

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC

DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : 500-11-060613-227

COUR SUPÉRIEURE
(Chambre commerciale)

**DANS LE PLAN D'ARRANGEMENT ET DE COMPROMIS
DE:**

RISING PHOENIX INTERNATIONAL INC.

-et-

10864285 CANADA INC.

-et-

11753436 CANADA INC.

-et-

CDSQ IMMOBILIER INC.

-et-

COLLÈGE DE L'ESTRIE INC.

-et-

**ÉCOLE D'ADMINISTRATION ET DE
SECRÉTARIAT DE LA RIVE-SUD INC.**

-et-

9437-6852 QUÉBEC INC.

-et-

9437-6845 QUÉBEC INC.

Débitrices

et

RICHTER INC.

Contrôleur

et

13901823 CANADA INC. (CESTAR COLLEGE)

Acheteur/Requérante

**PLAN D'ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE 13901823 CANADA INC.
(CESTAR COLLEGE) AU SOUTIEN DE SA REQUÊTE POUR RETRAIT OU MISE
SOUS SCELLÉ D'UN DOCUMENT**

1. 13901823 Canada inc. (« **Cestar College** ») était une partie mise en cause dans la présente affaire, eu égard à l'instance liée à la vente des actifs des Débitrices.
2. Cestar College recherche l'autorisation de la Cour afin de retirer du dossier de la Cour la pièce R-3 intitulée *Asset Purchase Agreement* (« **APA** ») déposée sous scellé au soutien de l'*Application for (i) the Issuance of an Approval and Vesting Order (...)* (ci-après la « **Demande d'approbation et de dévolution** ») ou alternativement, que l'APA demeure ou soit mise sous scellé jusqu'à ce qu'une nouvelle ordonnance soit rendue par cette Honorable Cour.
3. Les Débitrices et le Contrôleur ne s'opposent pas à la présente demande de Cestar College.
4. Les Consultants 3 LM inc. (« **3 LM** »), une créancière ordinaire de la Débitrice Rising Phoenix International Inc. et concurrente de Cestar College, s'oppose à la demande de Cestar College.

I – L'ARTICLE 108 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE (« CPC »)

5. L'article 108 alinéa 2 CPC établit que (a) les parties peuvent retirer en cours d'instance les pièces au dossier de la Cour avec le consentement de toutes les parties et (b) ont l'obligation de les retirer à la fin de l'instance (et ce, même sans l'autorisation du Tribunal).

« 108. Les parties, ainsi que les avocats ou, dans les procédures non contentieuses, les notaires qui les représentent, doivent veiller à ce que les pièces et autres documents qui comportent des éléments d'identification généralement tenus pour confidentiels soient produits sous une forme propre à assurer le caractère confidentiel de l'information.

Tout document ou élément matériel de preuve produit au dossier à titre de pièce doit y demeurer jusqu'à la fin de l'instance, à moins que toutes les parties ne consentent à son retrait. Les parties doivent, une fois l'instance terminée, reprendre possession des pièces qu'elles ont produites; à défaut, le greffier, un an après la date du jugement passé en force de chose jugée ou de l'acte qui met fin à l'instance, peut les détruire. Dans l'un et l'autre cas, le juge en chef du tribunal concerné peut surseoir à la destruction des pièces s'il considère qu'elles peuvent encore être utiles.

Toutefois, dans les matières susceptibles de révision ou de réévaluation ainsi que, dans les affaires non contentieuses, les avis, les procès-verbaux, les inventaires, les preuves médicales et psychosociales, les déclarations et les documents rendus exécutoires par le prononcé d'un jugement, y compris le cas échéant le formulaire de fixation des pensions alimentaires pour enfants qui y est joint, ne doivent être ni retirés ni détruits. » (nos soulignements)

6. Dans le présent cas, l'instance liée à la vente des actifs des Débitrices est terminée et conséquemment, l'APA devrait pouvoir être tout simplement retiré du dossier, même sans autorisation du Tribunal.
7. D'ailleurs, une jurisprudence constante confirme que lorsque l'instance est terminée, les parties ont pleine marge de manœuvre de retirer toutes les pièces du dossier :

Onglet 1 : *St-Pierre c. Ferme Martinoise inc.*, 2018 QCCS 4779, par.13, 14, 19

« [13] La jurisprudence nous enseigne que règle générale, « les parties ont pleine marge de manœuvre de retirer toutes les pièces du dossier » lorsque l'instance est terminée.

[14] Nous sommes ici dans un cas où l'instance est terminée. En effet, le jugement de la juge Ouellet a acquis l'autorité de la chose jugée. L'appel de ce jugement a été rejeté et aucun pourvoi à la Cour Suprême n'a été introduit. Les procédures d'exécution et d'opposition à cette exécution constituent une instance distincte, bien que rattachées au jugement du 9 août 2017.

[...]

[19] Ainsi, la levée de la mise sous scellés de la pièce P-6 est ordonnée. Il n'est donc pas utile d'autoriser Monsieur St-Pierre à consulter la pièce devant le greffier ou une personne que le Tribunal désignera, celui-ci étant autorisé à retirer la pièce P-6. » (nos soulignements)

8. Conséquemment, Cestar College a le droit de retirer le APA du dossier de la Cour, conformément à l'article 108 al. 2 CPC.
9. La Cour Suprême du Canada (« **CSC** »), dans l'arrêt *MédiaQMI inc. c. Kamel*, a confirmé que le retrait d'une pièce du dossier de la Cour peut être fait à la fin de l'instance, ou pendant l'instance avec le consentement de l'ensemble des parties, malgré l'existence d'une demande pendante de consultation du dossier de la Cour :

Onglet 2 : *MédiaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, par.19 et 61

« [19] [...] L'article 11 C.p.c. donne accès à un dossier dont le contenu est en partie régi par l'art. 108 C.p.c. Le fait d'en retirer des pièces dans les circonstances décrites à l'art. 108 C.p.c., alors qu'une demande de consultation du dossier est pendante, ne constitue pas une « atteinte à une règle d'ordre public » (motifs du juge en chef et du juge Kasirer, par. 123); ce n'est que l'exercice d'un droit prévu par le Code de procédure civile. Avec beaucoup d'égards pour l'opinion de mes collègues, il ne suffit pas d'insister sur l'importance du principe de la publicité des débats pour étendre ses ramifications au-delà de ce qu'autorise la loi. Aussi fondamental soit-il, ce principe demeure circonscrit par les limites prévues au Code de procédure civile. [...]

[...]

[61] Ce concours de circonstances a amené le CIUSSS à présenter à l'audience du 25 avril 2017 la demande verbale à l'origine du présent pourvoi. Le jugement de première instance « autorise le CIUSSS à retirer du dossier les pièces P-1 à P-4 » : par. 137. Cette conclusion avait certes le mérite de clarifier la situation en cours, mais elle n'était pas, à proprement parler, nécessaire en droit. Comme je l'ai expliqué, les règles énoncées à l'art. 108 al. 2 C.p.c. ne requièrent aucune autorisation du tribunal.

[...]

[67] Il ne suffit pas d'invoquer un droit acquis pour en faire apparaître un comme par magie. Le dépôt d'une requête en vertu de l'art. 11 C.p.c. n'accorde à son auteur aucun droit d'exiger le maintien, de façon statique, du contenu du dossier judiciaire jusqu'à ce que cette requête soit tranchée.» (nos soulignements)

10. Dans le cas présent, s'il était déterminé que l'instance liée à la vente des actifs des Débitrices n'était pas terminée, ce qui n'est pas admis, les parties liées à la Demande d'approbation et de dévolution, soit celles listées à la procédure et ayant eu accès à l'APA (i.e. les Débitrices, le Contrôleur et Cestar College) consentent au retrait du APA du dossier de la Cour;
11. Quant à 3 LM, elle n'est pas intervenue au débat relatif à la Demande d'approbation et de dévolution et n'en a pas appelé du *Approval and Vesting Order*, émis le 14 mars 2022.

