

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Person A *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Superintendent Gary Shinkaruk *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Person A *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Personne A *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Surintendant Gary Shinkaruk *Appelant*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Personne A *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

and

Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association, Federation of Law Societies of Canada and Independent Criminal Defence Advocacy Society
Intervenors

INDEXED AS: **R. v. BRASSINGTON****2018 SCC 37**

File No.: 37476.

2018: March 14; 2018: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defence — Disclosure — Informer privilege — Solicitor-client communication — Police officers charged with crimes relating to alleged misconduct during police investigation — Officers seeking permission to disclose to their defence lawyers information obtained during investigation that might reveal identity of confidential informers — Whether officers entitled to disclose information — Whether limitations placed on information that officers can disclose to their lawyers interfere with solicitor-client relationship.

Criminal law — Informer-privileged information — Objection to disclosure — Police officers charged with crimes relating to their conduct during police investigation — Case management judge declaring that officers can discuss information obtained during that investigation with their defence counsel that might reveal identity of confidential informers — Crown objection to disclosure of information dismissed — Whether declaratory order criminal or civil in nature — Whether order authorized form of disclosure to which Crown was entitled to object on public interest grounds under Canada Evidence Act — Whether appeal from dismissal of objection available — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1.

et

Procureure générale de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et Independent Criminal Defence Advocacy Society
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : **R. c. BRASSINGTON****2018 CSC 37**

N° du greffe : 37476.

2018 : 14 mars; 2018 : 20 juillet.

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

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

Droit criminel — Défense — Divulgence — Privilège de l'indicateur de police — Communication avocat-client — Policiers accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu'ils auraient eue au cours d'une enquête policière — Demandes des policiers sollicitant la permission de divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance dans le cadre de l'enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Les policiers ont-ils le droit de divulguer les renseignements? — Les restrictions imposées à l'égard des renseignements que les policiers peuvent divulguer à leurs avocats entravent-elles la relation avocat-client?

Droit criminel — Renseignements protégés par le privilège de l'indicateur — Opposition à la divulgation — Policiers accusés de crimes liés à leur conduite au cours d'une enquête policière — Déclaration par la juge chargée de la gestion de l'instance que les policiers peuvent discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Rejet de l'opposition de la Couronne à la divulgation des renseignements — L'ordonnance déclaratoire est-elle de nature criminelle ou civile? — L'ordonnance autorisait-elle une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public en vertu de la Loi sur la preuve au Canada? — Le rejet de l'opposition peut-il être porté en appel? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37, 37.1.

Four police officers were charged with crimes relating to alleged misconduct during a police investigation. Prior to their trial, they applied for a declaration that they could discuss information they learned during the investigation with their defence counsel that might reveal the identity of confidential informers. The assigned case management judge granted the application, declaring that the officers could discuss any information in their possession with counsel. The Crown and the RCMP then brought proceedings to determine whether the communications authorized under the declaratory order constituted “disclosures” within the meaning of s. 37 of the *Canada Evidence Act*. Pursuant to s. 37(1) of the Act, the Crown may object to disclosures on public interest grounds. Section 37.1 of the Act provides a special right of appeal from a determination of an objection. Sections 37 and 37.1 apply to criminal proceedings and other matters over which Parliament has jurisdiction. The case management judge found that she had jurisdiction to hear the Crown’s objection but dismissed it. The Court of Appeal dismissed an appeal from the rejection of the s. 37 objection. It characterized the order allowing disclosure as civil rather than criminal in nature, held that an appeal under s. 37.1 was unavailable and held that the Crown could not object to the declaratory order under s. 37. The case management judge’s declaratory order and the Court of Appeal’s decision were appealed to the Court.

Held: The appeals should be allowed. The declaratory order should be set aside. An order should be granted pursuant to s. 37(6) of the *Canada Evidence Act* prohibiting the officers from disclosing informer-privileged information to their counsel, subject to a successful innocence at stake application.

The case management judge had jurisdiction to hear the Crown’s objection to the declaratory order under s. 37 of the *Canada Evidence Act* and an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was therefore proper. The declaratory order was criminal in nature and therefore within Parliament’s constitutional authority. In determining whether an order is civil or criminal in nature, what is relevant is not the formal title or styling of the order, but its substance and purpose. Here, the order related to the accused’s claim that declaratory relief was necessary to help them make full answer and defence in ongoing

Quatre policiers ont été accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu’ils auraient eue au cours d’une enquête policière. Avant leur procès, ils ont présenté une demande en vue d’obtenir une déclaration portant qu’ils pouvaient discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant l’enquête et qui sont susceptibles de révéler l’identité d’indicateurs anonymes. La juge chargée de la gestion de l’instance a accueilli la demande et a déclaré que les policiers pouvaient discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats. La Couronne et la GRC ont ensuite demandé à la juge de décider si les divulgations autorisées aux termes de l’ordonnance déclaratoire constituaient des « divulgations » visées par l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. En vertu du par. 37(1) de la Loi, la Couronne peut s’opposer aux divulgations pour des motifs d’intérêt public. L’article 37.1 de la Loi établit un droit d’appel interlocutoire spécial contre les décisions relatives aux oppositions. Les articles 37 et 37.1 s’appliquent aux procédures pénales et aux autres matières de compétence fédérale. La juge chargée de la gestion de l’instance a conclu qu’elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition présentée par la Couronne mais l’a rejetée. La Cour d’appel a rejeté l’appel du rejet de l’opposition fondée sur l’art. 37. Elle a qualifié l’ordonnance permettant la divulgation de civile plutôt que criminelle, a conclu que la Couronne ne pouvait pas interjeter appel en vertu de l’art. 37.1 et a conclu que celle-ci ne pouvait pas contester l’ordonnance déclaratoire sur le fondement de l’art. 37. L’ordonnance déclaratoire prononcée par la juge chargée de la gestion de l’instance et la décision de la Cour d’appel ont été portées en appel devant la Cour.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis. L’ordonnance déclaratoire est annulée. Il y a lieu d’accorder une ordonnance conformément au par. 37(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdisant aux policiers de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, à moins qu’ils ne présentent avec succès une demande fondée sur l’exception relative à l’innocence en jeu.

La juge chargée de la gestion de l’instance avait compétence pour se prononcer sur l’opposition de la Couronne à l’ordonnance déclaratoire fondée sur l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et un appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1 était donc une procédure appropriée. L’ordonnance déclaratoire était de nature criminelle et relève donc de la compétence du législateur fédéral aux termes de la Constitution. Pour établir si une ordonnance est de nature civile ou criminelle, ce n’est pas son titre officiel ni sa formulation qui importe, mais son contenu et son objet. En l’espèce, l’ordonnance sollicitée se rapportait à

criminal proceedings, and it was issued by a criminal case management judge in connection with the rights of the parties in a pending criminal proceeding, regarding what might be done by the accused in conducting their defence. The fact that it was declaratory does not change its essential character.

Furthermore, s. 37 was the proper route for challenging the order, as it authorized a form of disclosure to which the Crown was entitled to object on public interest grounds. The interconnected purposes of ss. 37 and 37.1 are to give the Crown the ability to object to disclosures on public interest grounds, and to grant an interlocutory right of appeal where it is unsuccessful. They provide a valuable tool for the Crown to protect against disclosure of confidential and privileged information, and reflect the fact that the Crown's ability to object to disclosures on public interest grounds was not meant to be restricted to those circumstances where the disclosure is compulsory and will occur in open court. Disclosures may be equally harmful to the public interest whether they are made in or outside of court, and whether they are made under compulsion or voluntarily.

The officers are not entitled to disclose the informer-privileged information to their lawyers. Jurisprudence prevents piercing informer privilege unless the accused can show that his or her innocence is at stake. There is no basis for departing from that rule when the accused is a police officer. Informer privilege arises in circumstances where police receive information under a promise of confidentiality. Informers are entitled to rely on that promise. The informer privilege rule is a common law rule of long standing and it is fundamentally important to the criminal justice system. 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. The standard for piercing informer privilege — the innocence at stake test — is, accordingly, onerous. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction. The officers in this case did not argue that any privileged information in their possession meets the innocence at stake test. Nor did they suggest any information

l'argument des accusés selon lequel un jugement déclaratoire était nécessaire pour les aider à présenter une défense pleine et entière dans des instances criminelles en cours, et elle a été prononcée par une juge chargée de la gestion d'une instance criminelle, en rapport avec les droits des parties à une instance criminelle en cours, et relativement à des actes que peuvent poser les accusés dans le cadre de leur défense. Le fait que l'ordonnance était déclaratoire ne change rien à son caractère essentiel.

De plus, l'art. 37 constituait le moyen approprié pour contester l'ordonnance, puisqu'elle autorisait une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public. Les objets interreliés des art. 37 et 37.1 visent à conférer à la Couronne la capacité de s'opposer pour des raisons d'intérêt public à la divulgation de renseignements, ainsi qu'un droit d'appel interlocutoire en cas d'opposition infructueuse. Ces dispositions constituent un outil fort utile à la Couronne pour protéger des renseignements confidentiels et privilégiés contre la communication, et témoignent du fait que la capacité de la Couronne de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public n'est pas censée se limiter aux situations où la divulgation est obligatoire et se déroulera en salle d'audience. Qu'elle ait lieu devant le tribunal ou à l'extérieur de celui-ci, et qu'elle soit faite sous contrainte ou volontairement, la divulgation de renseignements peut être tout aussi préjudiciable à l'intérêt public dans un cas comme dans l'autre.

