

Date : 20070308

Dossier : A-123-06

Référence : 2007 CAF 101

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE EVANS
LE JUGE PELLETIER**

ENTRE :

SHELDON BLANK

appellant

et

LE MINISTRE DE LA JUSTICE

intimé

Audience tenue à Winnipeg (Manitoba), le 28 février 2007

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 8 mars 2007

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE LÉTOURNEAU

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE EVANS
LE JUGE PELLETIER**

Date : 20070308

Dossier : A-123-06

Référence : 2007 CAF 101

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE EVANS
LE JUGE PELLETIER**

ENTRE :

SHELDON BLANK

appellant

et

LE MINISTRE DE LA JUSTICE

intimé

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE LÉTOURNEAU

[1] Si je comprends bien les prétentions de M. Blank, qui se représente lui-même, le présent appel visant une ordonnance rendue par le juge Kelen de la Cour fédérale du Canada (le juge) soulève les questions suivantes :

- a) Le juge a-t-il commis une erreur en permettant aux parties de présenter des arguments à la Cour au sujet du dépôt d'affidavits confidentiels modifiés?
- b) Le juge a-t-il commis une erreur en entendant les arguments de l'intimé à huis clos et en l'absence de l'appelant?
- c) Le juge a-t-il commis une erreur en permettant à l'intimé de déposer des affidavits confidentiels?
- d) Le juge a-t-il commis une erreur en n'ordonnant pas la communication de renseignements et de documents que l'intimé a choisi de ne pas verser au dossier?

Les faits et la procédure

[2] Les questions se posent dans le contexte d'une demande d'accès à l'information. L'intimé a refusé de communiquer certaines parties des documents visés par cette demande au motif qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'appelant a présenté quatre demandes de contrôle judiciaire en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, et ses modifications (la Loi). L'intimé voulait déposer, à titre confidentiel, des affidavits et des renseignements relatifs à une enquête effectuée par le Commissaire à l'information. Sa demande a été accueillie par la Cour fédérale. L'appelant a interjeté appel de cette décision : *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2005 CAF 405.

[3] En appel, la Cour a statué au paragraphe 10 des motifs du jugement : « Quand le gouvernement produit un document ou un élément matériel expliquant pourquoi il refuse de communiquer des documents, le paragraphe 47(1) s'applique aux passages du document ou de l'élément matériel qui révéleraient le fondement de la demande de confidentialité du gouvernement. » Le paragraphe 47(1) prévoit :

47.(1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque :

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

47.(1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

[4] Il ressort de cette disposition que la Cour est chargée de prendre des précautions pour éviter que ne soient divulgués « des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente

loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document » ou « des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non ».

[5] La Cour a aussi statué que l'obligation de confidentialité imposée au Commissaire par les articles 35 et 62 de la Loi ne donne pas à l'intimé le droit de faire en sorte que les renseignements et documents relatifs à l'enquête menée par le Commissaire à l'information sur lesquels il s'appuie soient considérés comme confidentiels : voir les paragraphes 15 et 16 des motifs du jugement.

[6] Par conséquent, les renseignements et documents mentionnés ci-dessus que l'intimé voulait déposer en totalité ou en partie à titre confidentiel seraient assujettis à l'article 47 de la Loi et aux articles 151 et 152 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) : *ibidem*, au paragraphe 17. L'intimé pourrait évidemment aussi choisir de ne pas les déposer ou de les déposer publiquement.

[7] Finalement, la Cour a statué que le juge des requêtes devait trancher la question de la confidentialité de ces renseignements et documents avant d'instruire sur le fond les demandes fondées sur l'article 41. Par conséquent, l'affaire a été renvoyée au juge des requêtes afin qu'il rende la décision exigée par le paragraphe 47(1) de la Loi et par l'article 151 des Règles : *ibidem*, aux paragraphes 17 et 22.