II – CONFIDENTIALITÉ

12. Si l'APA ne pouvait pas être retiré du dossier, il est soumis qu'une ordonnance de confidentialité permettrait de préserver des informations confidentielles et des intérêts légitimes importants de Cestar College.
13. Certes, les demandes de confidentialité mettent en jeu des principes importants de publicité des débats judiciaires et du droit à la liberté d'expression. Dans le cas présent, il est soumis que ces principes ne seront aucunement affectés négativement même si une ordonnance de confidentialité était émise, notamment parce que :
 - a. le débat lié à la vente des actifs des Débitrices à Cestar College (la « **Transaction** ») est maintenant clos;
 - b. le public a déjà eu accès à suffisamment d'information sur la Transaction, permettant ainsi le respect de la publicité des débats; et
 - c. l'intérêt commercial de Cestar College, ainsi que le respect des obligations contractuelles de confidentialité des parties (pièce RC-3, communiquée sous scellé), doivent également être pris en considération et militent en faveur d'une ordonnance de confidentialité.
14. Une fois l'*Approval and Vesting Order* étant passée en force de chose jugée, il n'y a plus aucune utilité de conserver l'APA au dossier de la Cour. En effet, l'ordonnance type du Barreau souligne le caractère autonome d'une ordonnance d'approbation et de dévolution, par rapport au document d'achat des actifs :

Onglet 3 : Note de bas de page 6 du *Projet d'ordonnance de type téléchargeable du site internet du Barreau de Montréal*

« Pour permettre à la présente ordonnance d'être autonome (sans nécessité de se rapporter au dossier de la Cour et/ou à la Convention d'achat), il serait préférable que les Actifs achetés soient décrits avec précision en annexe. »
15. En l'espèce, l'*Approval and Vesting Order* contient plusieurs annexes énumérant les actifs achetés, les actifs exclus de la vente et les contrats cédés. Il est soumis que l'objectif de transparence envers le public a été largement atteint, notamment par le biais de ces annexes.
16. Au surplus, le Cinquième rapport du contrôleur Richter inc., daté du 10 mars 2022 (cote 28 au plume), fournit un compte-rendu des termes de la Transaction, aux paragraphes 22 et suivants. Ces informations permettaient au public d'avoir suffisamment d'informations sur la transaction concernant la vente des actifs des Débitrices, le tout respectant la publicité des débats judiciaires.

17. Ces informations contenues au dossier de la Cour ont permis au public d'avoir une image fidèle de la Transaction et offrent une alternative raisonnable à la publicité des débats judiciaires, permettant ainsi une ordonnance de confidentialité concernant l'APA sans qu'il n'y a d'atteinte à des principes fondamentaux.
18. Ainsi, il est soumis que même si une ordonnance de confidentialité était émise à propos de l'APA, cette ordonnance n'aurait aucun effet limitatif sur la présomption de publicité judiciaire (telle que rappelée dans l'affaire *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25 (**Onglet 2 du Cahier d'autorités de 3 LM**)). Seul l'intérêt légitime de confidentialité commerciale de Cestar College demeure en jeu.
19. S'il advenait qu'une ordonnance de confidentialité visant l'APA mette en péril le principe de la transparence des débats judiciaires, ce qui n'est aucunement admis, il est soumis que Cestar College détient un intérêt commercial important justifiant sa mise sous scellé.
20. Dans l'affaire *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, la CSC précise qu'un intérêt commercial peut être un « intérêt public important ». En effet, il existe un intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels et dans le respect des obligations contractuelles, comme c'est le cas en l'espèce:

Onglet 4 : *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, par. 49, 55 et 59

« [55] De plus, l'expression « intérêt commercial important » exige une clarification. Pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Par exemple, une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux. Si toutefois, comme en l'espèce, la divulgation de renseignements doit entraîner un manquement à une entente de non-divulgation, on peut alors parler plus largement de l'intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels. Simplement, si aucun principe général n'entre en jeu, il ne peut y avoir d'« intérêt commercial important » pour les besoins de l'analyse. Ou, pour citer le juge Binnie dans F.N. (Re), [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 10, la règle de la publicité des débats judiciaires ne cède le pas que « dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité » [...]. » (nos soulignements)

21. Les informations contenues au APA qui ne sont pas déjà publiques ont toujours été traitées comme étant des informations confidentielles.
22. De plus, en signant une nouvelle entente de confidentialité avec les Débitrices au moment de la clôture de la Transaction le 30 juin 2022, Cestar College avait une expectative légitime à ce que l'APA (incluant toutes ses annexes), demeure confidentiel (c.f. l'article 1.1(b) (vi) de l'entente intitulée *Non-Sollicitation and Confidentiality Agreement*, pièce RC-3 produite sous scellé).
23. Ainsi, la divulgation publique de l'APA entrainerait un manquement au *Non-Sollicitation and Confidentiality Agreement*, RC-3.
24. De plus, Cestar College s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle, puisque 3 LM acquérait un avantage indu par sa connaissance détaillée de la Transaction visant les opérations actuelles et futures de Cestar College (l'entreprise a été vendue en continuité des opérations), sans aucun effet bénéfique pour la protection du public (déjà suffisamment informé).
25. Or, en plus d'avoir accès à l'ensemble de la structure confidentielle de la Transaction, 3 LM aurait alors accès à des informations concernant des tiers, incluant les employés et les étudiants, lesquels doivent être également protégés, conformément à l'article 108 CPC ainsi qu'au paragraphe 20 du *Approval and Vesting Order*.
26. D'ailleurs, l'article 108 CPC, au premier alinéa, permet aux parties de limiter la publicité de leurs pièces en les « *déposant sous une forme propre à assurer le caractère confidentiel de l'information* ».
27. Les commentaires de la ministre de la Justice pour l'article 108 CPC précisent que :

Onglet 5 : Commentaires de la ministre de la Justice dans *Alter Ego : Code de procédure civile* de Claire Carrier et Hubert Reid, 38^e éd., 2022.

« Les archives des tribunaux étant publiques, une nouvelle règle est ajoutée, qui fait obligation aux parties et à leurs représentants d'assurer la protection d'éléments d'identification généralement tenus pour confidentiels et d'éviter ainsi la dissémination de renseignements qui pourraient donner lieu à l'usurpation d'une identité ou porter inutilement atteinte à la vie privée ou à la dignité des parties et des autres personnes concernées. [...] » (nos soulignements)

28. Le Tribunal peut s'autoriser de l'article 12 CPC afin de limiter la diffusion du APA, en ordonnant sa mise sous scellé et ainsi faire exception au principe de la publicité des débats judiciaires, le tout afin de protéger des intérêts légitimes importants relatés ci-haut :

« 12. Le tribunal peut faire exception au principe de la publicité s'il considère que l'ordre public, notamment la protection de la dignité des personnes concernées par une demande, ou la protection d'intérêts légitimes importants exige que l'audience se tienne à huis clos, que soit interdit ou restreint l'accès à un document ou la divulgation ou la diffusion des renseignements et des documents qu'il indique ou que soit assuré l'anonymat des personnes concernées. » (nos soulignements)

29. Au surplus, les Tribunaux ont intérêt à ce que toutes les preuves pertinentes leur soient présentées, dans un objectif de recherche de la vérité, tout en permettant aux parties d'avoir l'opportunité de protéger les informations qu'elles jugent confidentielles, le cas échéant. En ce sens, les Débitrices, le Contrôleur et Cestar College n'avaient pas d'autres choix que de produire l'APA au dossier de la Cour afin de rechercher une approbation de la Transaction. Inversement, Cestar College est en droit de s'attendre à ce que l'engagement de confidentialité conclut entre elle-même et les Débitrices soit respecté (pièce RC-3), engagement qui ne pourra être respecté si l'APA n'est pas retiré du dossier la Cour ou conservé sous scellé.
30. En date d'aujourd'hui, il n'y a plus aucune possibilité d'en appeler du *Approval and Vesting Order* et le débat relatif à la vente des actifs des Débitrices est clos. Conséquemment, le retrait ou la mise sous scellé de l'APA n'affectera en rien le principe de publicité des débats ou le principe de l'audience publique promulgué notamment par l'article 11 CPC.
31. Dans ce contexte, il est soumis que le seul intérêt qui demeure en jeu est celui de confidentialité soumis par Cestar College. Inversement, 3LM ne détient aucun droit surpassant celui de Cestar College de retirer du dossier de la Cour son document confidentiel ou du moins, d'en conserver sa confidentialité par sa mise sous scellé.
32. Le tout étant respectueusement soumis.

MONTRÉAL, le 25 juillet 2022

Robinson Sheppard Shapiro

ROBINSON SHEPPARD SHAPIRO

s.e.n.c.r.l. ● L.L.P.

800 Square-Victoria, Suite 4600

Montréal, QC H4Z 1H6

Me Annie Claude Beauchemin | Me Juliana Boutot

Tél.: (514) 878-2631 | Téléc.: (514) 878-1865

Courriel : acbeauchemin@rsslex.com

Avocats de l'Acheteur/Requérante

Onglet 1

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE KAMOURASKA

N° : 250-17-001220-156

DATE : 25 septembre 2018

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE MARIE-PAULE GAGNON, J.C.S.

GASTON ST-PIERRE

Demandeur

c.

FERME MARTINOISE INC.

Défenderesse

JUGEMENT

sur demande de levée de la mise sous scellés

L'APERÇU

[1] Monsieur Gaston St-Pierre demande la levée de la mise sous scellés de l'original de la déposition qu'il attribue à Monsieur Patrice Martin, pièce P-6. Il demande aussi de pouvoir consulter cet original de la pièce en présence du greffier ou d'une personne que le Tribunal désignera. Monsieur St-Pierre demande finalement au Tribunal de prendre connaissance de cette pièce P-6 et « *de constater les faits du tracé latent* ».