Les policiers n'ont pas le droit de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur. La jurisprudence ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police, sauf si l'accusé est en mesure de démontrer que son innocence est en jeu. Rien ne justifie de déroger à cette règle dans les cas où l'accusé est un policier. Le privilège de l'indicateur s'applique dans les cas où les policiers obtiennent des renseignements en échange d'une promesse de confidentialité. Les indicateurs sont en droit de se fier à de telles promesses. 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. Sous réserve de l'exception relative à l'innocence en jeu, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l'identité de l'indicateur, et tant la police que la Couronne et les tribunaux sont tenus de le respecter. Le critère permettant de lever le privilège de l'indicateur — soit celui de l'innocence en jeu — est en conséquence exigeant. Le privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque

relating to confidential informers was genuinely relevant to their defence.

Furthermore, as previously confirmed by the Court, defence counsel are outside the circle of informer privilege, that is, the group of people who are entitled to access information covered by informer privilege. In all cases where informer privilege applies, disclosure outside the circle requires a showing of innocence at stake. Limitations placed on what the police officers can say to their lawyers do not create conflicting legal and professional duties; rather, they align with the officers' professional duties and allow their lawyers to proceed without fear of inadvertently revealing the privileged information their clients possess. The law may require officers to exercise some degree of caution with respect to what they disclose, but that expectation does not meaningfully interfere with their relationship with counsel. The primary purpose of the right to free solicitor-client communication in a criminal proceeding is to permit the accused and counsel to discuss issues that go to full answer and defence — "solicitor-client communication" does not have some independent, intrinsic value over and above its relationship to full answer and defence. Like any other criminal defendant, if it becomes clear that the police officers are at genuine risk of conviction, and that this information needs to be disclosed, they can bring a *McClure* application.

Police officers are, when accused of crimes, entitled to expect that they will be treated no less fairly than others who are accused and given the full protection of the law. What they are not entitled to expect is that they will be treated better. There is no reason to advantage police officers who, by virtue of their positions of trust, have information that has been confided to them for safe-keeping. It is not their information to exploit for personal juridical gain.

Cases Cited

Considered: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp.*

véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. Les policiers dans la présente affaire n'ont pas fait valoir que des renseignements confidentiels en leur possession satisfaisaient au critère de l'innocence en jeu. Ils n'ont pas non plus soutenu que des renseignements concernant les indicateurs anonymes étaient véritablement pertinents pour les besoins de leur défense.

En outre, comme l'a déjà confirmé la Cour, les avocats de la défense ne font pas partie du cercle du privilège relatif aux indicateurs de police, c'est-à-dire le groupe de personnes ayant le droit d'avoir accès aux renseignements visés par le privilège de l'indicateur. Dans tous les cas où le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique, la divulgation des renseignements en dehors du cercle requiert la démonstration par l'accusé que son innocence est en jeu. Les restrictions imposées à l'égard de ce que les policiers peuvent dire à leurs avocats ne créent pas d'obligations légales et professionnelles contradictoires; elles sont plutôt en adéquation avec les obligations professionnelles des policiers et elles permettent aux avocats de ces derniers d'assurer leur défense sans crainte de révéler par inadvertance des renseignements protégés que possèdent leurs clients. Il est possible que les restrictions obligent les policiers à faire preuve d'une certaine prudence quant à ce qu'ils révèlent, mais cette attente n'entrave pas de façon appréciable la relation avec leurs avocats. L'objet premier du droit des avocats et de leurs clients de communiquer librement dans le cadre d'une instance criminelle est de permettre à l'accusé et à l'avocat de discuter des aspects qui se rapportent à une défense pleine et entière; les « communications avocat-client » n'ont pas de valeur intrinsèque indépendante au-delà de leur rapport avec une défense pleine et entière. Comme c'est le cas pour toute autre personne qui se défend contre des accusations criminelles, s'il devient clair que les policiers risquent véritablement d'être reconnus coupables, et qu'il est nécessaire que les renseignements en question soient divulgués, les policiers peuvent présenter une demande de type *McClure*.

Lorsque des policiers sont accusés de crimes, ils sont en droit de s'attendre à être traités non moins équitablement que les autres accusés et à bénéficier de l'entière protection de la loi. Ce à quoi ils ne peuvent s'attendre, toutefois, c'est à être traités plus favorablement que les autres accusés. Aucune raison ne justifie d'avantager des policiers qui, du fait de leur position de confiance, disposent de renseignements qui leur ont été confiés à titre confidentiel. Ce ne sont pas des renseignements qu'ils peuvent exploiter pour obtenir un avantage personnel sur le plan juridique.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Canadian Broadcasting Corp. c.*

v. Ontario, 2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; **referred to**: *R. v. Cheung*, 2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192; *R. v. Trang*, 2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160; *R. v. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543; *R. v. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123; *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard*, 2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Named Person B*, 2013 SCC 9, [2013] 1 S.C.R. 405; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 SCC 45, [2017] 2 S.C.R. 157; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 2, 37, 37.1.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 648(1).

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated March 2018, release 56).
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated March 2018, release 44).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Frankel and Savage J.J.A.), 2017 BCCA 84, varying an order of Wedge J., 2016 BCSC 163. Appeals allowed.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Supreme Court (Wedge J.), 2015 BCSC 2001, granting a declaration that the respondents are permitted to provide information about confidential informers to their legal counsel. Appeals allowed.

Ontario, 2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; **arrêts mentionnés** : *R. c. Cheung*, 2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192; *R. c. Trang*, 2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160; *R. c. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543; *R. c. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123; *Canadian Broadcasting Corp. c. Millard*, 2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Stanley*, 2018 SKQB 27; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Personne désignée B*, 2013 CSC 9, [2013] 1 R.C.S. 405; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 648(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 2, 37, 37.1.

Doctrine et autres documents cités

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated March 2018, release 56).
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated March 2018, release 44).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Frankel et Savage), 2017 BCCA 84, qui a modifié une ordonnance de la juge Wedge, 2016 BCSC 163. Pourvois accueillis.

POURVOIS contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Wedge), 2015 BCSC 2001, qui avait accordé une ordonnance déclaratoire portant que les intimés avaient le droit de révéler à leurs avocats des renseignements sur les indicateurs anonymes. Pourvois accueillis.

Christopher M. Considine, Q.C., and Christopher A. Massey, for the appellant Her Majesty The Queen.

Patrick McGowan, for the appellant Person A.

François Lacasse and Ginette Gobeil, for the appellants Superintendent Gary Shinkaruk and the Attorney General of Canada.

Ian Donaldson, Q.C., Michael Sobkin and Miriam Isman, for the respondent Derek Brassington.

Michael Klein, Q.C., for the respondent David Attew.

Michael Bolton, Q.C., for the respondent Paul Johnston.

Greg DelBigio, Q.C., and Alison Latimer, for the respondent Danny Michaud.

Robert W. Hubbard and Rebecca Schwartz, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Scott Hutchison and Lisa Jørgensen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Breese Davies and Owen Goddard, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Written submissions only by *Brock Martland*, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — These appeals involve primarily one substantive question: when police officers are charged with crimes relating to their conduct during an investigation, can they, at their own discretion, disclose to their defence lawyers information they learned during that investigation that might reveal the identity of a confidential informer?

[2] Our jurisprudence prevents piercing informer privilege unless the accused can show that his or her

Christopher M. Considine, c.r., et Christopher A. Massey, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Patrick McGowan, pour l'appelante Personne A.

François Lacasse et Ginette Gobeil, pour les appelants Surintendant Gary Shinkaruk et le procureur général du Canada.

Ian Donaldson, c.r., Michael Sobkin et Miriam Isman, pour l'intimé Derek Brassington.

Michael Klein, c.r., pour l'intimé David Attew.

Michael Bolton, c.r., pour l'intimé Paul Johnston.

Greg DelBigio, c.r., et Alison Latimer, pour l'intimé Danny Michaud.

Robert W. Hubbard et Rebecca Schwartz, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Scott Hutchison et Lisa Jørgensen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Breese Davies et Owen Goddard, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Brock Martland*, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois portent principalement sur une question de fond : Lorsque des policiers sont accusés de crimes liés à leur conduite au cours d'une enquête, ceux-ci peuvent-ils, à leur gré, divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'un indicateur anonyme?

[2] La jurisprudence de notre Cour ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police,

innocence is at stake. I see no basis for departing from that rule when the accused is a police officer. No evidence of “innocence at stake” was presented. The police officers are therefore not entitled to disclose the information to their lawyers.

I. Background

[3] These proceedings arose from the “Surrey Six” investigation, a complex RCMP investigation into a gang-related homicide. According to the Crown, about 80 confidential informers were involved in the investigation.

[4] The four accused — Derek Brassington, David Attew, Paul Johnston and Danny Michaud — are former police officers who were involved in that investigation. They have been charged with breach of trust, fraud, and obstruction of justice in connection with their conduct with a witness who, while not a confidential informer, was under their protection in connection with the investigation. The allegations — the details of which are not relevant to the disposition of these appeals — have not yet been proven.¹

[5] When the officers were charged, the RCMP and the Crown told them that they were prohibited from discussing “the circumstances of their investigations in a manner that might reveal the identity of confidential informers to anyone, including their legal counsel”.

[6] The officers brought a pre-trial application before Wedge J., the assigned case management judge,

¹ On the consent of counsel, the courts below have treated this proceeding as subject to the publication ban set out in s. 648(1) of the *Criminal Code*. The application of s. 648(1) to pre-trial proceedings such as these, where no jury has yet been struck, is the subject of conflicting decisions in trial courts (see, for example, *R. v. Cheung* (2000), 150 C.C.C. (3d) 192 (Alta. Q.B.); *R. v. Trang* (2001), 201 D.L.R. (4th) 160 (Alta. Q.B.); *R. v. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543 (Ont. S.C.J.); *R. v. Stobbe* (2011), 284 C.C.C. (3d) 123 (Man. Q.B.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard* (2015), 338 C.C.C. (3d) 227 (Ont. S.C.J.); *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27). Without purporting to resolve the issue, I am satisfied that the reasons as written can be published and disseminated in accordance with the Court’s usual practice.

sauf si l’accusé est en mesure de démontrer que son innocence est en jeu. Je ne vois aucune raison de déroger à cette règle dans les cas où l’accusé est un policier. Aucune preuve d’« innocence en jeu » n’a été présentée en l’espèce. Les policiers n’ont en conséquence pas le droit de divulguer les renseignements en question à leurs avocats.