[8] Le juge a donné une directive en application de l'arrêt de la Cour, le 19 décembre 2005 : voir le dossier d'appel, volume 1, aux pages 12 et 13. Il a invité l'intimé à déposer, avec des

arguments à l'intention de la Cour fédérale, des « affidavits confidentiels » modifiés énumérant les renseignements et documents qu'il voulait déposer à titre confidentiel. L'appelant a, pour sa part, été invité à présenter au juge des arguments à cet égard, ce qu'il a fait.

[9] Le 14 mars 2006, le juge a avisé les parties de la tenue d'une téléconférence à huis clos au cours de laquelle l'intimé pourrait présenter des arguments en l'absence de l'appelant, conformément à l'article 47 de la Loi. Ces arguments porteraient sur les lettres envoyées au Commissariat à l'information que l'intimé voulait inclure dans les affidavits confidentiels. Les directives indiquaient que le juge pourrait ordonner le retrait de ces lettres.

[10] Finalement, le 15 mars 2006, le juge a ordonné que les affidavits confidentiels modifiés de Kerry Clark et d'Helen Ryan soient déposés à titre confidentiel conformément à l'article 151 des Règles. C'est cette ordonnance qui fait l'objet du présent appel.

Analyse des motifs d'appel

[11] Le présent appel vise l'ordonnance du 15 mars 2006, mais certains motifs d'appel invoqués par l'appelant remontent à plus loin, notamment à l'ordonnance du 19 décembre 2005 et à la directive du 14 mars 2006. J'examinerai tout de même chacun des motifs d'appel.

Le juge a-t-il commis une erreur en permettant aux parties de présenter des arguments à la Cour au sujet du dépôt d'affidavits confidentiels modifiés?

[12] Il est rare qu'une partie à une instance se plaigne du fait que le juge lui a donné la possibilité de faire valoir son point de vue. En fait, c'est la première fois que je suis saisi d'une affaire où l'on demande l'annulation d'une instance parce que le juge a veillé à ce que l'équité procédurale soit respectée. L'appelant voulait que le juge tranche la question sans entendre les observations des parties sur la nature des renseignements et documents que l'on voulait déposer à titre confidentiel.

[13] Le pouvoir de la Cour fédérale de contrôler sa propre procédure permettait certainement au juge d'entendre les arguments additionnels des parties de manière à se conformer à l'arrêt de la Cour. En faisant preuve de prudence, le juge a rendu la procédure encore plus équitable.

[14] Je ne vois absolument aucun fondement à ce motif d'appel.

Le juge a-t-il commis une erreur en entendant les arguments de l'intimé à huis clos et en l'absence de l'appelant?

[15] Le paragraphe 47(1) de la Loi prévoit expressément la possibilité de tenir des audiences à huis clos et d'entendre des arguments en l'absence d'une partie pour éviter que ne soient divulgués des renseignements qui, par leur nature, justifient un refus de communication d'un document de la part d'un responsable d'une institution fédérale. À mon avis, le juge était pleinement justifié de prendre des mesures, notamment de tenir une audience à huis clos et d'entendre des arguments en

l'absence d'une partie, dans le but de déterminer quelles lettres adressées au Commissaire, le cas échéant, devaient rester confidentielles. Autrement, la tenue d'une audience contradictoire, publique ou à huis clos, aurait rendu l'exercice illusoire.

Le juge a-t-il commis une erreur en permettant à l'intimé de déposer des affidavits confidentiels?

[16] Il faut se rappeler qu'en renvoyant l'affaire au juge la Cour lui a demandé de décider si certains des renseignements et documents que l'intimé voulait déposer devaient l'être à titre confidentiel afin d'éviter que ne soient divulgués des renseignements protégés contre la divulgation en vertu de la Loi. C'est ce que le juge a fait.

[17] En l'espèce, l'exception demandée était fondée sur le secret professionnel de l'avocat. Il est maintenant bien établi que ce privilège doit faire l'objet d'une attention spéciale. Avec le temps, il est devenu une règle de droit substantielle et un principe de justice fondamentale au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est fondamental pour le système juridique canadien et essentiel à son bon fonctionnement : *Lavallée, Rackel & Heinze c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 18. Aussi, il doit être gardé jalousement et demeurer aussi absolu que possible : *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, aux paragraphes 17, 24 et 31; *Lavallée, Rackel & Heinze*, précité, au paragraphe 36; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 18.