[2] La levée de la mise sous scellés est formulée par Monsieur St-Pierre parce qu'il souhaite prendre connaissance de l'original de la pièce P-6 et / ou demander à un expert d'en prendre connaissance pour les fins de sa plainte pour parjure, logée à la Sûreté du Québec.

[3] Monsieur St-Pierre soutient toujours que cette pièce a été signée par Monsieur Martin, malgré que la juge Suzanne Ouellet, dans son jugement du 9 août 2017 qui rejette la réclamation de Monsieur St-Pierre et accueille en partie la demande reconventionnelle de Ferme Martinoise, conclut que ce n'est pas la signature de Monsieur Martin qui apparaît à la pièce P-6¹.

[4] Ferme Martinoise s'oppose vigoureusement à la demande, craignant que le débat relatif au signataire de cette pièce soit relancé. Elle allègue que Monsieur St-Pierre veut ni plus ni moins une réouverture des débats et contester le jugement de la juge Ouellet, alors que l'appel de ce jugement a été rejeté² et qu'il a acquis l'autorité de la chose jugée. Elle ajoute que si le procureur de la Couronne ou la Sûreté du Québec souhaitent obtenir cette pièce dans le cadre de leur enquête sur la plainte de parjure, ils adresseront eux-mêmes leur demande.

[5] L'original de cette pièce P-6 est mis sous scellés par la juge Ouellet en date du 10 novembre 2016 dans le but d'assurer la préservation de l'intégrité de ce document, qu'il n'y ait aucune altération de celui-ci. Cette mise sous scellés n'est pas ordonnée pour des raisons liées à la confidentialité du document. D'ailleurs les parties ont toutes deux des copies de la pièce et aucune ordonnance de confidentialité n'est émise.

[6] La demande de Monsieur St-Pierre soulève donc les questions en litige suivantes :

1. La mise sous scellés est-elle caduque puisque l'instance est terminée par le jugement rendu par la juge Ouellet, lequel jugement a acquis l'autorité de la chose jugée?
2. Si la mise sous scellés n'est pas caduque, le Tribunal peut-il priver Monsieur St-Pierre de retirer sa pièce au dossier alors que le jugement au fond de l'affaire a acquis l'autorité de la chose jugée?
3. Le Tribunal peut-il prendre connaissance de la pièce P-6 et par jugement déclarer ce qu'il en constate?

L'ANALYSE

1. Caducité de la mise sous scellés

[7] L'ordonnance de mise sous scellés de la juge Ouellet ne précise pas de date de fin de la mise sous scellés. Elle se lit toutefois comme suit : « *CETTE ENVELOPPE [qui contient la pièce P-6] NE PEUT ÊTRE OUVERTE QUE SUR AUTORISATION DU TRIBUNAL* ».

¹ Sur la foi notamment des rapports et témoignages d'experts en écriture; paragraphe 83 du jugement de la juge Ouellet.

² Jugement de la Cour d'appel du 4 décembre 2017 dans le dossier 200-09-009609-170.

[8] La mise sous scellés de l'original de la pièce P-6 empêche donc l'accès à cette pièce, sauf autorisation du Tribunal. Puisque cette mise sous scellés n'a pas de date limite, le Tribunal est d'avis qu'elle perdure malgré la fin de l'instance³, tant et aussi longtemps que le Tribunal n'autorise pas sa levée.

[9] En l'espèce, la levée de la mise sous scellés doit-elle être ordonnée?

2. Retrait des pièces une fois l'instance terminée

[10] Soulignons d'abord que le législateur a édicté des règles relativement aux pièces et à leur retrait. Ainsi, l'article 108 du *Code de procédure civile* prévoit que « *tout document ou élément matériel de preuve produit au dossier à titre de pièce doit y demeurer jusqu'à la fin de l'instance, à moins que toutes les parties ne consentent à son retrait* » [Soulignement ajouté].

[11] Il énonce aussi que « *les parties doivent, une fois l'instance terminée, reprendre possession des pièces qu'elles ont produites* » [Soulignement ajouté], à l'exception de certains documents dans le cadre de matières susceptibles de révision ou de réévaluation ou dans le cadre d'affaires non contentieuses.

[12] Cette même disposition prévoit également que si la partie ne récupère pas ses pièces, le greffier peut les détruire un an après la date du jugement passé en force de chose jugée ou de l'acte qui met fin à l'instance.

[13] La jurisprudence nous enseigne que règle générale, « *les parties ont pleine marge de manœuvre de retirer toutes les pièces du dossier* » lorsque l'instance est terminée⁴.

[14] Nous sommes ici dans un cas où l'instance est terminée. En effet, le jugement de la juge Ouellet a acquis l'autorité de la chose jugée. L'appel de ce jugement a été rejeté⁵ et aucun pourvoi à la Cour Suprême n'a été introduit. Les procédures d'exécution et d'opposition à cette exécution constituent une instance distincte, bien que rattachées au jugement du 9 août 2017⁶.

[15] Le Tribunal doit donc déterminer si les motifs évoqués par Ferme Martinoise justifient la poursuite de la mise sous scellés de la pièce P-6, malgré que l'instance soit terminée et malgré la règle générale de l'article 108 du *Code de procédure civile*? Le Tribunal ne le croit pas.

³ Il y a en l'espèce fin de l'instance en raison du jugement rendu sur le fond de l'affaire ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

⁴ *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'île-de-Montréal c. M.K.*, 2017 QCCS 4691, par. 119; *Voyages Encore Travel inc. c. Nguyen*, 2017 QCCS 4693, par. 59 et 62.

⁵ Jugement de la Cour d'appel du 4 décembre 2017 dans le dossier 200-09-009609-170.

⁶ *Caisse Desjardins du Nord de Sherbrooke c. Canada (Procureur général)*, 2010 QCCA 1289, par. 24, 25 et 26.

[16] L'objectif de la mise sous scellés ordonnée par la juge Ouellet visait l'intégrité du document et non sa confidentialité⁷. La juge Ouellet voulait s'assurer que l'original demeurerait disponible et non altéré pour les fins des expertises d'écriture requises dans le cadre de la réclamation de Monsieur St-Pierre à l'encontre de Ferme Martinoise, dont poursuite de l'instruction avait été fixée en janvier 2017. Or, cet objectif a été rencontré puisque les experts ont consulté l'original de la pièce P-6 non altéré, séance tenante lors du procès⁸.

[17] Vouloir éviter que Monsieur St-Pierre relance le débat sur le signataire de cette déposition par le biais de sa plainte à la Sûreté du Québec pour parjure est compréhensible de la part de Ferme Martinoise, mais ne justifie pas que la mise sous scellés d'une pièce appartenant à Monsieur St-Pierre perdue dans le temps. Ferme Martinoise ne peut requérir le maintien de la mise sous scellés pour éviter un nouveau litige dans le cadre d'une autre instance ou d'un tout autre forum. Cette pièce appartient à Monsieur St-Pierre et n'est plus utile quant à l'instance désormais terminée.

[18] Finalement, le Tribunal note que dans le cadre de la plainte pour parjure, Monsieur St-Pierre a tout intérêt à préserver l'intégrité du document et à assurer la chaîne de possession, le cas échéant.

[19] Ainsi, la levée de la mise sous scellés de la pièce P-6 est ordonnée. Il n'est donc pas utile d'autoriser Monsieur St-Pierre à consulter la pièce devant le greffier ou une personne que le Tribunal désignera, celui-ci étant autorisé à retirer la pièce P-6.

3. Déclaration du Tribunal quant à la pièce P-6

[20] Le Tribunal, alors que l'instance est terminée, n'a pas le pouvoir de prendre connaissance de la pièce P-6 et de déclarer ce qu'il en constate, que ce soit un tracé latent ou autre chose. La juge Ouellet dans le cadre de la preuve administrée à l'instruction a pris connaissance de la pièce P-6, elle a entendu les témoignages en lien avec cette pièce et en a tiré des conclusions qui ont maintenant l'autorité de la chose jugée.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[21] **LÈVE** la mise sous scellés de l'original de la pièce P-6;

[22] **AUTORISE** le demandeur Monsieur Gaston St-Pierre à retirer la pièce P-6 du dossier de la Cour;

[23] **REJETTE** la demande relative à la prise de connaissance par le Tribunal de la pièce P-6 et quant au constat que le Tribunal pourrait en tirer;

⁷ Admission des parties lors de l'instruction de la demande de levée de la mise sous scellés et réécoute de la gestion du 10 novembre 2016.

⁸ Procès-verbal du 25 janvier 2017.