I. Contexte

[3] La présente instance découle de l’affaire des « Surrey Six », une enquête complexe menée par la GRC sur des homicides liés à des gangs. Selon la Couronne, environ 80 indicateurs anonymes ont été mêlés à cette enquête.

[4] Les quatre accusés — Derek Brassington, David Attew, Paul Johnston et Danny Michaud — sont d’anciens policiers qui ont participé à l’enquête. Ils ont été accusés d’abus de confiance, de fraude et d’entrave à la justice en lien avec leur conduite relative à un témoin qui, même s’il n’était pas un indicateur anonyme, avait été placé sous leur protection dans le cadre de l’enquête. Les allégations — dont les détails ne sont pas pertinents pour trancher les présents pourvois — n’ont pas encore été prouvées¹.

[5] Lorsque les accusations ont été portées, la GRC et la Couronne ont indiqué aux policiers qu’il leur était interdit de parler des [TRADUCTION] « circonstances des enquêtes d’une manière susceptible de révéler l’identité des indicateurs anonymes à quiconque, y compris à leurs avocats ».

[6] Préalablement au procès, les policiers ont présenté à la juge chargée de la gestion de l’instance,

¹ Avec le consentement des avocats, les juridictions inférieures ont traité la présente instance comme étant assujettie à l’ordonnance de non-publication prévue au par. 648(1) du *Code criminel*. L’application du par. 648(1) à des procédures préalables au procès comme celles en l’espèce, où le jury n’a pas encore été constitué, fait l’objet de décisions contradictoires devant les tribunaux de première instance (voir, par exemple, *R. c. Cheung* (2000), 150 C.C.C. (3d) 192 (B.R. Alb.); *R. c. Trang* (2001), 201 D.L.R. (4th) 160 (B.R. Alb.); *R. c. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543 (C. sup. Ont.); *R. c. Stobbe* (2011), 284 C.C.C. (3d) 123 (B.R. Man.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard* (2015), 338 C.C.C. (3d) 227 (C. sup. Ont.); *R. c. Stanley*, 2018 SKQB 27). Sans prétendre régler la question, j’estime que les motifs tels qu’ils sont rédigés peuvent être publiés et diffusés conformément à la pratique habituelle de la Cour.

for a declaration that they could discuss information with their defence counsel that might reveal the identity of confidential informers. The Crown resisted the application, arguing that such discussions would breach informer privilege and that the officers could only do so if they met the “innocence at stake” test. Although the officers stopped short of arguing that they could, at that stage, satisfy the “innocence at stake” test, they deposed that they wished to discuss the information in their possession because they believed it “may be relevant to their defence” and in order to determine “whether there is evidentiary value in the privileged information”. One deposed that he believed “he could not fully and properly instruct counsel [and receive advice] without directly or indirectly disclosing the identity of one or more confidential informers”.

[7] The Crown pointed out that there was no evidence that any confidential informers were even involved in any of the transactions that formed part of the Crown’s case against the police officers. Their evidence, therefore, had no apparent relevance.

[8] “Person A”, a confidential informer, was granted standing to make submissions as to why the disclosure should be prohibited. The Federal Crown and RCMP Superintendent Gary Shinkaruk were also parties.

[9] Wedge J. granted the officers’ application and declared that they could discuss any information in their possession with counsel. She acknowledged the “near-absolute” nature of informer privilege, but also considered the importance of “unfettered communication” between the accused and counsel in a solicitor-client relationship. She concluded that the requirement of proving “innocence at stake” did not

la juge Wedge, une demande en vue d’obtenir une ordonnance déclaratoire portant qu’ils pouvaient discuter avec leurs avocats de renseignements susceptibles de révéler l’identité d’indicateurs anonymes. La Couronne s’est opposée à cette requête, plaidant que de telles discussions porteraient atteinte au privilège de l’indicateur et ne pourraient être autorisées que si les policiers satisfaisaient au critère de « l’innocence en jeu », aussi appelé critère relatif à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Bien que les policiers ne soient pas allés jusqu’à affirmer qu’ils pouvaient, à ce stade, satisfaire au critère de « l’innocence en jeu », ils ont déposé qu’ils souhaitaient discuter des renseignements en leur possession parce qu’ils estimaient que ceux-ci [TRADUCTION] « pourraient être pertinents pour les besoins de leur défense » et parce qu’ils voulaient déterminer si « les renseignements protégés avaient une valeur probante ». L’un des policiers a dit croire qu’« il ne pouvait donner à son avocat des directives complètes et appropriées [ainsi qu’obtenir les conseils de ce dernier] sans divulguer directement ou indirectement l’identité d’un ou plusieurs indicateurs anonymes ».

[7] La Couronne a souligné qu’il n’existait aucune preuve que l’un ou l’autre des indicateurs anonymes avait même participé à quelque opération faisant partie de sa théorie de la cause contre les policiers. Par conséquent, le témoignage des indicateurs n’avait aucune pertinence apparente.

[8] La « Personne A », un indicateur anonyme, s’est vu reconnaître qualité pour présenter des observations quant à la raison pour laquelle la divulgation des renseignements devrait être interdite. La Couronne fédérale et le surintendant de la GRC, Gary Shinkaruk, étaient également parties à l’instance.

[9] La juge Wedge a accueilli la demande des policiers et déclaré que ceux-ci pouvaient discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats. Elle a reconnu la nature [TRADUCTION] « quasi absolue » du privilège de l’indicateur, mais elle a également tenu compte de l’importance des « communications illimitées » entre l’accusé et son avocat dans le cadre de la relation avocat-client. La juge a

apply because, in her view, that narrow exception fit poorly in circumstances where the accused *already knows* the privileged information and merely seeks to discuss it with counsel. She found that both informer privilege and solicitor-client communication could harmoniously co-exist:

Whatever the client tells his or her lawyer is cloaked with privilege. If the client speaks to his or her lawyer about matters that may tend to identify an informer, the information is privileged . . . [T]he lawyer stands in the shoes of the client. The lawyer will be duty-bound by both solicitor-client privilege and informer privilege . . . [The information] will remain imbued with that privilege unless and until [the officers] receive advice from their counsel that seeking disclosure of information pertaining to informers is necessary to raise a reasonable doubt as to their guilt and a *McClure* application is made at trial.

(2015 BCSC 2001, reproduced in A.R., vol. I, at pp. 16-55, at para. 134.)

[10] The Crown and the RCMP then brought proceedings before Wedge J. under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to determine whether the communications authorized under the initial declaratory order constituted “disclosures” within the meaning of s. 37 such that the Crown could object to them under that section. If they were, the Crown would have an immediate right of appeal to the Court of Appeal against Wedge J.’s denial of its objection, pursuant to s. 37.1 of the *Canada Evidence Act*.²

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

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

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

estimé que l’obligation exigeant que l’accusé prouve que son « innocence est en jeu » ne s’appliquait pas, parce que, selon elle, cette étroite exception se justifie difficilement dans les cas où l’accusé *connaît déjà* les renseignements protégés et demande simplement à en discuter avec son avocat. La juge a conclu que le privilège de l’indicateur et les communications entre l’avocat et son client peuvent coexister harmonieusement :

[TRADUCTION] Tout ce que dit le client à son avocat est protégé par le secret professionnel. Si le client communique à son avocat des renseignements susceptibles de révéler l’identité d’un indicateur, ces renseignements sont protégés [. . .] [L]’avocat se trouve alors dans la même situation que son client. Il est ainsi tenu de respecter la confidentialité des renseignements, à la fois par le secret professionnel de l’avocat et par le privilège de l’indicateur [. . .] [Les renseignements] demeureront sous la protection de ce privilège tant que [les policiers] n’auront pas été avisés par leurs avocats que la communication des renseignements au sujet des indicateurs est nécessaire pour soulever un doute raisonnable quant à leur culpabilité et qu’une demande de type *McClure* n’aura pas été présentée au procès.

(2015 BCSC 2001, reproduit dans le d.a., vol. I, p. 16-55, par. 134.)

[10] La Couronne et la GRC ont ensuite demandé à la juge Wedge, en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, de décider si les divulgations autorisées aux termes de l’ordonnance déclaratoire initiale constituaient des « divulgations » visées par l’art. 37, de telle sorte que la Couronne pouvait s’y opposer sur le fondement de cette même disposition. Dans l’affirmative, la Couronne disposait du droit d’interjeter appel immédiatement devant la Cour d’appel du rejet par la juge Wedge de son opposition, conformément à l’art. 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*.²

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

a) devant la Cour d’appel fédérale, s’agissant d’une décision de la Cour fédérale;

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

[11] Section 37(1) states, in part:

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

[12] Wedge J. found that she had jurisdiction to hear the s. 37 objection because her declaration authorized a form of “disclosure” to which the Crown objected on public interest grounds, thereby triggering s. 37. But she dismissed the objection based on the reasoning in her initial ruling on the officers’ application.

[13] The Crown, the RCMP and Person A then appealed the rejection of the s. 37 objection, and the police officers sought to set aside Wedge J.’s finding that she had jurisdiction to hear the objection. At the Court of Appeal, Frankel J.A. characterized the order being appealed as “civil” rather than “criminal” in nature, since a declaration is a civil remedy. As a result, he concluded that an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was unavailable and the provincial civil appeal rules applied. He also held that the Crown could not object to the declaratory order under s. 37 because it was not a “disclosure” within the meaning of that section, since it did not “require” anyone to disclose anything.

[14] The Crown, the RCMP and Person A obtained leave to appeal the initial declaratory order as well as the Court of Appeal’s decision.

