where the Crown brings the challenge.

(1) Proceeding *In Camera* and *Ex Parte*

[35] When a judge is determining whether informer privilege applies to an anonymous tip made to Crime Stoppers, he or she must proceed on the assumption that the privilege exists: *Basi*, at para. 44; *Named Person*, at para. 47. As this Court stated in *Basi*, “[n]o one outside the circle of privilege [the police, the Crown and the court] may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies”: para. 44. Accordingly, where the Crown challenges the validity of a privilege claim over an anonymous tip to Crime Stoppers, the court must consider whether

² For example, this could occur where the defence believes that privilege does not apply to a tip because it was made by a witness or a police officer with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice.

B. *Quelle procédure le tribunal doit-il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?*

[34] La deuxième question à trancher concerne la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs portant sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime au motif que cette dénonciation a été faite avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Dans la présente affaire, le ministère public a soutenu qu'il n'existait aucun privilège parce que c'est M. Corner qui a fait l'appel à l'organisation Échec au crime, et ce, avec l'intention de détourner l'enquête de la police de sa personne. Dans d'autres cas, il se peut que ce soit la défense qui cherche à contester la revendication de privilège faite par le ministère public à l'égard d'une dénonciation anonyme². Pour les besoins du présent pourvoi, j'ai l'intention de limiter mes commentaires à la procédure à suivre lorsque c'est le ministère public qui conteste le privilège.

(1) Instance à huis clos et *ex parte*

[35] Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe : *Basi*, par. 44; *Personne désignée*, par. 47. Ainsi que la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Basi*, « [n]ul en dehors du cercle du privilège [la police, le ministère public et la cour] ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique » : par. 44. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d'une revendication de privilège portant sur

² Il pourrait en être ainsi lorsque la défense croit que le privilège ne s'applique pas à une dénonciation, parce que celle-ci a été faite par un témoin ou par un agent de police qui avait l'intention d'ainsi faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice.

privilege in fact exists at an *in camera* hearing: *Basi*, at para. 38.

[36] The assumption that privilege exists also means that this *in camera* hearing will likely require an *ex parte* proceeding — in which the accused and defence counsel are excluded — to determine whether informer privilege applies to the tip. However, this Court has cautioned that *ex parte* proceedings raise serious concerns about procedural fairness, particularly in the context of criminal prosecutions: *Basi*, at para. 52. In order to protect the interests of accused persons, the judge should adopt

all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Trial judges have broad discretion to craft appropriate procedures in this regard.

(*ibid.*, at para. 55)

[37] In *Basi*, at paras. 56-58, Fish J. set out the several measures, summarized below, that application judges may wish to implement during an *ex parte* hearing being held *in camera*:

1. Permitting defence counsel to make submissions on the scope of informer privilege, such as who constitutes a confidential informer entitled to the privilege;
2. Inviting defence counsel to suggest questions to be put by the application judge to any witness that will be called at the *ex parte* proceeding;
3. Providing the defence with a redacted or a summarized version of some of the evidence presented *ex parte* after it has been edited to eliminate any possibility of disclosing the informer's identity; and

une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d'une audience à huis clos, si le privilège existe effectivement : *Basi*, par. 38.

[36] La présomption de l'existence d'un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte* — c.-à-d. en l'absence de l'accusé et de son avocat — en vue de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à la dénonciation. Cependant, la Cour a bien signalé que les audiences *ex parte* soulèvent de sérieuses préoccupations sur le plan de l'équité procédurale, particulièrement dans le contexte de poursuites pénales : *Basi*, par. 52. Afin de protéger les intérêts de l'accusé, le juge devrait adopter

toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. Les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la procédure appropriée à cet égard.