[24] **Avec frais de justice** en faveur du demandeur Gaston St-Pierre.

MARIE-PAULE GAGNON, J.C.S.

M. Gaston St-Pierre

[...]

Saint-Pascal (Québec) [...]

Demandeur

Me Nancy Lajoie

CAIN LAMARRE

Avocate de la défenderesse

Date d'instruction :

17 septembre 2018

Onglet 2



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : MédiaQMI inc. *c.*
Kamel, 2021 CSC 23

APPEL ENTENDU : 12
novembre 2020

JUGEMENT RENDU : 28 mai
2021

DOSSIER : 38755

ENTRE :

MédiaQMI inc.
Appelante

et

**Magdi Kamel et Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux
de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal**
Intimés

- et -

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Société Radio-Canada,
La Presse Inc. et Ad IDEM/Canadian Media Lawyer Association**
Intervenantes

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

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 73)

La juge Côté (avec l'accord des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Brown)

MOTIFS CONJOINTS DISSIDENTS :
(par. 74 à 143)

Le juge en chef Wagner et le juge Kasirer (avec l'accord des juges Rowe et Martin)

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

MÉDIAQMI INC. c. KAMEL

MédiaQMI inc.

Appelante

c.

**Magdi Kamel et
Centre intégré universitaire de santé et de
services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal**

Intimés

et

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec,
Société Radio-Canada,
La Presse Inc. et
Ad IDEM/Canadian Media Lawyer Association**

Intervenantes

Répertoire : MédiaQMI inc. c. Kamel

2021 CSC 23

N° du greffe : 38755.

2020 : 12 novembre; 2021 : 28 mai.

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

Procédure civile — Publicité des débats judiciaires — Droit d'accès au dossier du tribunal — Désistement — Retrait des pièces — Action intentée par un organisme public contre un ancien cadre alléguant le détournement de fonds publics — Requête sollicitant l'accès aux pièces se trouvant sous scellés au dossier du tribunal déposée par une entreprise de publication de journaux — Retrait des pièces autorisé par le tribunal en raison du désistement de l'organisme public avant l'audition de la requête — Le juge de première instance avait-il l'obligation de trancher la demande d'accès au dossier du tribunal avant d'autoriser le retrait des pièces? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 11, 108.

Le 6 octobre 2016, le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (« CIUSSS ») a entrepris une action en justice contre un ancien cadre, alléguant un détournement de fonds publics. L'action était assortie d'une demande d'ordonnance de type *Norwich* destinée à obtenir l'identité du détenteur des quatre comptes bancaires au profit desquels les sommes d'argent auraient été détournées. Le 7 octobre 2016, la Cour supérieure a rendu l'ordonnance de type *Norwich* et ordonné la mise sous scellés de l'ensemble du dossier, dont les quatre pièces déposées par le CIUSSS au soutien de ses allégations. MédiaQMI, une entreprise de publication de journaux, a déposé le 29 mars 2017 une requête pour mettre fin aux scellés fondée sur l'art. 11 du *Code de procédure civile* (« *C.p.c.* ») et l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« *Charte québécoise* ») dans le but de

prendre connaissance du dossier du tribunal, y compris les pièces qui pouvaient s’y trouver. L’audition de la requête, prévue pour le 5 avril 2017, a été remise au 25 avril 2017. Entre-temps, le 19 avril 2017, le CIUSSS s’est désisté de son action en justice. Il a tenté de reprendre possession des pièces qu’il avait déposées, mais le personnel du greffe n’a pas réussi à les retrouver. Lors de l’audition de la requête le 25 avril, le CIUSSS a formulé une demande verbale afin de reprendre possession des pièces déposées au dossier du tribunal. MédiaQMI s’est opposée à cette demande.

La Cour supérieure a ordonné la levée des scellés suivant le test énoncé dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, au motif que la preuve était insuffisante pour déroger au principe du caractère public des débats judiciaires. Elle a toutefois autorisé la demande de retrait des pièces formulée par le CIUSSS, conformément à l’art. 108 *C.p.c.*, en raison du désistement ayant mis fin à l’instance. Le lendemain du prononcé du jugement, le CIUSSS a repris possession de ses pièces. La Cour d’appel a rejeté l’appel de MédiaQMI formulé à l’encontre de la conclusion relative au retrait des pièces.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Rowe, Martin et Kasirer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : MédiaQMI ne peut obtenir une copie des pièces qui se trouvaient au dossier de la Cour supérieure au moment du dépôt de sa requête. Le droit de prendre connaissance des dossiers des

tribunaux énoncé à l’art. 11 *C.p.c.* ne s’étend pas au-delà de ce qui se trouve dans ces dossiers au moment de la consultation. Lorsqu’à la fin d’une instance les parties reprennent possession de leurs pièces conformément à l’art. 108 *C.p.c.*, les membres du public pourront toujours consulter le dossier mais n’auront plus accès aux pièces qui en ont été retirées.

L’article 11 *C.p.c.*, qui énonce le principe de la publicité des débats, ne confère pas un droit spécifique d’accéder aux pièces qui ont un jour fait partie des dossiers des tribunaux. Cette disposition donne accès au dossier du tribunal dont le contenu est en partie régi par l’art. 108 *C.p.c.* Ainsi, le fait de retirer des pièces du dossier dans les circonstances décrites à l’art. 108 *C.p.c.*, alors qu’une demande de consultation du dossier est pendante, ne constitue pas une atteinte à une règle d’ordre public; ce n’est que l’exercice d’un droit prévu par le *Code de procédure civile*. La position selon laquelle la portée du principe de la publicité des débats devrait s’interpréter à la lumière des chartes doit être rejetée. Quelle que soit la protection que les chartes accordent à ce principe, le législateur demeure libre d’en fixer la portée dans les règles qu’il édicte et il n’appartient pas aux tribunaux de le faire à sa place. En contexte civiliste, la création de règles de droit demeure la prérogative du législateur, de telle sorte qu’en l’absence de contestation constitutionnelle, ce sont les règles clairement énoncées au *Code de procédure civile* qui s’appliquent. En outre, en l’absence d’ambiguïté qui persisterait malgré l’application de la méthode d’interprétation contextuelle, les tribunaux n’ont pas à interpréter les lois de façon à les rendre conformes aux principes et valeurs de la *Charte canadienne des droits et*

libertés. Cette approche s'accorde par ailleurs avec les dispositions interprétatives de la *Charte québécoise*.

Le nouveau *Code de procédure civile*, entré en vigueur en 2016, prévoit, à ses art. 11 à 16, le régime général de la publicité de la justice civile et édicte, à l'art. 11, deux droits distincts: le droit d'assister aux audiences des tribunaux où qu'elles se tiennent et le droit de prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux. L'article 108 *C.p.c.* se réfère explicitement à ce régime général; cela ressort tout autant des termes employés par le législateur que de la lecture holistique du *Code de procédure civile* préconisée par sa disposition préliminaire et par l'art. 41.1 de la *Loi d'interprétation* québécoise. Ainsi, il paraît indiscutable que l'art. 108 *C.p.c.* concerne le contenu des dossiers dont il est question aux art. 11 à 16 *C.p.c.*, à savoir ceux dont le tribunal a la surveillance et le contrôle. Cette disposition régit donc le maintien, le retrait et la conservation des pièces produites au dossier auquel l'art. 11 *C.p.c.* donne accès.

On ne saurait restreindre la portée de l'art. 108, al. 2 *C.p.c.* en s'appuyant sur des passages des débats parlementaires d'après lesquels l'objectif du législateur aurait été de réduire les coûts associés au système judiciaire. Le recours aux travaux préparatoires ne saurait servir à justifier de ne pas appliquer une règle claire, minant ainsi la confiance que le lecteur doit pouvoir mettre dans le libellé du texte interprété à la lumière de son contexte. Les tribunaux n'ont pas à interpréter ni à appliquer l'objectif

sous-jacent à une disposition ou à un régime législatif, mais plutôt le texte au moyen duquel le législateur entend atteindre cet objectif.