[11] Le paragraphe 37(1) prévoit notamment ce qui suit :

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

[12] La juge Wedge a conclu qu’elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition présentée en application de l’art. 37, parce que son ordonnance déclaratoire autorisait une forme de « divulgation » à laquelle la Couronne s’est opposée pour des raisons d’intérêt public, entraînant ainsi l’application de l’art. 37. Toutefois, la juge a rejeté l’opposition sur la base du raisonnement qu’elle avait exposé dans sa décision initiale sur la demande des policiers.

[13] La Couronne, la GRC et la Personne A ont ensuite fait appel du rejet de l’opposition présentée en vertu de l’art. 37, et les policiers ont sollicité l’annulation de la conclusion de la juge Wedge selon laquelle elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition. En Cour d’appel, le juge Frankel a qualifié de « civile » plutôt que « criminelle » l’ordonnance visée par l’appel, pour le motif qu’un jugement déclaratoire est une réparation civile. Par conséquent, il a conclu que la Couronne ne pouvait interjeter appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1, et que les règles d’appel provinciales en matière civile s’appliquaient. Le juge Frankel a également conclu que la Couronne ne pouvait pas contester l’ordonnance déclaratoire sur le fondement de l’art. 37, étant donné qu’elle ne constituait pas une « divulgation » visée par cette disposition, puisqu’elle n’« obligeait » personne à divulguer quoi que ce soit.

[14] La Couronne, la GRC et la Personne A ont obtenu l’autorisation d’interjeter appel de l’ordonnance déclaratoire initiale ainsi que de la décision de la Cour d’appel.

II. Analysis

[15] It may be helpful to begin by observing that this case comes before the Court via an unusual procedural route. Ordinarily, informer privilege litigation centres on one or both of two issues: scope and piercing. Disputes about the scope of privilege are relatively common, arising, for example, where the Crown seeks to redact portions of documents that are otherwise producible under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, but contain informer-privileged information, such as an Information to Obtain a Search Warrant. In pre-trial proceedings, a judge may vet the redactions to determine whether the redacted information is properly covered by informer privilege. At this stage, if the information is covered by the privilege, the accused cannot get access to it. Where an accused seeks to pierce privileged information, on the other hand, he or she brings an application, typically at the end of the Crown's case at trial, pursuant to this Court's decision in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445. Access to the information will be given only where an accused demonstrates "innocence at stake", as explained later in these reasons.

[16] The application in this case was not brought under the ordinary *McClure* process, nor was it adjudicated under *McClure* principles. Instead, the accused sought a pre-trial remedy of declaratory relief, relating not to the *scope* of privilege, but rather to who is entitled to *access* information that everyone agrees is within the scope. These anomalies, in turn, led the Crown to bring proceedings under s. 37 of the *Canada Evidence Act* to object to the declaratory order after it had been made. This gave rise to the jurisdictional dispute litigated up to the Court of Appeal.

II. Analyse

[15] Il pourrait être utile, en commençant, de souligner que notre Cour est saisie de la présente affaire par suite d'un cheminement procédural inhabituel. Généralement, les litiges relatifs au privilège de l'indicateur portent sur l'un ou l'autre des aspects suivants — la portée du privilège et la levée de celui-ci — ou les deux. Les différends concernant la portée du privilège sont relativement fréquents. Ils surviennent, par exemple, lorsque la Couronne veut caviarder certaines parties de documents qui peuvent par ailleurs être produits suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, mais qui renferment des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur, par exemple une dénonciation visant l'obtention d'un mandat de perquisition. Lors de mesures préparatoires au procès, le juge peut examiner les renseignements caviardés pour établir s'ils sont effectivement assujettis au privilège de l'indicateur. À ce stade, si les renseignements sont protégés par le privilège, l'accusé ne peut y avoir accès. Par contre, lorsque l'accusé cherche à obtenir la levée du privilège qui s'applique aux renseignements confidentiels, il présente une demande à cet égard, habituellement après que la Couronne a présenté sa preuve au procès, conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445. L'accusé ne se verra accorder l'accès aux renseignements que s'il démontre que son « innocence est en jeu », comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs.

[16] En l'espèce, la demande n'a pas été présentée dans le cadre du processus ordinaire établi dans l'arrêt *McClure*, ni tranchée selon les principes énoncés dans cet arrêt. Les accusés ont plutôt cherché à obtenir, avant le procès, une réparation sous forme de jugement déclaratoire concernant non pas la *portée* du privilège, mais plutôt l'identité des personnes qui ont le droit d'avoir *accès* à des renseignements qui, tous s'accordent pour le dire, sont visés par le privilège. Ces anomalies ont quant à elles amené la Couronne à s'opposer, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à l'ordonnance déclaratoire après son prononcé, ce qui a donné lieu au litige en matière de compétence qui a été débattu jusqu'en Cour d'appel.

[17] Although I do not see any determinative procedural or jurisdictional defect in the Crown's approach to litigating this case, and although I acknowledge how unusual the facts in this case are, neither would I endorse what happened in this case as a procedural template for informer privilege litigation.

[18] The root of the jurisdictional issue before us is whether Wedge J.'s order was "civil" or "criminal" in nature. The *Canada Evidence Act* is federal legislation, and Part I of that statute applies only to criminal proceedings or to other matters over which Parliament has jurisdiction (s. 2). For this reason, the characterization of Wedge J.'s declaratory order determines whether s. 37 of the *Canada Evidence Act* has any application in the circumstances of this case.

[19] In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 879, Lamer C.J. held that in determining whether an order is civil or criminal in nature, what is relevant is not the formal title or styling of the order, but its substance and purpose. The accused in *Dagenais* brought proceedings seeking an "injunction" against the broadcast of a television program they claimed would prejudice their right to a fair trial. Lamer C.J. held that despite the fact that an injunction is traditionally a civil remedy, the order sought related to the accused's fair trial rights in the context of an ongoing criminal proceeding. It could not, therefore, be characterized as "civil".

[20] In *Canadian Broadcasting Corp. v. Ontario*, 107 O.R. (3d) 161, Doherty J.A. built on *Dagenais*' foundation to explain how to apply the distinction between "civil" and "criminal" orders:

Usually, it will not be difficult to distinguish a criminal proceeding from a civil proceeding. An application for an order made in the course of a criminal proceeding, an application for an order directly impacting on an ongoing

[17] Bien que je ne constate aucun vice de procédure ou de compétence déterminant dans la façon dont la Couronne a plaidé la présente affaire, et bien que je reconnaisse le caractère inédit des faits de l'espèce, je ne saurais qualifier l'historique de l'instance de modèle procédural applicable aux litiges concernant le privilège de l'indicateur.

[18] À l'origine du litige en matière de compétence dont nous sommes saisis se trouve la question de savoir si l'ordonnance prononcée par la juge Wedge était de nature « civile » ou « criminelle ». La *Loi sur la preuve au Canada* est une loi fédérale et la partie I de cette loi s'applique seulement aux procédures pénales ou aux autres matières de compétence fédérale (art. 2). Par conséquent, la qualification de l'ordonnance déclaratoire prononcée par la juge Wedge détermine si l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique eu égard aux circonstances de l'espèce.

[19] Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 879, le juge en chef Lamer a conclu que, pour établir si une ordonnance est de nature civile ou criminelle, ce n'est pas son titre officiel ni sa formulation qui importe, mais son contenu et son objet. Dans cette affaire, les accusés ont sollicité une « injonction » interdisant la diffusion d'une émission de télévision qui, selon eux, était susceptible de porter atteinte à leur droit à un procès équitable. De l'avis du juge en chef Lamer, même si l'injonction est habituellement une réparation civile, l'ordonnance sollicitée portait sur le droit des accusés à un procès équitable dans le cadre d'une instance criminelle en cours. L'ordonnance ne pouvait donc être qualifiée de « civile ».

[20] Dans *Canadian Broadcasting Corp. c. Ontario*, 107 O.R. (3d) 161, le juge Doherty s'est fondé sur le raisonnement formulé dans l'arrêt *Dagenais* pour expliquer comment faire la distinction entre les ordonnances de nature « civile » et celles de nature « criminelle » :

[TRADUCTION] En règle générale, il ne sera pas difficile de faire la distinction entre une instance criminelle et une instance civile. Une demande d'ordonnance présentée dans le cadre d'une instance criminelle, une demande

or pending criminal proceeding, or an application for an order rescinding or varying an order made in a criminal proceeding will all be criminal proceedings . . . [para. 17]

[21] In that case, the Canadian Broadcasting Corporation sought access to a video in the custody of the Ontario Court of Justice that had been an exhibit at a concluded bail hearing. Doherty J.A. held that the order was not criminal in nature because, unlike the publication ban/injunction at issue in *Dagenais*, the request

was not made in the course of a criminal proceeding and has no effect on any ongoing criminal proceeding. Indeed, there is no ongoing criminal proceeding. Nor does the order obtained by the CBC rescind or vary any order made in a criminal proceeding. [para. 18]

[22] In this case, the order sought related to the accused's claim that declaratory relief was necessary to help them make full answer and defence in ongoing criminal proceedings. It was issued by a criminal case management judge, in connection with the rights of the parties in a pending criminal proceeding, regarding what might be done by the accused in conducting their defence. The fact that the order was declaratory does not change its essential character as "criminal", not "civil".