(*ibid.*, par. 55)

[37] Dans l'arrêt *Basi*, par. 56-58, le juge Fish a énoncé les différentes mesures, résumées ci-après, que le juge de première instance souhaitera peut-être prendre au cours d'une audience *ex parte* qui se déroule à huis clos :

1. permettre à l'avocat de la défense de présenter des observations au sujet de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police, par exemple sur la question de savoir qui peut être un indicateur confidentiel ayant droit au privilège;
2. inviter l'avocat de la défense à proposer au juge de première instance des questions à poser à tout témoin assigné à l'instance *ex parte*;
3. fournir à la défense une version expurgée ou résumée de certains éléments de preuve présentés *ex parte* — expurgée pour éliminer toute possibilité de révéler l'identité de l'indicateur;

4. Appointing an *amicus curiae* in particularly difficult cases to attend the *ex parte* proceeding in order to provide assistance in assessing the claim of privilege.
- (2) The Application Judge Can Review the Record of an Anonymous Tip to Crime Stoppers
4. dans les cas particulièrement difficiles, désigner un *amicus curiae* qui sera présent lors de l'audience *ex parte* en vue d'aider le tribunal à se prononcer sur la revendication de privilège.
- (2) Le juge de première instance peut prendre connaissance du dossier relatif à une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime

[38] Where the Crown has challenged a claim of privilege over an anonymous tip and the application judge holds an *in camera* hearing to determine whether informer privilege exists, the question arises whether the application judge may review the record of the anonymous tip. Crime Stoppers and Mr. Corner submit that the record of an anonymous tip cannot be examined by the application judge until a question of innocence at stake has been raised on the evidence. They submit that, if a court can review the record of the tip before innocence has been shown to be at stake, citizens will be discouraged from providing information to Crime Stoppers.

[39] I would not give effect to this argument. Common sense dictates that the judge will require access to the record of the tip to determine whether the privilege exists. This stands to reason because whether the privilege exists will often turn on what the person said during the call to Crime Stoppers — and whether what was said conveyed an intention to further criminal activity or interfere with the administration of justice. Moreover, the court, as a guardian of privilege, has a duty to uphold an informer's confidentiality. I note that judges routinely review contents of tips from informers in the context of search warrant and wiretap authorizations, as well as *Garofoli* applications. Therefore, in my view, the judge's review of the record of the tip does not raise any concern that, in doing so, he or she might compromise informer privilege.

[38] Lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège à l'égard d'une dénonciation anonyme et que le juge de première instance décide de tenir une audience à huis clos pour juger de l'existence ou non du privilège relatif aux indicateurs, il faut savoir si le juge de première instance peut examiner ou non le dossier de la dénonciation anonyme. Échec au crime et M. Corner soutiennent que le juge de première instance ne peut examiner ce dossier que lorsque la preuve soulève une question liée à la démonstration de l'innocence de l'accusé. Selon eux, si le tribunal peut examiner le dossier de la dénonciation avant qu'il soit établi que l'innocence de l'accusé est en jeu, les citoyens seront dissuadés de fournir des informations à Échec au crime.

[39] Je ne retiens pas cet argument. Le bon sens commande que le juge doive consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. Cela va de soi, car la détermination de l'existence du privilège dépend, dans bien des cas, des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique à Échec au crime et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Qui plus est, à titre de protecteur du privilège, le tribunal a l'obligation de préserver la confidentialité de l'indicateur. Je souligne que les juges examinent couramment la teneur des dénonciations faites par les indicateurs dans le contexte des autorisations visant des demandes de mandat de perquisition et d'écoute électronique, ainsi que des demandes de type *Garofoli*. En conséquence, à mon avis, l'examen du dossier de la dénonciation par le juge ne soulève aucune préoccupation liée au risque que cet examen compromette le privilège relatif aux indicateurs.

(3) The Application Judge May Require a Preliminary Showing Before Proceeding to a Determination of Whether Informer Privilege Exists

[40] When the Crown brings an application to introduce evidence of an anonymous tip over which privilege has been claimed, this may result in significant costs to the trial process. An application of this nature can give rise to several different forms of prejudice. In all cases, a court's assessment of whether privilege applies to the anonymous tip will inevitably lengthen and complicate the proceedings. There may also be a risk that the anonymous informer's identity could be disclosed in breach of the court's duty to uphold the privilege. In this regard, it may be difficult (and sometimes impossible) to determine which details of the information provided by an anonymous informer will result in that person's identity being revealed (see *The Law of Evidence*, at p. 303; *Leipert*, at para. 28) and whether procedural safeguards — such as those proposed in *Basi* (see above at para. 37) — can adequately address the risk. This risk is heightened when one considers that the determination of whether informer privilege exists is made not on the criminal standard, but on the lesser balance of probabilities standard.