En l'occurrence, le texte de l'art. 108, al. 2 *C.p.c.* autorise les parties à retirer leurs pièces de façon consensuelle en cours d'instance et les oblige à les récupérer une fois l'instance terminée. Il reprend, à quelques modifications près, les deux règles énoncées aux art. 83 et 331.9 de l'ancien *Code de procédure civile* intégrées à l'occasion d'une réforme relative au régime général de la communication et de la production de pièces. Cette réforme, survenue en 1994, visait à encourager les parties à s'échanger les informations en lien avec leurs preuves respectives et à se communiquer directement leurs pièces sans passer par la production au dossier du tribunal. Elle envisageait la production et la conservation des pièces sous l'angle de l'utilité et de la nécessité. Héritier de ce régime, l'art. 108 *C.p.c.* refond et unifie les règles liées au maintien, au retrait et à la conservation des pièces produites au dossier du tribunal. Dans la mesure où il régit le contenu de ces dossiers, il entraîne des conséquences immédiates sur les informations dont le public peut prendre connaissance en vertu de l'art. 11 *C.p.c.*

L'article 11 *C.p.c.* confère au public le droit de prendre connaissance des dossiers du tribunal, sous réserve des exceptions relatives à la confidentialité. Ce droit s'applique pendant et après l'instance. Même après la fin de l'instance, les pièces peuvent être consultées tant qu'elles restent au dossier, mais dès que les parties les reprennent ou que le greffier les détruit, elles cessent de faire partie du dossier dont le

public peut prendre connaissance. Cette conclusion s'accorde avec l'intention du législateur exprimée dans le texte des art. 11 et 108 *C.p.c.*, avec les objectifs législatifs sous-jacents à ces dispositions, avec l'économie générale du *Code de procédure civile* et avec les principes d'interprétation civilistes. Elle évite par ailleurs de donner au principe de la publicité de la justice civile énoncé à l'art. 11 *C.p.c.* une étendue susceptible de le dénaturer, de même qu'elle évite de compromettre d'autres objectifs importants visés par le *Code de procédure civile* comme la prévention et le règlement des différends. En effet, l'objectif de favoriser le règlement des différends serait assurément compromis si les parties désireuses de s'entendre après avoir saisi les tribunaux ne pouvaient rapatrier dans la sphère privée les documents qu'elles y ont produits.

Comme les art. 11 et 108 *C.p.c.* ne font intervenir aucune discrétion judiciaire, il n'y a pas lieu d'appliquer le test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* en l'espèce. En effet, ce test établit que le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance limitant la publicité des débats doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte canadienne* en tenant compte des droits et des intérêts qui militent dans des directions opposées. Or, lorsque la loi fixe la portée d'application du principe de publicité sans attribuer de discrétion au juge, la recherche d'un juste équilibre entre des droits et intérêts opposés qui respecterait les limites prescrites par la *Charte canadienne* n'a aucune raison d'être.

En l'espèce, le droit reconnu à MédiaQMI par l'art. 11 du *C.p.c.* de prendre connaissance des dossiers des tribunaux n'a jamais été compromis. En effet, l'ordonnance de mise sous scellés qui avait assuré jusque-là la confidentialité du dossier a pris fin avec le prononcé du jugement de première instance. MédiaQMI aurait pu consulter les pièces litigieuses si elle avait demandé à prendre connaissance du dossier pendant l'intervalle où elles étaient disponibles, puisqu'aucune mesure conservatoire n'avait été demandée par les parties. Elle ne l'a pas fait. Seules les modalités d'accès au dossier du tribunal et le contenu de ce dossier ont changé entre le dépôt de la requête pour mettre fin aux scellés et le retrait des pièces. Il s'agit là cependant d'une situation qui échappe à l'emprise de l'art. 11 puisqu'elle relève de l'art. 108 *C.p.c.* Le fait que MédiaQMI a déposé sa requête fondée sur l'art. 11 *C.p.c.* avant le désistement du CIUSSS n'est pas déterminant. Il ne lui confère aucun droit acquis à en débattre. De même, il ne lui accorde aucun droit d'exiger le maintien, de façon statique, du contenu du dossier judiciaire jusqu'à ce que la requête soit tranchée.

La conséquence juridique que l'art. 213 du *C.p.c.* attache au désistement, c'est la fin de l'instance. Or, la fin de l'instance habilite les parties à retirer leurs pièces suivant l'art. 108 *C.p.c.* En l'espèce, si MédiaQMI souhaitait prévenir l'exercice de cette faculté, elle devait contester le désistement qui emportait extinction de l'instance. Elle ne l'a pas fait. Dès lors, rien n'interdisait au CIUSSS de reprendre possession de ses pièces.

Le juge en chef **Wagner** et les juges Rowe, Martin et **Kasirer** (dissidents):
L'appel devrait être accueilli. Le dossier devrait être retourné à la Cour supérieure afin qu'elle tranche la demande d'accès aux pièces suivant le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* dont l'application en matière civile a été confirmée dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, et qu'elle rende les ordonnances qu'elle juge nécessaire.

La maîtrise par les parties de leur dossier est un principe directeur consacré à l'art. 19 *C.p.c.*, qui englobe la faculté des parties de choisir, à tout moment de l'instance, de régler leur litige ou de mettre autrement fin à l'instance (al. 3). Ce principe ne permet pas aux parties d'écarter le pouvoir discrétionnaire du juge de veiller au respect de la règle d'ordre public découlant du principe de la publicité des débats ou d'exercer leurs pouvoirs au détriment des intérêts nés et légitimes que possèdent des tiers d'en revendiquer l'application. En effet, lorsque les parties décident d'avoir recours à la justice civile, un service public, elles le font en sachant que le public peut exercer son droit fondamental à l'information concernant les procédures judiciaires. Le règlement d'un différend par voie privée ne peut à lui seul supplanter *ipso facto* le principe de la publicité des débats lorsque celui-ci est invoqué dans le respect des règles procédurales alors que l'instance est toujours en cours. Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre d'un litige où, dès le dépôt du recours en justice, un juge a émis une ordonnance limitant le principe du caractère public des débats judiciaires, comme en l'espèce.

Le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires, caractéristique d'une société libre et démocratique, est consacré à l'art. 11 *C.p.c.*, qui prévoit que tous peuvent assister aux audiences des tribunaux et prendre connaissance des dossiers. Le public et, en particulier, les médias d'information, possèdent l'intérêt requis pour en revendiquer l'application. Le législateur prévoit deux exceptions précises à ce principe fondamental. Premièrement, lorsque la loi prévoit le huis clos (art. 15 *C.p.c.*) ou restreint l'accès aux dossiers (art. 16 *C.p.c.*), ce qui est notamment le cas en matière familiale. Deuxièmement, en accordant au tribunal un pouvoir discrétionnaire lui permettant de faire exception au principe fondamental de la publicité des débats s'il considère que l'ordre public ou la protection d'intérêts légitimes importants l'exigent (art. 12 *C.p.c.*). Le tribunal qui est saisi d'une demande visant à limiter la publicité des procédures judiciaires doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément au cadre d'analyse élaboré dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*, et ce, même si personne ne s'y oppose.

Le régime du désistement découle du principe voulant que les parties aient la maîtrise de leur dossier (art. 19 al. 3 *C.p.c.*). Pour être opposable aux autres parties, il suffit que le désistement unilatéral leur soit notifié aux termes de l'art. 213 *C.p.c.* Il existe cependant un tempérament au principe de la maîtrise par les parties de leur dossier, lequel a été développé et appliqué par une jurisprudence constante : le désistement ne peut porter préjudice aux droits des autres parties ou des tiers, y compris le droit de faire juger d'une demande antérieure au désistement. Comme le désistement constitue une renonciation volontaire à un droit, à une prétention, ses effets se limitent

aux droits du renonçant, soit la partie qui se désiste. Il peut donc être valide, sans être opposable aux droits des tiers. En conséquence, le désistement d'une partie ne peut avoir pour objet ou effet de lui permettre d'échapper à une demande déjà formulée contre elle.

Si un désistement d'instance ne peut être invoqué au préjudice des intérêts nés et légitimes des tiers et à l'encontre des règles d'ordre public, les parties ne peuvent se prévaloir de l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* afin de retirer des pièces du dossier, à la suite d'une demande fondée sur l'art. 11 *C.p.c.* La maîtrise dont jouissent les parties à l'égard de leur dossier doit s'exercer dans le respect des principes de la procédure civile (art. 19 *C.p.c.*). Les parties ne peuvent écarter une règle d'ordre public, et ce, même par consentement mutuel. Appliquer le principe de la maîtrise du dossier comme s'il constituait une fin en soi serait non seulement contraire à la jurisprudence québécoise, mais irait également à l'encontre de l'économie générale du *Code de procédure civile* et du principe bien établi voulant qu'il faille interpréter ses dispositions en harmonie avec la *Charte québécoise* et les principes généraux du droit. Par conséquent, le principe de la maîtrise du dossier ne peut porter atteinte aux intérêts nés et légitimes de MédiaQMI de revendiquer l'application de la règle d'ordre public de la publicité des débats judiciaires.