[18] J'ai examiné les affidavits confidentiels modifiés et comparé les renseignements et documents qu'ils renferment avec ceux contenus dans la version publique de ces affidavits qui a été communiquée à l'appelant. Je suis convaincu que les renseignements et documents acceptés par le juge comme étant confidentiels, qui se trouvent dans les quatre volumes du dossier d'appel confidentiel, ont été considérés comme tels à juste titre. La communication des renseignements et documents exclus de la version publique porterait atteinte au secret professionnel de l'avocat revendiqué en vertu de l'article 23 de la Loi.

[19] La version publique des affidavits confidentiels modifiés montre tout le sérieux avec lequel le ministère de la Justice et les autres ministères fédéraux concernés ont pris leurs responsabilités sous le régime de la Loi en ce qui concerne la communication de documents et la protection du secret professionnel de l'avocat. En résumé, la version publique des affidavits confidentiels donnent de l'information sur l'application de l'exception, sur les consultations internes et sur le traitement de la demande de l'appelant afin de veiller à ce que la communication soit faite conformément à la Loi.

[20] Un examen des renseignements et documents demeurés confidentiels n'étaye pas les allégations de conduite irrégulière de l'État et de son avocat faites par l'appelant à l'audience devant la Cour. Au contraire, il faut saluer le professionnalisme et l'intégrité dont a fait preuve l'avocat de l'État, M^c Rupar, lorsqu'il a rassemblé ces renseignements et documents et les a examinés avec soin pour le bénéfice de la Cour fédérale, de la Cour et de l'appelant. Deux exemples illustreront ce comportement exemplaire.

[21] Au cours de son examen des nombreux documents, dont certains devaient être protégés par le secret professionnel de l'avocat, il a trouvé, dans les documents confidentiels, une lettre qui, selon ce qu'il nous a dit, sera communiquée parce qu'il a appris par la suite que la réponse à cette lettre avait été communiquée dans une autre affaire. Après avoir examiné le contenu de la lettre, il a conclu dans les circonstances qu'il convenait de renoncer au privilège protégeant cette lettre.

[22] Le deuxième exemple a trait à la question de la renonciation implicite au secret professionnel de l'avocat. M^e Rupar a joué le rôle de l'appelant à cet égard afin d'aider ce dernier. Il a consciencieusement attiré l'attention de la Cour sur une pratique qui consiste à s'appuyer sur un avis juridique – cette pratique est souvent appelée la défense de « bonne foi ». Il ressort de certaines décisions que le fait de s'appuyer sur un avis protégé par le secret professionnel de l'avocat pour adopter une façon de procéder peut équivaloir à une renonciation implicite à ce privilège. En d'autres termes, une partie ne peut s'appuyer sur un avis juridique pour choisir une marche à suivre et tenter ensuite d'empêcher la divulgation de cet avis : voir *Campbell et Shirose c. La Reine*, [1999] 1 R.C.S. 565, aux paragraphes 47 et 70.

[23] L'affaire *Le ministre de la Santé et le Procureur général du Canada c. Apotex*, 2004 CAF 280, est un cas où la Cour a convenu que l'État avait implicitement renoncé à son privilège concernant les communications entre le ministre et ses conseillers juridiques en se fondant subséquemment sur ces communications pour démontrer que le délai dans lequel une décision avait été rendue était raisonnable. L'équité a joué un rôle fondamental dans la décision de la Cour.

[24] L'avocat de l'intimé prétendait que la présente affaire et celles auxquelles la Cour fédérale a fait référence dans sa décision étaient différentes. Je suis d'accord avec lui. En l'espèce, l'intimé ne présente pas une défense fondée sur un avis juridique dans les quatre instances fondées sur l'article 41. Il revendique plutôt le secret professionnel de l'avocat. Les affidavits confidentiels modifiés sont simplement remis à la Cour, accompagnés de lettres et de communications, des renseignements qui expliquent comment, quand et pourquoi une exception fondée sur le secret professionnel de l'avocat a été demandée et s'applique toujours.