[41] Furthermore, moral and reasoning prejudice may be significant where the Crown alleges that the accused made the tip with the intention of interfering with a police investigation. These concerns are particularly acute in a jury trial. If the jury accepts that the accused made the call to Crime Stoppers to divert attention away from himself, this could discredit the character of the accused in the eyes of the jury and create a risk of impermissible propensity reasoning: see *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 31. In addition, reasoning prejudice may result from introducing the tip into evidence. The allegation that the accused made the

(3) Le juge de première instance peut demander une démonstration préliminaire avant de se prononcer sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police

[40] La présentation d'une requête par le ministère public en vue d'être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l'objet d'une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès. Une demande de cette nature peut entraîner plusieurs types différents de préjudices. Peu importe le scénario envisagé, le temps et l'énergie que le tribunal consacre à déterminer si le privilège s'applique ou non à la dénonciation retarde et complique inévitablement le déroulement de l'instance. Il se peut également que l'identité de l'indicateur anonyme soit révélée malgré l'obligation du tribunal de protéger le privilège. À cet égard, il peut être difficile (et parfois impossible) de savoir quels détails parmi les renseignements fournis par l'indicateur anonyme sont susceptibles de révéler son identité (voir *The Law of Evidence*, p. 303; *Leipert*, par. 28) et jusqu'à quel point les garanties procédurales — semblables à celles qui ont été proposées dans l'arrêt *Basi* (voir par. 37 des présents motifs) — sont suffisantes pour tenir compte du risque. Ce risque est encore plus élevé lorsqu'on considère que la décision relative à l'existence du privilège relatif aux indicateurs est prise non pas en fonction de la norme applicable en matière criminelle, mais bien selon la norme moins rigoureuse de la prépondérance des probabilités.

[41] Qui plus est, des préjudices moral et par raisonnement sérieux peuvent être causés si le ministère public soutient que l'accusé a fait la dénonciation avec l'intention d'entraver l'enquête policière. Ces préoccupations sont particulièrement sérieuses dans le cas d'un procès devant jury. S'il conclut que l'accusé a fait la dénonciation auprès d'Échec au crime pour détourner l'attention de lui-même, le jury peut avoir une opinion défavorable au sujet de la personnalité de l'accusé et se livrer à un raisonnement fondé sur la propension, ce qui est interdit : voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 31. De plus, la présentation en

call will inevitably lengthen the trial and may distract the jury's focus from the offence for which the accused is being tried: *ibid.*

[42] Another concern is that the probative value of such evidence may be low. In some cases, the evidence may not be particularly relevant to the material issues in dispute. For example, in this case, Mr. Corner admitted that he alone was responsible for the shooting. Therefore, the evidence is not needed to prove the identity of the shooter; identity will be a non-issue. Additionally, such evidence may not be particularly relevant to proving that Mr. Corner was conscious of the fact that he had committed a culpable act. He may have had other reasons for misleading the police in their investigation. For example, where a person has killed another person in self-defence, that person may seek to throw the police off the trail for fear that he or she will be charged with murder: see *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 36; D. M. Paciocco, "Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence" (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Another relevant factor is whether the Crown can lead other less prejudicial evidence to support its position: *Handy*, at para. 83. For example, in this case, there is less prejudicial evidence that the Crown can lead to make the point that Mr. Corner intended to deflect attention away from himself during the police investigation, namely, his statements to the police which he subsequently admitted were false.

[43] In sum, applications of this nature can come with significant costs to the trial process and the probative value of the evidence may be marginal. In view of these concerns, it may make sense for the application judge to require a preliminary *in camera* showing by the Crown in support of its claim that the evidence is admissible, before proceeding to a determination of whether informer privilege exists: see *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017]

preuve de la dénonciation peut donner lieu à un préjudice par raisonnement. Une allégation selon laquelle l'accusé est l'auteur de l'appel téléphonique allonge inévitablement le procès et peut détourner l'attention du jury de l'infraction pour laquelle il est jugé : *ibid.*