[23] Having concluded that what we are dealing with is an order that is "criminal" in nature and therefore within Parliament's constitutional authority, the next issue is whether s. 37 of the *Canada Evidence Act* was the proper route for challenging the order.

d'ordonnance ayant une incidence directe sur une instance criminelle en cours ou encore une demande d'ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance rendue dans le cadre d'une instance criminelle sont toutes des procédures de nature criminelle . . . [par. 17]

[21] Dans cette affaire, la Société Radio-Canada sollicitait l'accès à un enregistrement vidéo qui se trouvait sous la garde de la Cour de justice de l'Ontario et qui avait constitué une pièce déposée à l'occasion d'une enquête sur remise en liberté provisoire, enquête qui était terminée au moment de la demande. Le juge Doherty a conclu que l'ordonnance n'était pas de nature criminelle, car contrairement à l'interdiction de publication ou l'injonction en cause dans l'arrêt *Dagenais*, la demande

[TRADUCTION] n'a pas été présentée dans le cadre d'une procédure criminelle et n'a aucune incidence sur une instance criminelle en cours. D'ailleurs, il n'y a aucune instance criminelle en cours et l'ordonnance obtenue par la SRC n'a pas non plus pour effet d'annuler ou de modifier une ordonnance rendue dans le cadre d'une instance criminelle. [par. 18]

[22] Dans l'affaire qui nous occupe, l'ordonnance sollicitée se rapportait à l'argument des accusés selon lequel un jugement déclaratoire était nécessaire pour les aider à présenter une défense pleine et entière dans des instances criminelles en cours. L'ordonnance a été prononcée par une juge chargée de la gestion d'une instance criminelle, en rapport avec les droits des parties à une instance criminelle en cours, et relativement à des actes que peuvent poser les accusés dans le cadre de leur défense. Le fait que l'ordonnance était déclaratoire ne change rien à son caractère essentiellement « criminel » plutôt que « civil ».

[23] Ayant conclu que nous sommes en présence d'une ordonnance de nature « criminelle », qui relève donc de la compétence du législateur fédéral aux termes de la Constitution, la question qui se pose ensuite est celle de savoir si la présentation d'une demande fondée sur l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* constituait le moyen approprié pour contester l'ordonnance.

[24] Section 37(1) gives the Crown the right to object to certain types of disclosures of information on public interest grounds. As previously noted, it states, in part:

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

[25] A court to which such an objection is made assesses the public interest claim and, in light of that assessment, can order disclosure (s. 37(4.1)), order disclosure subject to conditions and editing (s. 37(5)), or prohibit disclosure (s. 37(6)).

[26] Section 37.1 sets out a special interlocutory right of appeal to the provincial or federal courts of appeal, as the case may be, for determinations made under s. 37.

[27] Wedge J. concluded that s. 37 was properly invoked to object to her declaration, but rejected the objection on the basis that the declaration did no harm to informer privilege, and, therefore, to the public interest. The Court of Appeal, on the other hand, concluded that s. 37 did not apply at all.

[28] This Court confirmed in *R. v. Basi*, [2009] 3 S.C.R. 389, that the Crown is entitled to commence an “incidental” proceeding under s. 37 because maintaining informer privilege is the sort of “specified public interest” contemplated by s. 37 as a valid basis for the Crown to resist disclosure. In *Basi*, the accused applied for disclosure of documents over which the Crown claimed informer privilege and the Crown sought an *ex parte* hearing to establish its privilege claim. Counsel for the accused sought access to the hearing subject to an undertaking that they would not disclose any of the privileged information to the accused. The trial judge granted access

[24] Le paragraphe 37(1) confère à la Couronne le droit de s’opposer, dans certains cas, à la divulgation de renseignements pour des raisons d’intérêt public. Comme il a déjà été mentionné, cette disposition prévoit notamment ce qui suit :

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

[25] Le tribunal qui est saisi d’une telle opposition évalue les raisons d’intérêt public invoquées et, à la lumière de cette évaluation, il peut soit ordonner la divulgation des renseignements (par. 37(4.1)), soit en ordonner la divulgation moyennant certaines conditions et révisions (par. 37(5)), soit en interdire la divulgation (par. 37(6)).

[26] L’article 37.1 établit un droit d’appel interlocutoire spécial devant la Cour d’appel fédérale ou les cours d’appel provinciales, selon le cas, à l’égard des décisions rendues en vertu de l’art. 37.

[27] La juge Wedge a conclu que l’art. 37 avait été invoqué à bon droit pour contester son ordonnance déclaratoire, mais elle a rejeté l’opposition au motif que cette ordonnance ne portait pas atteinte au privilège de l’indicateur et, par conséquent, à l’intérêt public. Pour sa part, la Cour d’appel a jugé que l’art. 37 ne s’appliquait pas du tout.

[28] Dans *R. c. Basi*, [2009] 3 R.C.S. 389, notre Cour a confirmé que la Couronne a le droit d’introduire une instance « incidente » en vertu de l’art. 37, parce que le maintien du privilège de l’indicateur constitue le type de « raisons d’intérêt public déterminées » visées à l’art. 37 qui représente un fondement valable lui permettant de s’opposer à la divulgation de renseignements. Dans *Basi*, les accusés ont demandé la communication de documents à l’égard desquels le privilège de l’indicateur avait été revendiqué par la Couronne. Cette dernière a sollicité la tenue d’une audience *ex parte* en vue d’établir sa revendication du privilège de l’indicateur. Les

on those terms, and the Crown then commenced proceedings under s. 37, objecting to the ruling granting access to the hearing. Fish J., for this Court, held that s. 37 was properly invoked by the Crown to object in such circumstances, as the ruling constituted a form of disclosure of information.

[29] The Court of Appeal, however, sought to distinguish this case because *Basi* involved a *compulsory* disclosure order. The Court of Appeal reasoned that where, as here, the order merely declares that a party is *permitted* to disclose, rather than *required* to disclose, there is no “disclosure” order to which an objection can be made, and s. 37 is therefore unavailable. The Court of Appeal also sought to distinguish this case because *Basi* involved a disclosure that was to be made in court. Section 37, Frankel J.A. held, “was not intended to prevent a person who possesses information from voluntarily disclosing that information outside of [court] proceedings”.

[30] The police officers said in their affidavits that they sought the declaration because they wanted to disclose informer-privileged information to their lawyers. If left undisturbed, the declaratory order would have led inexorably to disclosure. To argue, then, that there was no “disclosure” order because the order did not strictly require the officers to do what they said they intended to do, or because the disclosure would occur outside court, replaces a plain meaning interpretation with a purely technical one, leaving the purpose of the provision as a casualty in its wake.

avocats des accusés ont demandé la permission d’assister à l’audience, moyennant un engagement de leur part de ne divulguer aucun renseignement protégé à leurs clients. La juge du procès a autorisé les avocats à assister à l’audience conformément à ces conditions, et la Couronne a ensuite intenté la procédure prévue à l’art. 37 pour s’opposer à cette décision. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Fish a conclu que la Couronne avait à bon droit invoqué l’art. 37 dans les circonstances, puisque la décision constituait une forme de divulgation.

[29] Cependant, la Cour d’appel a voulu établir une distinction entre la présente espèce et l’affaire *Basi*, pour le motif que cette dernière concernait une ordonnance de divulgation *obligatoire*. La Cour d’appel a expliqué que dans les cas où, comme dans le présent pourvoi, l’ordonnance déclare simplement qu’une partie est *autorisée* à communiquer des renseignements plutôt qu’*obligée* de le faire, il n’y a pas d’ordonnance de « divulgation » susceptible de faire l’objet d’une opposition et l’art. 37 ne peut donc être invoqué. La Cour d’appel a en outre cherché à distinguer l’affaire qui nous occupe de l’affaire *Basi*, en ce que cette dernière portait sur une divulgation qui devait se dérouler devant le tribunal. L’article 37, a conclu le juge Frankel, [TRADUCTION] « ne vise pas à empêcher les personnes qui disposent de renseignements de les communiquer volontairement en dehors d’une instance [judiciaire] ».

[30] Dans leurs affidavits, les policiers ont déclaré qu’ils sollicitaient l’ordonnance déclaratoire parce qu’ils voulaient divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur. Si l’ordonnance déclaratoire avait été maintenue, elle aurait inexorablement entraîné la divulgation des renseignements. Alors, le fait de prétendre qu’il n’y avait pas d’ordonnance de « divulgation » parce que l’ordonnance n’obligeait pas de façon stricte les policiers à faire ce qu’ils avaient dit avoir l’intention de faire, ou parce que la divulgation des renseignements aurait lieu ailleurs qu’au tribunal, a pour effet de remplacer une interprétation basée sur le sens ordinaire des mots par une interprétation purement technique, qui laisserait une victime dans son sillage : l’objet de la disposition.

[31] The purposes animating ss. 37 and 37.1 fully support their availability in the circumstances of this case. The interconnected purposes of ss. 37 and 37.1 are to give the Crown the ability to object to disclosures on public interest grounds, and to grant an interlocutory right of appeal where it is unsuccessful. They provide a “valuable tool in the Crown’s arsenal for protection against disclosure of confidential and privileged information” (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti and Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), at p. 9-27). Their purposes reflect the fact that the Crown’s ability to object to disclosures on public interest grounds was not meant to be restricted to those circumstances where the disclosure is compulsory and will occur in open court. Disclosures may be equally harmful to the public interest whether they are made in or outside of court, and whether they are made under compulsion or voluntarily. Disclosure of sensitive information, and especially informer-privileged information, can have very serious and immediate consequences for third parties and the administration of justice. That is why Parliament carved out a special process for challenging those disclosures. That process also includes an exception to the ordinary rule against interlocutory appeals in criminal matters, one of the “prime advantages” of invoking s. 37 as a “fail-safe mechanism” (Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-44.4 and 3-45).

[32] Because, in my respectful view, Wedge J.’s declaratory order was criminal in nature and authorized a form of disclosure to which the Crown was entitled to object on public interest grounds under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was therefore proper.