[25] Ces pièces découlent de la demande de communication de l'appelant. Ces documents préparés par l'intimé sont nécessaires pour répondre à la demande de l'appelant. Une communication systématique de tous ces documents irait tout simplement à l'encontre du but du privilège, non seulement en l'espèce, mais également dans d'autres affaires à venir. Par ailleurs, le fait de ne pas prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect de la Loi et, en conséquence, pour produire des documents semblables à ceux en cause en l'espèce par crainte de devoir les communiquer affaiblirait le privilège en rendant presque impossible la justification de sa revendication.

[26] Je suis convaincu que le juge n'a pas commis d'erreur en assurant la confidentialité de certains des renseignements et documents contenus dans les affidavits de Kerry Clark et d'Helen Ryan.

Le juge a-t-il commis une erreur en n'ordonnant pas la communication de renseignements et de documents que l'intimé a choisi de ne pas verser au dossier?

[27] L'appelant prétend que les renseignements et documents que l'intimé a décidé de ne pas verser au dossier des quatre instances fondées sur l'article 41 qui sont toujours en cours auraient dû lui être remis.

[28] L'intimé a déposé des affidavits confidentiels modifiés, conformément à la décision rendue par la Cour et à la directive donnée par la Cour fédérale le 19 décembre 2005. Ces affidavits modifiés, qui ont été acceptés par la Cour fédérale, renfermaient des renseignements et des documents qui, selon l'intimé, devaient rester confidentiels. Quant aux autres renseignements ne figurant pas dans les documents déposés à titre confidentiel, la Cour a déjà indiqué qu'elle laissait à l'intimé le soin de décider de les déposer ou non. Si l'intimé les dépose, il devra le faire publiquement. C'est ce qui ressort clairement des motifs du jugement rédigés par le juge Rothstein, à l'époque où il était juge de la Cour.

[29] Le juge Rothstein a écrit aux paragraphes 16 et 17 de l'arrêt *Blank*, précité :

Vu l'intérêt du public à l'égard de la publicité des débats judiciaires, le dépôt de documents devant un tribunal sous-entend habituellement que ces derniers seront publics. Si le ministre décide de déposer des documents relatifs à l'enquête menée par le Commissaire à l'information, il peut le faire. Mais l'article 35 ne l'autorise pas à faire en sorte que ces documents soient traités comme confidentiels.

Le ministre peut choisir de produire publiquement des documents
relatifs à l'enquête du Commissaire à l'information.

(Non souligné dans l'original.)

[30] Lorsqu'il a déterminé la confidentialité des affidavits modifiés, le juge n'avait pas le pouvoir d'ordonner que des renseignements ou documents en la possession de l'intimé qui n'avaient pas été déposés soient déposés dans le cadre des instances fondées sur l'article 41 ou soient remis à l'appelant.

Conclusion

[31] Comme j'ai essayé de le démontrer, le présent appel est dénué de fondement. Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais l'appel, avec dépens d'un montant de 5 000 \$, débours inclus, payables sans délai à l'intimé.

« Gilles Létourneau »

j.c.a.

« Je souscris aux présents motifs
John M. Evans, j.c.a. »

« Je souscris aux présents motifs
J. D. Denis Pelletier, j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-123-06

INTITULÉ : SHELDON BLANK
c.
LE MINISTRE DE LA JUSTICE

LIEU DE L'AUDIENCE : WINNIPEG (MANITOBA)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 28 FÉVRIER 2007

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE LÉTOURNEAU

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE EVANS
LE JUGE PELLETIER

DATE DES MOTIFS : LE 8 MARS 2007

COMPARUTIONS :

Sheldon Blank POUR L'APPELANT

Christopher Rupar POUR L'INTIMÉ

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

John H. Sims, c.r. POUR L'INTIMÉ
Sous-procureur général du Canada