Dès le moment où MédiaQMI a demandé la levée des scellés et l'accès aux pièces, un nouveau débat s'est engagé qui dépasse le strict intérêt privé des parties au litige principal. Le désistement produit à la suite de la demande déposée en vertu de

l'art. 11 *C.p.c.* ne peut faire échec à ce nouveau débat, distinct du litige principal, qui porte sur le bon fonctionnement de l'institution judiciaire dont la légitimité dépend de sa transparence et en partie du regard des médias. MédiaQMI cherchait ainsi à jouer son rôle de suppléant du public et à informer les lecteurs des activités se déroulant devant les tribunaux, un rôle crucial dans un contexte d'allégations de fraude au sein d'un organisme public responsable d'assurer le bon fonctionnement des établissements de santé régionaux. Le tribunal devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 12 *C.p.c.* Le désistement aurait toutefois produit ses pleins effets si MédiaQMI avait déposé sa demande après le désistement du CIUSSS et qu'elle avait demandé l'accès aux pièces alors que celles-ci ne se trouvaient plus au dossier. Son pourvoi aurait échoué sur cette base en l'absence de contestation de la validité constitutionnelle de l'art. 108 *C.p.c.*

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559;

Pharmascience inc. c. Binet, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18; *Hong c. Lavy*, 2019 NSSC 271, 46 C.P.C. (8th) 327; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC

19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Classic Fabrics Corp. c. B. Rawe GMBH & Co.*, 2001 CanLII 7221; *L'Espérance c. Atkins*, [1956] B.R. 62; *175809 Canada inc. c. 2740478 Canada inc.*, 2000 CanLII 9254; *Droit de la famille — 092038*, 2009 QCCS 3822, [2009] R.D.F. 646.

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Kasirer (dissidents)

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Charland c. Lessard*, 2015 QCCA 14; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287; *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, [2014] 1 R.C.S. 800; *Homans c. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *B. (B.) c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.J.Q. 317; *Rosei c. Benesty*, 2020 QCCS 1795; *Marcovitz c. Bruker*, 2005 QCCA 835, [2005] R.J.Q. 2482, inf. sur un autre point par 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Sirius Services conseils en technologie de l'information inc. c. Boisvert*, 2017 QCCA 518; *Horic c. Nepveu*, 2016 QCCS 3921; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *3834310 Canada Inc. c. R.C.*, 2004 CanLII 4122; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65;

Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 480; *Georgiadis c. Angelopoulos*, 2008 QCCS 6890; *Classic Fabrics Corp. c. B. Rawe GMBH & Co.*, 2001 CanLII 7221; *175809 Canada inc. c. 2740478 Canada inc.*, 2000 CanLII 9254; *L'Espérance c. Atkins*, [1956] B.R. 62; *Graham-Albulet c. Albulet*, [1977] C.A. 323; *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.* (1989), 29 Q.A.C. 63; *Constructions Panthéon inc. c. Clinique Altermed inc.*, 2015 QCCA 50; *Fourrures Taran (Mtl) inc. c. Tuac, local 501*, 2005 CanLII 11669; *7006098 Canada inc. c. Sobeys Canada inc.*, 2020 QCCS 897; *Berenbaum c. Berenbaum Reichson*, 2014 QCCA 1630; *Entreprises de béton Fern Leclerc Ltée c. Bourassa*, [1990] R.D.J. 558; *Droit de la famille — 092038*, 2009 QCCS 3822, [2009] R.D.F. 646; *Wetherall c. Macdonald* (1903), 9 R. de J. 381; *9163-5771 Québec inc. c. Bonifier inc.*, 2017 QCCA 1316; *Ditomene c. Syndicat des enseignants du Cégep de l'Outaouais (SECO)*, 2012 QCCA 1296; *Byer c. Québec (Inspecteur général des institutions financières)*, [2000] R.L. 615; *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCA 2255; *Banque Commerciale Italienne du Canada c. Magas Development Corp.*, [1992] R.D.I. 246; *Portnoff (Syndic de)*, [2000] R.J.Q. 1290.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d).

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 9.1, 23, 51, 53.

Code civil du Québec, art. 33.

Code de procédure civile (France), 1806, art. 87.

Code de procédure civile, S.Q. 1897, c. 48, art. 16.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 13, 47, 83 [mod. 1994, c. 28, art. 3], 331.7, 331.9 [aj. *idem*, art. 20].

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, disposition préliminaire, art. 1 à 7, 8 à 28, 49, 107, 108, 205, 206, 213, 214, 220, 246 à 252.

Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16, art. 41.1.

Loi modifiant le Code de procédure civile, projet de loi 24, 3^e sess., 34^e lég., Québec, 1994.

Loi modifiant l'organisation et la gouvernance du réseau de la santé et des services sociaux notamment par l'abolition des agences régionales, RLRQ, c. O-7.2, art. 38.

Loi sur la procédure civile du canton de Genève, 1837, art. 84.

Nouveau Code de procédure civile (France), art. 394, 395, 396.

Règlement de la Cour du Québec, RLRQ, c. C-25, r. 4, art. 3, 4, 18, 19.

Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, règles 2, 3.

Doctrine et autres documents cités

Bachand, Frédéric. « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* » (2015), 61 *R.D. McGill* 447.

Chamberland, Luc, dir. *Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, *Articles 1 à 390*, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.

Cromwell, Thomas A., Siena Anstis and Thomas Touchie. « Revisiting the Role of Presumptions of Legislative Intent in Statutory Interpretation » (2017), 95 *R. du B. can.* 297.

d'Aguesseau, Henri François. *Discours de M. le chancelier d'Aguesseau*, t. 1, nouv. éd., Lyon, L. Boget, 1822.

Dorais, O. P., et A. P. Dorais, *Code de procédure civile de la province de Québec, comprenant les observations spéciales des commissaires chargés de la révision*

et modification du Code de procédure civile du Bas-Canada, Montréal, Théoret, 1897.

Dreifuss-Netter, Frédérique. *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985.

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Frain du Tremblay, Jean. *Essais sur l'idée du parfait magistrat où l'on fait voir une partie des obligations des Juges*, Paris, Pierre Emery, 1701.

Fricero, Natalie. « Audience et débats », dans *JurisClasseur France — Procédure civile*, par Philippe Carillon et Roger Perrot, dir., Paris, LexisNexis, 2019, fascicule 800-50 (mis à jour novembre 2020) (en ligne : www.lexisnexis.ca).

Fricero, Natalie. « Désistement », dans *JurisClasseur France — Procédure civile*, par Philippe Carillon et Roger Perrot, dir., Paris, LexisNexis, 2018, fascicule 800-40 (en ligne : www.lexisnexis.ca).

Guillemard, Sylvette. « Réflexions autour des sept premiers articles du *Code de procédure civile* », dans Sylvette Guillemard, dir., *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés?*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 123.

Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017, « pièce ».

Grammatikas, Georges. *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971.

Lafond, Pierre-Claude. « Introduction », dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Régler autrement les différends*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2018, 1.

Lamothe, Maxime. *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

LeBel, Louis. « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015), 56 *C. de D.* 87.

LeBel, Louis. « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir., *Interpretatio non cessat — Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 103.

- Lluellas, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Maillette, Hélène. « Incidents qui mettent fin à l'instance », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I*, 2^e éd., par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2015, fascicule 21 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2019, envoi n° 9).
- Menétrey, Séverine. « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales » (2008), 40 *R.D. Ottawa* 117.
- Mignault, P. B. « Le Code Civil de la Province de Québec et son Interprétation » (1935), 1 *U.T.L.J.* 104.
- Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381.
- Montesquieu. *De l'Esprit des Lois*, t. 1, Genève, Barrillot & fils, 1748.
- Motulsky, Henri. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948.
- Perrot, Roger. *Institutions judiciaires*, Paris, Les cours de droit, 1978.
- Perrot, Roger, Bernard Beignier et Lionel Miniato. *Institutions judiciaires*, 18^e éd., Paris, L.G.D.J., 2020.
- Piché, Catherine. « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* » (2014), 73 *R. du B.* 135.
- Piché-Messier, Mathieu, et Anaïs Bussièrès McNicoll. « Développements récents en matière de propriété intellectuelle dans le cadre des ordonnances de type *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* », dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec, vol. 464, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Montréal, Yvon Blais, 2019, 89.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Publications du Québec, 1986.
- Plamondon, Jacinthe. « Les principes directeurs et le nouveau *Code de procédure civile* (art. 17 à 24 C.p.c.) », dans Sylvette Guillemard, dir., *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 27.

- Québec. Assemblée nationale. « Adoption du principe — Projet de loi 24 — Loi modifiant le Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 33, n° 30, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} juin 1994, p. 1573-1579.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 43, n° 79, 1^{re} sess., 40^e lég., 29 octobre 2013, p. 73-77.
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, 2015.
- Raynaud, Pierre. « La renonciation à un droit : Sa nature et son domaine en Droit civil » (1936), 35 *R.T.D. civ.* 763.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « désistement », « pièce ».
- Thériault, Michelle. « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative » (2015), 74 *R. du B.* 1.
- Vincent, Jean, et Serge Guinchard. *Procédure civile*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Marcotte et Schrager et le juge Samson (*ad hoc*)), 2019 QCCA 814, [2019] AZ-51434213, [2019] J.Q. n° 3707, 2019 CarswellQue 3871 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Gagnon, 2017 QCCS 4691, [2017] AZ-51434213, [2017] J.Q. n° 14219 (QL), 2017 CarswellQue 9231 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Rowe, Martin et Kasirer sont dissidents.