[31] Les objets qui animent les art. 37 et 37.1 appuient pleinement l’applicabilité de ces dispositions dans les circonstances de l’espèce. Les objets interreliés des art. 37 et 37.1 visent à conférer à la Couronne la capacité de s’opposer pour des raisons d’intérêt public à la divulgation de renseignements, ainsi qu’un droit d’appel interlocutoire en cas d’opposition infructueuse. Ces dispositions constituent [TRADUCTION] « un outil fort utile parmi la panoplie des mesures dont dispose la Couronne pour protéger des renseignements confidentiels et privilégiés contre la communication » (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti et Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), p. 9-27). Les objets visés par ces dispositions témoignent du fait que la capacité de la Couronne de s’opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d’intérêt public n’est pas censée se limiter aux situations où la divulgation est obligatoire et se déroulera en salle d’audience. Qu’elle ait lieu devant le tribunal ou à l’extérieur de celui-ci, et qu’elle soit faite sous contrainte ou volontairement, la divulgation de renseignements peut être tout aussi préjudiciable à l’intérêt public dans un cas comme dans l’autre. La divulgation de renseignements sensibles, et particulièrement de renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, peut entraîner des conséquences très graves et immédiates pour des tiers et pour l’administration de la justice. C’est pourquoi le législateur a élaboré un processus spécial de contestation de ces divulgations. Ce processus comporte également une exception à la règle ordinaire interdisant les appels interlocutoires dans les affaires criminelles, un des [TRADUCTION] « principaux avantages » du recours à l’art. 37 en tant que « mécanisme de sécurité » (Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-44.4 et 3-45).

[32] Étant donné que, à mon humble avis, l’ordonnance déclaratoire rendue par la juge Wedge était de nature criminelle et autorisait une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s’opposer pour des raisons d’intérêt public en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1 était donc une procédure appropriée.

[33] This brings us to the substantive issue raised by the appeal of Wedge J.'s order, namely, whether the officers were entitled to disclose informer-privileged information to their lawyers in the absence of a judicial determination that “innocence at stake” had been established.

[34] Informer privilege arises in circumstances where police receive information under a promise of confidentiality. Such a promise can be explicit, or can arise implicitly from police conduct that would “have led a person in the shoes of the potential informer to believe, on reasonable grounds, that his or her identity would be protected” (*R. v. Named Person B*, [2013] 1 S.C.R. 405, at para. 18). Informers are entitled to rely on the promises that police officers make to them because they are otherwise at serious risk of potential personal danger if their cooperation becomes known (*Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 16). And “[w]hen it is known in the community that an individual’s identity is privileged if he or she provides confidential information to the police, others may come forward” (Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-2).

[35] This Court recently summarized the rule in *R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, [2017] 2 S.C.R. 157, where Moldaver J. said:

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. [para. 1]

[33] Cela nous amène à la question de fond que soulève l’appel formé contre l’ordonnance de la juge Wedge, soit la question de savoir si les policiers pouvaient divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur en l’absence d’une décision judiciaire ayant conclu que l’application de l’exception de « l’innocence en jeu » avait été établie.

[34] Le privilège de l’indicateur s’applique dans les cas où les policiers obtiennent des renseignements en échange d’une promesse de confidentialité. Une telle promesse peut soit être explicite, soit découler implicitement d’une conduite policière qui aurait pu « donner à quelqu’un dans la situation de l’indicateur potentiel des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée » (*R. c. Personne désignée B*, [2013] 1 R.C.S. 405, par. 18). Les indicateurs sont en droit de se fier aux promesses que leur font les policiers, car leur sécurité personnelle pourrait être sérieusement menacée si le fait qu’ils collaborent avec ceux-ci venait à être connu (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 16). Et [TRADUCTION] « [q]uand les gens du milieu savent que l’identité d’un indicateur est protégée lorsque celui-ci communique aux policiers des renseignements confidentiels, il est possible que d’autres indicateurs se manifestent » (Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-2).

[35] La Cour a récemment résumé la règle dans l’arrêt *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, [2017] 2 R.C.S. 157, où le juge Moldaver s’est exprimé ainsi :

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. [par. 1]

[36] The standard for piercing informer privilege — the “innocence at stake” test — is, accordingly, onerous. The test was set out by this Court in *McClure*. The “privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction” (*McClure*, at para. 47). The *McClure* application is typically made at the close of the Crown’s case so courts only consider piercing informer privilege when strictly necessary (*R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, at para. 52). There are no other exceptions to informer privilege (*Vancouver Sun*, at para. 28; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281). It is “not something that allows for weighing on a case-by-case basis the maintenance or scope of the privilege depending on what risks the informer might face” (*Vancouver Sun*, at paras. 19 and 22).

[37] On a *McClure* application, the accused seeks to gain access to informer-privileged information through, ordinarily, a two-stage process. The first stage typically takes place in open court, with the accused and all counsel present. At this stage, as a threshold matter, the accused must establish that the privileged information is not available from any other source and that, in light of the Crown’s case, there is no other way for him or her to raise a reasonable doubt. At this stage he or she must also establish an “evidentiary basis to conclude that a communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt” (*Brown*, at para. 4).

[38] If such a basis exists, the second stage of the process occurs. At this stage, the trial judge should proceed to “examine the communication to determine whether, in fact, it is likely to raise a reasonable doubt” (*Brown*, at para. 4). Depending on the circumstances of the case, the trial judge may review the information alone, or with the assistance of Crown counsel, or with the assistance of *amicus*

[36] Le critère permettant de lever le privilège de l’indicateur — soit celui de la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ou de « l’innocence en jeu » — est en conséquence exigeant. Notre Cour a énoncé ce critère dans l’arrêt *McClure*. Le « privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l’innocence de l’accusé sont en cause ou s’il y a un risque véridable qu’une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (*McClure*, par. 47). Les demandes de type *McClure* sont habituellement présentées une fois la preuve de la Couronne close, de sorte que les tribunaux ne considèrent la possibilité d’écarter le privilège de l’indicateur que dans les cas où cela est strictement nécessaire (*R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 52). Le privilège de l’indicateur n’est pas assorti d’autres exceptions (*Vancouver Sun*, par. 28; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281). Il « ne permet[. . .] pas que l’on évalue au cas par cas le maintien ou la portée du privilège en fonction des risques auxquels pourrait s’exposer l’indicateur » (*Vancouver Sun*, par. 19 et 22).

[37] Dans le cadre d’une demande de type *McClure*, l’accusé sollicite l’accès aux renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, habituellement à l’issue d’un processus en deux étapes. En règle générale, la première étape se déroule en salle d’audience, en présence de l’accusé et de tous les avocats. À cette étape, à titre préliminaire, l’accusé doit établir que les renseignements protégés ne peuvent pas être obtenus ailleurs et que, compte tenu de la preuve de la Couronne, il n’y a aucune autre façon pour lui de soulever un doute raisonnable. À cette étape, l’accusé doit en outre présenter « des éléments de preuve permettant de conclure à l’existence d’une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (*Brown*, par. 4).

[38] Si un tel fondement existe, le tribunal procède alors à la deuxième étape du processus. À ce stade, le juge du procès doit « examiner la communication afin de déterminer si elle suscitera probablement un doute raisonnable » (*Brown*, par. 4). Selon les circonstances de l’affaire, le juge du procès peut examiner les renseignements lui-même ou avec l’aide du procureur de la Couronne ou d’un *amicus*, au besoin,

where necessary, *in camera* (see, generally, *Brown*; *Vancouver Sun*, at paras. 45-49).

[39] At no time have the police officers in this case argued that any privileged information in their possession meets the “innocence at stake” test. Nor have they argued that any of the information relating to confidential informers in the “Surrey Six” investigation is *genuinely* relevant to their defence. They say only that they believe information they possess “may” be relevant, and therefore that they wish to explore its relevance. The female witness at the centre of the police officers’ alleged criminal conduct was not a confidential informer, and the Crown states that to its knowledge no confidential informers were involved in the events that led to these charges.

[40] What they argue instead is that this is not a case where “innocence at stake” applies. In their view, the Crown’s position would impose restrictions on the right to “unfettered communication” between the accused and their lawyers, lawyers, moreover, who are bound by both solicitor-client privilege *and* informer privilege.

[41] Resolving this issue therefore requires consideration of who falls within the “circle” of informer privilege — the group of people who are entitled to access information covered by informer privilege and who are bound by it. Traditionally, this circle is tightly defined and has only included the confidential informer himself or herself, the police, the Crown and the court (*R. v. Barros*, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 37). If defence counsel can be brought into the circle, then the “innocence at stake” paradigm does not apply. If they cannot, it does.

[42] I agree with the Crown that the “innocence at stake” paradigm applies because defence counsel are outside the “circle of privilege”. In *Basi*, Fish J., for the Court, confirmed that defence counsel are not

lors d’une audience à huis clos (voir, de manière générale, *Brown*; *Vancouver Sun*, par. 45-49).

[39] À aucun moment dans la présente affaire les policiers n’ont fait valoir que des renseignements confidentiels en leur possession satisfaisaient au critère de « l’innocence en jeu ». Ils n’ont pas non plus soutenu que des renseignements concernant les indicateurs anonymes dans le cadre de l’enquête sur les « Surrey Six » étaient *véritablement* pertinents pour les besoins de leur défense. Ils disent simplement croire que des renseignements se trouvant en leur possession « pourraient » être pertinents et que, par conséquent, ils souhaitent évaluer leur pertinence. Le témoin de sexe féminin qui se trouve au cœur de la conduite criminelle reprochée aux policiers n’était pas un indicateur anonyme, et la Couronne affirme que, à sa connaissance, aucun indicateur anonyme n’a été impliqué dans les événements à l’origine des accusations en cause.

[40] Ce que les policiers soutiennent plutôt, c’est qu’il ne s’agit pas d’un cas où l’exception relative à « l’innocence en jeu » s’applique. Selon eux, la thèse de la Couronne aurait pour effet de restreindre le droit à des « communications illimitées » entre les accusés et leurs avocats, ces derniers étant de surcroît liés à la fois par le secret professionnel de l’avocat *et* le privilège relatif aux indicateurs de police.