[42] Il se peut aussi que la valeur probante d'un tel élément de preuve soit faible. Dans certains cas, la preuve n'est pas vraiment pertinente au regard des principaux points en litige. À titre d'exemple, en l'espèce, M. Corner a admis qu'il avait été le seul responsable de la mort par balle. Il n'est donc pas nécessaire de présenter la preuve en cause pour établir l'identité du tireur qui ne sera pas en litige. De plus, cet élément de preuve pourrait ne pas être particulièrement utile pour démontrer qu'il était conscient du fait qu'il avait commis un acte coupable. M. Corner avait peut-être d'autres raisons de lancer les policiers sur une fausse piste dans leur enquête. En effet, lorsqu'une personne en a tué une autre en état de légitime défense, elle peut tenter de tromper la vigilance de la police par crainte d'être accusée de meurtre : voir *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 36; D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of "Post-Offence Conduct" Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un autre facteur pertinent est celui de savoir si le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide d'autres éléments de preuve moins préjudiciables : *Handy*, par. 83. Par exemple, dans la présente affaire, le ministère public peut présenter des éléments de preuve moins préjudiciables pour établir que M. Corner avait l'intention de détourner l'attention de l'enquête policière de lui-même, en produisant en preuve les déclarations que M. Corner avait faites à la police et dont il avait subséquentement admis qu'elles étaient fausses.

[43] Bref, les requêtes de cette nature peuvent comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s'avérer négligeable. Compte tenu de ces réserves, avant qu'il ne se prononce sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu'il présente, au cours d'une audience à huis clos, des observations et des éléments

1 S.C.R. 659, at para. 38; *R. v. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), at pp. 288-89; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.). This may involve an “exclusion showing”, a “probity showing”, or both.

[44] For an exclusion showing, the Crown would be required to outline the basis upon which it is alleging that informer privilege does not apply. This may include a submission by the Crown about the evidence it expects to adduce to establish the identity of the informer and the requisite intent of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. The judge may decide that a hearing is unwarranted if he or she finds that the challenge is based on evidence that is weak or speculative.

[45] The probity showing requires the Crown to demonstrate that there is a realistic prospect that the probative value of the evidence will outweigh its prejudicial effect.³ If the judge is satisfied that there is no realistic prospect that the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect — which includes any increased trial time and moral and reasoning prejudice — then the judge should exercise his or her discretion to dismiss the challenge to the privilege claim.

[46] Both the exclusion showing and the probity showing will likely need to be heard *ex parte* and the judge may consider providing a redacted or summarized version of the submissions to the

³ This assessment applies where the evidence does not relate directly to the offence with which the accused is charged. Where the evidence relates directly to the elements of the offence — for example, a charge of obstruction of justice contrary to s. 139 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — then clearly the evidence will pass this test and a preliminary showing of probity will likely be unnecessary.

de preuve préliminaires au sujet de l’admissibilité de la preuve : *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), p. 288-289; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.). Le juge peut ainsi demander au ministère public de donner un aperçu de ses observations quant à l’inapplicabilité du privilège, de démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable, ou de faire les deux.

[44] Dans le premier cas, le ministère public aurait à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas en présentant, par exemple, des observations au sujet des éléments de preuve qu’il compte soumettre pour établir l’identité de l’indicateur et l’intention de ce dernier de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Le juge peut décider qu’une audience n’est pas justifiée s’il conclut que la contestation repose sur des éléments de preuve faibles ou conjecturaux.

[45] S’agissant du deuxième cas, le ministère public aurait à démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable³. Si le juge est convaincu qu’il n’y a aucune possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve proposés l’emporte sur leur effet préjudiciable — ce qui comprend le préjudice découlant de la prolongation du procès, ainsi que tout préjudice moral ou préjudice par raisonnement —, il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en rejetant la contestation de la revendication de privilège.

[46] Tant l’exposé sur l’inapplicabilité du privilège que la démonstration relative à l’existence d’une possibilité réaliste dont il a été question précédemment doivent vraisemblablement avoir lieu dans le

³ Cette évaluation est faite lorsque la preuve ne concerne pas directement l’infraction reprochée à l’accusé. Lorsque la preuve concerne directement les éléments constitutifs de l’infraction — par exemple, l’accusation d’entrave à la justice visée à l’art. 139 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 —, il est indéniable qu’elle satisfera à ce critère, de sorte qu’une démonstration préliminaire de la valeur probante ne sera vraisemblablement pas nécessaire.

defence or appointing an *amicus curiae*, as suggested in *Basi*.