Mathieu Quenneville et Marc-André Nadon, pour l'appelante.

Jonathan Pierre-Étienne et Antoun Al-Saoub, pour l'intimé Magdi Kamel.

Dominique Vallières, pour l'intimé le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal.

Mark Bantey, pour l'intervenante la Fédération professionnelle des journalistes du Québec.

Christian Leblanc, pour les intervenantes la Société Radio-Canada, La Presse Inc. et Ad IDEM/Canadian Media Lawyer Association.

Le jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] L'importance du principe de la publicité des débats judiciaires ne suscite plus aujourd'hui de controverse. On conviendra aisément, suivant la formule élégante d'un auteur ancien, que la justice est « un ouvrage de lumière et non de ténèbres » : J. Frain du Tremblay, *Essais sur l'idée du parfait magistrat où l'on fait voir une partie des obligations des Juges* (1701), p. 139-140. Cela n'est pas remis en question ici. Mais si important soit-il, un principe n'est pas sans limites. Le présent pourvoi nous invite en l'occurrence à clarifier celles de la publicité des débats judiciaires. Il s'agit en

somme de savoir jusqu'où doit porter l'aspiration vers la transparence du processus judiciaire, et à partir de quel moment le secret peut reprendre ses droits.

[2] Au Québec, le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« *C.p.c.* »), reconnaît aux membres du public le droit de prendre connaissance des dossiers des tribunaux : art. 11 *C.p.c.*¹ Aucune autorisation préalable n'est requise : n'importe qui peut en examiner le contenu. Le *Code* contient par ailleurs une disposition relative au retrait des pièces produites au dossier du tribunal : art. 108 *C.p.c.* En cours d'instance, les parties sont *autorisées* à reprendre possession de leurs pièces si toutes y consentent; une fois l'instance terminée, elles sont *obligées* de le faire, faute de quoi ces pièces pourront être détruites par le greffier après une année. La question au cœur de ce pourvoi consiste à déterminer si l'art. 11 *C.p.c.* permet aux membres du public de consulter des pièces qui ont été retirées par les parties conformément à l'art. 108 *C.p.c.* À mon avis, le droit de prendre connaissance des dossiers des tribunaux énoncé à l'art. 11 *C.p.c.* ne s'étend pas au-delà de ce qui se trouve dans ces dossiers au moment de la consultation. **Ainsi, lorsqu'à la fin d'une instance les parties reprennent possession de leurs pièces, les membres du public pourront toujours consulter le dossier mais n'auront plus accès aux pièces qui en ont été retirées.**

II. Contexte

¹ Le texte des dispositions législatives pertinentes est reproduit en annexe.

[3] Le 6 octobre 2016, l'intimé Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (« CIUSSS ») intentait des procédures judiciaires contre l'un de ses anciens cadres, l'intimé M. Magdi Kamel. La demande introductive d'instance alléguait un détournement de fonds de 410 266 \$ et en réclamait le remboursement, de même que le paiement de 100 000 \$ de dommages-intérêts. Elle était assortie d'une demande d'ordonnance de type *Norwich* destinée à obtenir l'identité du détenteur des quatre comptes bancaires au profit desquels ces sommes auraient été détournées entre le 1^{er} avril 2009 et le 31 mars 2015. Le CIUSSS a déposé quatre pièces au soutien de ses demandes, dont un rapport d'expertise juricomptable réalisé par la firme PwC. Le 7 octobre 2016, la Cour supérieure rendait l'ordonnance de type *Norwich* et ordonnait la mise sous scellés de l'ensemble du dossier.

[4] Des saisies avant jugement ont été effectuées chez M. Kamel les 17 octobre et 22 novembre 2016. Le *Journal de Montréal*, une publication de l'appelante MédiaQMI, y consacrait deux articles les 31 octobre et 13 décembre 2016. Désireuse de s'informer des tenants et aboutissants de ces procédures judiciaires, MédiaQMI déposait le 29 mars 2017 sa « Requête pour mettre fin aux scellés » dans le but de prendre connaissance du dossier judiciaire et des pièces qui pouvaient s'y trouver. Dans cette requête fondée sur l'art. 11 *C.p.c.* et l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), MédiaQMI ne recherchait qu'une seule et unique conclusion :

METTRE FIN à toute ordonnance visant à restreindre l'accès du public et de la Requérante au dossier de Cour relativement au dossier 500-17-095861-160.

[5] L'audition de la requête, fixée au 5 avril 2017, a été remise au 25 avril 2017. Dans l'intervalle, le CIUSSS s'est désisté de sa demande introductive d'instance. Il a déposé un acte de désistement le 19 avril 2017 et a tenté, dans les jours suivants, de reprendre possession des quatre pièces déposées au soutien de sa demande. Le personnel du greffe n'est toutefois pas parvenu à retrouver le dossier.

[6] Le 21 avril 2017, M. Kamel s'adressait à la Cour supérieure pour obtenir l'autorisation de retirer la demande introductive d'instance du dossier du tribunal ou, subsidiairement, une ordonnance empêchant le public d'y avoir accès. Le CIUSSS ne s'est pas opposé à cette demande. MédiaQMI a cependant signalé son opposition le 24 avril 2017.

[7] Le 25 avril 2017, le juge Gagnon entendait, à huis clos, la requête de MédiaQMI. À l'audience, l'avocat du CIUSSS formulait une demande verbale afin de reprendre possession des pièces déposées au dossier du tribunal, en insistant sur le caractère privé du rapport d'expertise juricomptable réalisé par PwC. MédiaQMI s'est opposée à cette demande de retrait des pièces. Le juge Gagnon a pris la cause en délibéré après avoir prolongé l'ordonnance de mise sous scellés jusqu'au prononcé de son jugement. Aucune autre mesure conservatoire n'a été demandée par l'une ou l'autre des parties.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2017 QCCS 4691 (le juge Gagnon)*

[8] Le juge Gagnon rend sa décision le 20 juillet 2017. Soulignant que MédiaQMI n'est ni une partie au litige ni une intervenante à proprement parler, il tranche la requête pour mettre fin aux scellés en appliquant le test énoncé dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 (« le test *Dagenais/Mentuck* »). Considérant la preuve insuffisante pour déroger au principe de la publicité des débats judiciaires, il fait remarquer que le simple désir d'éviter l'embarras à M. Kamel et la publicité négative envers le CIUSSS ne justifient pas le maintien de la confidentialité du dossier. Il ordonne en conséquence la levée des scellés.

[9] Quant à la demande verbale de retrait des pièces, le juge Gagnon affirme que les droits des journalistes et des médias ne supplantent pas l'application des règles ordinaires du *Code de procédure civile*. Il ajoute que l'efficacité de la procédure civile repose, entre autres choses, sur les règlements hors cour et les désistements. Dès que l'instance se termine, écrit-il, les parties ont pleine marge de manœuvre pour retirer toutes les pièces du dossier et les soustraire au regard du public; l'art. 108 *C.p.c.* leur impose d'ailleurs une obligation en ce sens. Puisqu'un désistement a mis fin à l'instance en l'espèce, le juge Gagnon autorise le CIUSSS à retirer ses pièces du dossier du tribunal. L'avocat du CIUSSS les récupère dès le lendemain du prononcé du jugement, le 21 juillet 2017. Ayant pris connaissance de la déclaration d'appel de

MédiaQMI, il transmet aux avocats de cette dernière un courriel rédigé « [s]ous toutes réserves » dans lequel il confirme, « sans admission aucune, conserver une copie des pièces [. . .] jusqu’à ce [que] l’appel soit tranché ou réglé » : d.a., p. 82.

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 814 (les juges Marcotte et Schrager et le juge Samson (ad hoc))*

[10] Les trois juges de la Cour d’appel du Québec ont rédigé des motifs distincts pour trancher le pourvoi formé par MédiaQMI à l’encontre de la conclusion relative au retrait des pièces.

[11] Citant l’arrêt *Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, le juge Samson rappelle que les tribunaux québécois ne peuvent établir des règles positives de procédure civile, à plus forte raison des règles qui iraient à l’encontre du *Code de procédure civile*. Selon lui, la requête de MédiaQMI était accessoire au litige opposant M. Kamel au CIUSSS. En mettant fin à l’instance, le désistement a entraîné, par la même occasion, la perte de la juridiction sur cette requête accessoire. Les parties étant maîtres de leur dossier, le CIUSSS pouvait retirer ses pièces dès le dépôt du désistement. Le test *Dagenais/Mentuck* ne s’applique pas, puisque celui-ci suppose un pouvoir discrétionnaire qui n’existe pas en l’espèce. D’une part, il n’y a plus de litige entre les parties; d’autre part, l’art. 108 *C.p.c.* ne confère aucune discrétion. Le juge Samson est donc d’avis de rejeter l’appel.