[41] Pour résoudre cette question, il faut donc se demander qui se trouve dans le « cercle » du privilège relatif aux indicateurs de police — le groupe de personnes ayant le droit d’avoir accès aux renseignements visés par le privilège de l’indicateur et qui sont liées par celui-ci. Traditionnellement, ce cercle a été défini étroitement et ne comprend que l’indicateur anonyme lui-même, la police, la Couronne et les tribunaux (*R. c. Barros*, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 37). Si les avocats de la défense peuvent être intégrés dans ce cercle, le paradigme de « l’innocence en jeu » ne s’applique pas. S’ils ne peuvent l’être, le paradigme s’applique.

[42] Je conviens avec la Couronne que le paradigme de « l’innocence en jeu » s’applique, car les avocats de la défense ne font pas partie du « cercle du privilège ». Dans *Basi*, le juge Fish, qui s’exprimait

bound by informer privilege and are “outside the circle”. He held that permitting defence counsel to have access to informer-privileged information subject to an undertaking that they would not disclose the information to their clients would be improper, since “[n]o one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies” (para. 44). He went on to observe the problems inherent in bringing defence counsel into the “circle”:

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

Defence counsel would have to remain constantly on guard never to say or do anything, even inadvertently, that might tend to reveal the informant’s identity. This exceedingly onerous constraint would by its very nature “preven[t] frankness and fette[r] the free flow of information between lawyer and client”, and otherwise impair the solicitor-client relationship In certain cases, defence counsel might feel bound to withdraw their representation, caught in a conflict between their duty to represent the best interests of their client and their duty to the court not to disclose or to act on the information heard *in camera* [Emphasis deleted; paras. 45-46.]

[43] The police officers attempted to distinguish *Basi* on the basis that, in this case, disclosure would not place a strain on the solicitor-client relationship, because the accused already have this information. In fact, they submit, the strain is created by *non-disclosure*, because the accused possess the information while counsel do not.

au nom de la Cour, a confirmé que les avocats de la défense ne sont pas liés par le privilège relatif aux indicateurs de police et qu’ils sont « en dehors du cercle ». Il a conclu qu’il serait inapproprié de permettre aux avocats de la défense d’avoir accès aux renseignements visés par ce privilège moyennant un engagement de leur part de ne pas les divulguer à leurs clients, étant donné que « [n]ul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception s’applique » (par. 44). Le juge Fish a poursuivi en soulignant les problèmes inhérents au fait d’intégrer les avocats de la défense dans le « cercle » :

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

Les avocats de la défense devraient constamment se garder de ne jamais dire ou faire quoi que ce soit, même par inadvertance, qui pourrait tendre à révéler l’identité de l’indicateur. Cette contrainte extrêmement onéreuse, de par sa nature même, [TRADUCTION] « empêcherait la franchise et gênerait la libre circulation de l’information entre l’avocat et son client », et entraverait par ailleurs la relation avocat-client [. . .] Dans certains cas, les avocats de la défense pourraient se sentir obligés de se retirer du dossier, pris dans le conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et leur devoir envers la cour de ne pas divulguer les renseignements entendus à huis clos ou de s’abstenir d’agir sur la base de ceux-ci [Italique omis; par. 45-46.]

[43] Les policiers ont tenté de distinguer l’arrêt *Basi* de la présente affaire sur la base que, en l’espèce, la divulgation ne mettrait pas à rude épreuve la relation avocat-client, étant donné que les accusés disposent déjà des renseignements en cause. De fait, prétendent les policiers, la tension résulte plutôt de la *non-divulgation*, parce que les accusés possèdent des renseignements que leurs avocats n’ont pas.

[44] In my view, this attempt to distinguish *Basi* is unpersuasive. If the officers discuss this informer-privileged information with their lawyers, and their lawyers cannot use it until they bring a successful “innocence at stake” application at the close of the Crown’s case, the lawyers will be caught in a conflict of duties similar to, if not more serious than, the “awkward and professionally undesirable position” described in *Basi*. On the one hand, their duty to the client will tell them to use the information. On the other, informer privilege will instruct them to remain silent. The rationale in *Basi* therefore applies. I do not accept the police officers’ argument that limitations placed on what *they* can say to their lawyers creates the type of “strain” contemplated in *Basi*. Those limitations, unlike the limitations placed on the lawyer in *Basi*, do not create conflicting legal and professional duties: they align with the officers’ professional duties and allow their lawyers to proceed without fear of inadvertently revealing the privileged information their clients possess. They may require officers to exercise some degree of caution with respect to what they disclose, but that expectation does not meaningfully interfere with their relationship with counsel.

[45] More recently, in *Barros*, the Court again considered and rejected the argument that the defence — and in particular its agent, the investigator — was bound by informer privilege:

The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts, but we have been referred to no prior case where the duty has been extended to the accused and his or her representative . . . apart from the exceptional case of inadvertent disclosure to defence counsel . . . [para. 37]

[46] Since defence counsel are outside the circle of privilege, it is no answer for the police officers to say

[44] À mon avis, cette tentative de différenciation de l’arrêt *Basi* n’est pas convaincante. Si les policiers discutent des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur avec leurs avocats, et que ces derniers ne peuvent les utiliser avant d’avoir présenté avec succès, une fois la preuve de la Couronne close, une demande fondée sur l’exception relative à « l’innocence en jeu », les avocats se retrouvent dans un conflit d’obligations analogue à la « position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel » décrite dans *Basi*, voire dans une position plus difficile encore. D’une part, leur obligation envers le client leur dictera d’utiliser les renseignements. D’autre part, le privilège relatif aux indicateurs de police leur dictera de garder le silence. Le raisonnement exposé dans l’arrêt *Basi* s’applique donc. Je ne saurais retenir l’argument des policiers selon lequel les restrictions imposées à l’égard de ce qu’ils peuvent dire à leurs avocats mettraient la relation « à rude épreuve » de la manière envisagée dans *Basi*. Ces restrictions, contrairement à celles imposées à l’avocat dans *Basi*, ne créent pas d’obligations légales et professionnelles contradictoires : elles sont en adéquation avec les obligations professionnelles des policiers et elles permettent aux avocats de ces derniers d’assurer leur défense sans crainte de révéler par inadvertance des renseignements protégés que possèdent leurs clients. Il est possible que les restrictions obligent les policiers à faire preuve d’une certaine prudence quant à ce qu’ils révèlent, mais cette attente n’entrave pas de façon appréciable la relation avec leurs avocats.

[45] Plus récemment, dans *Barros*, la Cour a de nouveau examiné et rejeté l’argument selon lequel la défense — et plus particulièrement son mandataire, l’enquêteur — était liée par le privilège relatif aux indicateurs de police :

C’est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu’il incombe de protéger et d’appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police, mais aucune jurisprudence n’a été portée à notre attention où ce devoir aurait été étendu à l’accusé et à ses représentants [. . .] sauf dans le cas exceptionnel de la divulgation par inadvertance au procureur de la défense . . . [par. 37]

[46] Comme les avocats de la défense sont en dehors du cercle du privilège, les policiers ne sauraient

that the risk to the informer posed by disclosure to defence counsel is low. That may well be, as the legal system rightly places great trust in defence counsel. But it represents precisely the sort of “case-by-case” balancing of risks and benefits this Court said was impermissible in *Vancouver Sun*. In all cases where informer privilege applies, disclosure outside the circle requires a showing of “innocence at stake”.

[47] There is no reason that this conclusion should yield to the argument of the police officers that applying the “innocence at stake” paradigm would interfere with what they characterize as their right to “unfettered” communication with counsel. Here, the officers are barred from discussing issues that have not yet been judged to meet the “innocence at stake” standard, the standard that the Court has consistently concluded is the one that strikes an appropriate balance between the right to make full answer and defence and the need to protect confidential informers (*Vancouver Sun*, at para. 28; *Leipert*, at para. 28). In my view, adding to the analysis a consideration of the burden on what the accused can say to his or her lawyer does not change the balance in a meaningful way. The primary purpose of the right to free solicitor-client communication in a criminal proceeding is to permit the accused and counsel to discuss issues that *go to* full answer and defence. In these circumstances, “solicitor-client communication” does not have some independent, intrinsic value over and above its relationship to full answer and defence. Like any other criminal defendant, if it becomes clear that the police officers are at genuine risk of conviction, and that this information needs to be disclosed, they can bring a *McClure* application.

[48] In effect, the police officers are inviting this Court to establish a new exception to informer privilege sourced in the right to solicitor-client privilege.

prétendre que la divulgation des renseignements aux avocats de la défense ne fait courir qu’un faible risque à l’indicateur de police. Cela pourrait certainement être le cas, car le système de justice accorde, et ce, à juste titre, une très grande confiance aux avocats de la défense. Mais il s’agirait précisément du type de mise en balance « au cas par cas » des risques et avantages d’une telle mesure que notre Cour a jugée inadmissible dans *Vancouver Sun*. Dans tous les cas où le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique, la divulgation des renseignements en dehors du cercle requiert la démonstration par l’accusé que son « innocence est en jeu ».

[47] Il n’y a aucune raison pour que cette conclusion cède devant l’argument des policiers selon lequel l’application du paradigme de « l’innocence en jeu » entraverait ce qu’ils appellent leur droit à des communications « illimitées » avec leurs avocats. En l’espèce, les policiers ne peuvent discuter d’aspects qui n’ont pas encore été jugés comme satisfaisant au critère de « l’innocence de l’accusé », critère qui, comme l’a affirmé de façon constante notre Cour, permet d’établir le juste équilibre entre le droit de présenter une défense pleine et entière et la nécessité de protéger les indicateurs anonymes (*Vancouver Sun*, par. 28; *Leipert*, par. 28). À mon avis, ajouter à l’analyse la prise en compte des limites concernant ce que l’accusé peut dire à son avocat ne modifie pas l’équilibre de façon appréciable. L’objet premier du droit des avocats et de leurs clients de communiquer librement dans le cadre d’une instance criminelle est de permettre à l’accusé et à l’avocat de discuter des aspects qui *se rapportent* à une défense pleine et entière. Dans ces circonstances, les « communications avocat-client » n’ont pas de valeur intrinsèque indépendante au-delà de leur rapport avec une défense pleine et entière. Comme c’est le cas pour toute autre personne qui se défend contre des accusations criminelles, s’il devient clair que les policiers risquent véritablement d’être reconnus coupables, et qu’il est nécessaire que les renseignements en question soient divulgués, les policiers peuvent présenter une demande de type *McClure*.