[47] To be clear, I should not be taken as suggesting that a preliminary *in camera* exclusion or probity showing must always be conducted in cases like the present one. The application judge retains a wide discretion when it comes to process and a reasonable determination in that regard should be accorded considerable deference.

(4) Application to This Case

[48] Before I turn to the procedure followed by the application judge in the instant case, I wish to address a concern that arises from the conduct of the Crown. Prior to any rulings being made by the application judge, the Crown disclosed to the defence the Crime Stoppers tip sheet and all relevant information in its possession about it. This, in my view, should not have occurred. As discussed, informer privilege is not a matter of discretion for the police, the Crown, or the courts to apply. Rather, they are bound by the rule and must assume that the privilege exists until a court has determined otherwise.

[49] Turning to the procedure followed in this case, in my view, the application judge carefully considered the court's duty to uphold informer privilege and adopted a reasonable procedure. The application judge held an *in camera* hearing to determine whether informer privilege applied to the Crime Stoppers tip. There was no need for an *ex parte* proceeding in this case because the Crown had earlier

cadre d'une audience *ex parte* et le juge peut envisager la possibilité de fournir à la défense une version expurgée ou résumée des observations ou de désigner un *amicus curiae*, ainsi que la Cour l'a suggéré dans l'arrêt *Basi*.

[47] Par souci de clarté, je précise que je ne voudrais pas laisser entendre que, dans les situations semblables à celle de la présente affaire, il faille toujours, dans le cadre d'une audience à huis clos, entendre l'exposé d'un aperçu des observations quant à l'inapplicabilité du privilège ou la démonstration de l'existence d'une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l'emporte sur leur effet préjudiciable. Le juge de première instance conserve un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l'instance et l'on doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de toute décision raisonnable qu'il rend à ce sujet.

(4) Application à la présente affaire

[48] Avant de me pencher sur la procédure qu'a suivie le juge de première instance en l'espèce, je tiens à formuler une observation au sujet de la conduite qu'a eue le ministère public en l'espèce. Avant que le juge de première instance ne prenne quelque décision que ce soit, le ministère public a communiqué à la défense la fiche de la dénonciation faite auprès d'Échec au crime et tous les renseignements pertinents qui se trouvaient en sa possession à ce sujet. À mon avis, il n'aurait pas dû le faire. Comme je l'ai déjà souligné, l'application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. Les uns comme les autres sont liés par la règle applicable et doivent présumer que le privilège existe jusqu'à ce qu'un tribunal en décide autrement.

[49] En ce qui concerne la procédure suivie en l'espèce, j'estime que le juge de première instance a examiné attentivement l'obligation du tribunal de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et qu'il a suivi une procédure raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime. Aucune

disclosed the tip sheet to the defence, albeit improperly. The application judge reasonably determined that he could view the content of the tip sheet to determine whether informer privilege existed. Once the application judge decided that informer privilege did not apply to the Crime Stoppers tip, he reconvened in open court to assess the probative value of the evidence against its prejudicial effect. His determination that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effect is not in issue on this appeal.

V. Conclusion

[50] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant Durham Regional Crime Stoppers Inc.: Clay & Company, Victoria; Michelle E. Booth, Barrister and Solicitor, Toronto.

Solicitors for the appellant Keenan Corner: Derstine Penman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

audience *ex parte* n'était nécessaire en l'espèce, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense, bien qu'à tort. Le juge de première instance a raisonnablement conclu qu'il pouvait examiner la teneur de la fiche pour juger de l'existence du privilège relatif aux indicateurs. Après avoir décidé que le privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime, il a repris l'audience devant toutes les parties et leurs avocats pour évaluer la valeur probante des éléments de preuve en regard de leur effet préjudiciable. Sa conclusion selon laquelle la valeur probante des éléments de preuve l'emportait sur leur effet préjudiciable n'est pas en litige dans le présent pourvoi.

V. Conclusion

[50] Pour les motifs qui ont été exposés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc. : Clay & Company, Victoria; Michelle E. Booth, Barrister and Solicitor, Toronto.

Procureurs de l'appelant Keenan Corner : Derstine Penman, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.