[48] De fait, les policiers invitent la Cour à créer une nouvelle exception au privilège relatif aux indicateurs de police, exception qui tirerait ses origines

I would, with respect, reject that invitation, not only because this Court has made clear that it will not create new *ad hoc* exceptions to informer privilege, but also because the police officers' argument is predicated on a misconception of the right to solicitor-client privilege, and of how it interacts with other legal obligations (in this case, informer privilege). Solicitor-client privilege protects from disclosure and compulsion the accused's communications with counsel, subject to very narrow, limited exceptions (*Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, [2015] 1 S.C.R. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860). It does not, however, provide a licence to the client to communicate information that is otherwise protected from disclosure if it tends to identify a confidential informer. In other words, although solicitor-client privilege provides a near-impenetrable shield for communications with counsel, it is not a sword that can be wielded to pierce informer privilege.

[49] The officers submit that they need to be able to discuss the information in their possession with their lawyers in order to determine whether they should bring a *McClure* application in the first place. But this Court has refused to permit disclosure of privileged information solely for exploratory purposes, absent a showing that disclosure is "absolutely necessary" (see, for example, *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 21). The law does not permit the piercing of informer privilege solely based on the speculative possibility that relevant exculpatory information might be revealed. Nor does it permit disclosure simply because disclosure *might* be helpful to the defence. The standard remains "innocence at stake".

du secret professionnel de l'avocat. Soit dit en tout respect, j'estime qu'il faut décliner cette invitation, non seulement parce que la Cour a clairement indiqué qu'elle ne créerait pas de nouvelles exceptions particulières au privilège de l'indicateur, mais aussi parce que l'argument des policiers repose sur une compréhension erronée du droit au secret professionnel de l'avocat et de la manière dont celui-ci interagit avec d'autres obligations juridiques (en l'espèce le privilège de l'indicateur). Le secret professionnel de l'avocat protège les communications de l'accusé avec son avocat contre la divulgation et l'obligation de production, sous réserve d'exceptions limitées et très étroites (*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 R.C.S. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). Toutefois, cela n'autorise pas le client à communiquer des renseignements par ailleurs protégés contre la divulgation s'ils sont susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur anonyme. Autrement dit, bien que le secret professionnel de l'avocat constitue un bouclier presque impénétrable protégeant les communications avec les avocats, il ne saurait être utilisé comme une épée pour percer une brèche dans le privilège de l'indicateur.

[49] Les policiers font valoir qu'ils doivent être en mesure de discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats afin de déterminer s'ils devraient d'abord présenter une demande de type *McClure*. Mais notre Cour a refusé de permettre la divulgation de renseignements protégés uniquement à des fins exploratoires, en l'absence de démonstration de la « nécessité absolue » de la divulgation (voir, à titre d'exemple, *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 21). Le droit ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police seulement sur la base d'une possibilité conjecturale que des renseignements susceptibles de disculper l'accusé puissent être révélés. Il ne permet pas non plus la divulgation de renseignements simplement parce qu'ils *pourraient* être utiles à la défense. Le critère demeure celui de « l'innocence en jeu ».

[50] Nor am I persuaded that it would be necessary for the officers to disclose privileged information in order to have the discussions necessary to determine whether to bring a *McClure* application. If an accused officer believes that evidence pertaining to a confidential informer would prove that officer's innocence, he or she could simply advise counsel of this without disclosing any details tending to identify the informer. Then, at the end of the Crown's case, a *McClure* application could proceed, with the trial judge determining the particulars of how each step of that application should unfold.

[51] Requiring the police officers to exercise caution with respect to what information they disclose to their lawyers does not amount to a *per se* interference with their constitutional rights. Police officers bear particular responsibilities by virtue of the positions of power and trust they occupy, including obligations to keep informer-privileged information in the strictest confidence. Neither the right to solicitor-client privilege nor the right to make full answer and defence relieves police officers of those obligations. And, conversely, holding police officers to those obligations does not, in these circumstances, meaningfully interfere with either right. Police officers are expected to know what their obligations and responsibilities are and to act in accordance with them. The law may require them to exercise caution with respect to what information they disclose to their defence lawyers, but it is not an onerous burden on police officers to prohibit them from committing an illegal breach of their obligations to maintain privilege. And it is not, as discussed earlier in these reasons, an impediment to discussing anything genuinely necessary to making full answer and defence.

[52] Moreover, where the officers' obligations bar them from discussing matters with counsel, it is only because they possess information that any other accused person could only obtain after establishing "innocence at stake". Police officers are, when accused of crimes, entitled to expect that they will be

[50] Je ne suis pas non plus convaincue qu'il serait nécessaire que les policiers divulguent des renseignements protégés pour discuter de l'opportunité de présenter une demande de type *McClure*. Si un policier accusé estime que des éléments de preuve se rapportant à un indicateur anonyme établiraient son innocence, il pourrait simplement en informer son avocat sans révéler quelque renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur. Dans ce cas, une fois la preuve de la Couronne close, une demande de type *McClure* pourrait être instruite et le juge du procès déterminerait de quelle façon chaque étape de cette demande devrait se dérouler.

[51] Obliger les policiers à faire montre de prudence à l'égard des renseignements qu'ils divulguent à leurs avocats ne porte pas en soi atteinte aux droits que leur garantit la Constitution. Les policiers ont des responsabilités particulières en raison de la position de pouvoir et de confiance dans laquelle ils se trouvent, y compris l'obligation de protéger de façon stricte la confidentialité des renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs de police. Ni le droit au secret professionnel de l'avocat ni le droit à une défense pleine et entière ne libèrent les policiers de ces obligations. Et, inversement, assujettir les policiers à ces obligations n'a pas pour effet, dans les circonstances, de porter atteinte de façon appréciable à l'un ou l'autre de ces droits. On attend des policiers qu'ils connaissent leurs obligations et responsabilités, et qu'ils agissent en conséquence. Il est possible que le droit les oblige à faire montre de prudence à l'égard des renseignements qu'ils divulguent aux avocats qui les défendent, mais le fait d'empêcher les policiers de commettre une violation illégale de leur obligation d'assurer le maintien du privilège ne leur impose pas un lourd fardeau. Et, comme je l'ai expliqué plus tôt, le respect de cette obligation ne constitue pas un obstacle les empêchant de discuter de tout aspect véritablement nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière.

[52] Qui plus est, lorsque les obligations des policiers les empêchent de discuter de certaines questions avec leurs avocats, c'est uniquement parce qu'ils sont en possession de renseignements que tout autre accusé ne pourrait obtenir qu'après avoir établi que son « innocence est en jeu ». Lorsque des policiers

treated no less fairly than others who are accused and given the full protection of the law. What they are not entitled to expect is that they will be treated better. There is no reason to advantage police officers who, by virtue of their positions of trust, have information that has been confided to them for safekeeping. They hold that information strictly for law enforcement purposes, and may use it only in furtherance of those purposes. It is not their information to exploit for personal juridical gain.

[53] I would therefore allow the appeals and set aside Wedge J.'s declaratory order permitting disclosure of informer-privileged information. The Crown's request for an order pursuant to s. 37(6) of the *Canada Evidence Act* prohibiting the police officers from disclosing informer-privileged information to their counsel, subject to a successful "innocence at stake" application, is granted.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Her Majesty The Queen: Considine & Company, Victoria; Marshall & Massey, Victoria.

Solicitors for the appellant Person A: Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Solicitor for the appellants Superintendent Gary Shinkaruk and the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent Derek Brassington: Donaldson's, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondent David Attew: Michael Klein Law Corporation, Vancouver.

sont accusés de crimes, ils sont en droit de s'attendre à être traités non moins équitablement que les autres accusés et à bénéficier de l'entière protection de la loi. Ce à quoi ils ne peuvent s'attendre, toutefois, c'est à être traités plus favorablement que les autres accusés. Aucune raison ne justifie d'avantager des policiers qui, du fait de leur position de confiance, disposent de renseignements qui leur ont été confiés à titre confidentiel. Ils détiennent ces renseignements strictement afin de faire respecter la loi, et ils ne peuvent les utiliser qu'à cette fin. Ce ne sont pas des renseignements qu'ils peuvent exploiter pour obtenir un avantage personnel sur le plan juridique.

[53] J'accueillerais donc les pourvois et j'annulerais l'ordonnance déclaratoire de la juge Wedge permettant la divulgation des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police. La demande qu'a présentée la Couronne, en vertu du par. 37(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux policiers de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur, à moins qu'ils ne présentent avec succès une demande fondée sur l'exception relative à « l'innocence en jeu », est accueillie.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelante Sa Majesté la Reine : Considine & Company, Victoria; Marshall & Massey, Victoria.

Procureurs de l'appelante Personne A : Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Procureur des appelants Surintendant Gary Shinkaruk et le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimé Derek Brassington : Donaldson's, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs de l'intimé David Attew : Michael Klein Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Paul Johnston: Bolton Law, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Paul Johnston : Bolton Law, Vancouver.

Solicitors for the respondent Danny Michaud: Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Danny Michaud : Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Henein Hutchison, Toronto; Cooper Jørgensen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Henein Hutchison, Toronto; Cooper Jørgensen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Martland & Saulnier, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Martland & Saulnier, Vancouver.