[12] Le juge Schrager parvient au même résultat, mais pour d'autres motifs. D'après lui, le désistement crée une fiction juridique qui replace les parties dans la situation où elles se trouvaient avant les procédures judiciaires; le désistement sort les pièces du domaine public et les réintroduit dans la sphère privée. C'est l'absence de procédures judiciaires en cours et le caractère privé des documents qui justifie le rejet de la demande formulée par MédiaQMI; ce n'est pas l'art. 108 *C.p.c.* Le juge Schrager qualifie de purement procédurale cette disposition qu'il dit destinée à réduire les coûts associés aux archives judiciaires; aussi n'y voit-il pas de fondement valable à une décision de refuser l'accès aux pièces. Le test *Dagenais/Mentuck* ne saurait trouver application en l'absence de procédures judiciaires en cours. Le juge Schrager fait néanmoins observer, en *obiter*, que ce test pourrait permettre d'accéder à des documents relatifs à un litige révolu dans l'hypothèse restreinte où la requête viserait à examiner le processus judiciaire en tant que tel, mais ce n'est pas le cas en l'espèce : MédiaQMI cherche à obtenir de l'information sur les parties elles-mêmes, et non sur le processus judiciaire qui a mené au désistement.

[13] Dans ses motifs dissidents, la juge Marcotte considère, à l'instar de son collègue le juge Schrager, que l'art. 108 *C.p.c.* énonce une règle à caractère administratif dans le but de désengorger les archives des tribunaux; une telle règle ne saurait permettre de contourner le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires. À son avis, le juge de première instance a erré en faisant abstraction du fait que la requête pour mettre fin aux scellés a été déposée avant le désistement du CIUSSS, c'est-à-dire avant la fin de l'instance. Étant donné l'importance du principe

de la publicité des débats et le contexte particulier de cette requête, qui se rattache à un litige concernant la gestion de fonds publics, la juge Marcotte conclut que le juge de première instance devait se prononcer sur la question du caractère confidentiel des pièces avant d'autoriser le CIUSSS à les retirer. Elle propose donc de retourner le dossier à la Cour supérieure afin que celle-ci tranche ce débat à la lumière du test *Dagenais/Mentuck*.

IV. Prétentions des parties

[14] Il importe de souligner d'entrée de jeu que MédiaQMI ne conteste pas la constitutionnalité des art. 11 ou 108 *C.p.c.* Elle ne conteste pas non plus le désistement du CIUSSS. Devant notre Cour, elle plaide essentiellement que la portée du principe de la publicité des débats doit s'analyser à la lumière de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des garanties analogues prévues par la *Charte québécoise*, de sorte que sa demande d'accès aux pièces devrait être tranchée dans le cadre du test *Dagenais/Mentuck*. Elle invoque l'historique législatif de l'art. 108 *C.p.c.* pour soutenir que cette disposition n'a pas pour effet d'écarter l'exercice de ses droits constitutionnels. Elle prétend que le désistement du CIUSSS et le retrait subséquent des pièces litigieuses ne rendent pas obsolète sa demande d'accès aux pièces : le dépôt de sa requête pour mettre fin aux scellés aurait cristallisé ses droits en lui conférant un droit acquis à débattre de sa demande. L'article 11 *C.p.c.* garantirait un droit d'accès aux pièces qui ne se limite pas, selon elle, à ce qui figure au dossier du tribunal concerné. Dans sa plaidoirie, elle apporte une nuance à l'argument des droits acquis,

en affirmant que le principe de la publicité des débats protège le droit de faire trancher des demandes d'accès aux pièces même plusieurs années après la fin d'une instance (transcription, p. 21-22). Appliquant le test *Dagenais/Mentuck* aux faits de l'espèce, MédiaQMI se dit d'avis que rien ne justifie la confidentialité des pièces litigieuses et demande en conséquence à la Cour de déclarer ces pièces publiques et d'ordonner au CIUSSS de lui en communiquer copie.

[15] Selon le CIUSSS, le caractère public du dossier du tribunal ne signifie pas nécessairement que les pièces continueront d'en faire partie. Le droit de consulter les dossiers se limite au contenu de ces dossiers, tel qu'il est au moment de la consultation. Ce contenu est balisé par le principe directeur de la procédure selon lequel les parties sont maîtres de leur dossier et par l'art. 108 *C.p.c.* Le CIUSSS se dit d'avis que l'art. 108 *C.p.c.* fait exception au principe de la publicité des débats dans la mesure où il s'agit d'un cas où « la loi [. . .] restreint l'accès [. . .] à certains documents versés à un dossier » (art. 11 al. 2 *C.p.c.*). Comme l'art. 108 *C.p.c.* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire au juge, il s'ensuit que le test *Dagenais/Mentuck* ne s'applique pas.

[16] Monsieur Kamel prétend que la position prise par MédiaQMI suppose la création d'une nouvelle règle de procédure qui irait à l'encontre des règles prévues au *Code de procédure civile*. D'après lui, la disposition préliminaire du *Code* et les principes d'interprétation des lois s'opposent à ce que l'art. 108 *C.p.c.* soit réduit à une disposition de nature purement administrative; les termes de cet article sont clairs et le législateur se serait exprimé autrement s'il avait voulu limiter la marge de manœuvre

des parties quant au retrait de leurs pièces. M. Kamel ajoute que, n'ayant jamais été une partie à l'instance, MédiaQMI ne saurait contester le désistement ni les conséquences que celui-ci a pu avoir sur ses droits à elle. Comme le CIUSSS, il soutient que l'art. 108 *C.p.c.* règle le sort de la demande d'accès aux pièces et entraîne l'inapplication du test *Dagenais/Mentuck*.

V. Questions en litige

[17] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- A. Jusqu'où s'étend le droit conféré par le *Code de procédure civile* de prendre connaissance du contenu des dossiers du tribunal?
- B. MédiaQMI est-elle en droit d'avoir accès aux pièces qui se trouvaient au dossier du tribunal au moment où elle a déposé sa requête?

VI. Analyse

- A. *Jusqu'où s'étend le droit conféré par le Code de procédure civile de prendre connaissance du contenu des dossiers du tribunal?*

[18] L'article 11 *C.p.c.* énonce le principe de la publicité des débats judiciaires et reconnaît aux membres du public le droit de « prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux ». Cette disposition garantit l'accès aux dossiers des tribunaux et à ce qu'ils contiennent au moment où ils sont consultés, à

l'exception des éléments confidentiels. Lorsqu'une pièce en est retirée en vertu de l'art. 108 *C.p.c.*, elle retourne généralement dans la sphère privée. L'article 11 *C.p.c.* ne confère donc pas un droit spécifique d'accéder aux pièces qui ont un jour fait partie des dossiers des tribunaux. Plusieurs considérations militent en faveur de cette interprétation : le texte, l'objet et l'économie du *Code de procédure civile*, l'historique législatif, les principes directeurs de la procédure civile et des considérations d'ordre pratique liées au règlement des différends.

[19] Dans leurs motifs, mes collègues suggèrent que la solution à laquelle je parviens permettrait aux parties de contourner le principe de la publicité des débats judiciaires qu'ils qualifient d'ordre public. Cette critique est infondée. L'article 11 *C.p.c.* donne accès à un dossier dont le contenu est en partie régi par l'art. 108 *C.p.c.* Le fait d'en retirer des pièces dans les circonstances décrites à l'art. 108 *C.p.c.*, alors qu'une demande de consultation du dossier est pendante, ne constitue pas une « atteinte à une règle d'ordre public » (motifs du juge en chef et du juge Kasirer, par. 123); ce n'est que l'exercice d'un droit prévu par le *Code de procédure civile*. Avec beaucoup d'égards pour l'opinion de mes collègues, il ne suffit pas d'insister sur l'importance du principe de la publicité des débats pour étendre ses ramifications au-delà de ce qu'autorise la loi. Aussi fondamental soit-il, ce principe demeure circonscrit par les limites prévues au *Code de procédure civile*. En l'occurrence, il ne confère pas aux membres du public le droit de prendre connaissance des pièces qui ont été retirées du dossier du tribunal conformément à l'art. 108 *C.p.c.*

[20] Dans le contexte de la procédure civile québécoise, il est donc impossible, à mon avis, de donner au principe de la publicité des débats la portée interprétative que lui donnent MédiaQMI et mes collègues sans, du même coup, réécrire plusieurs règles explicitement prévues au *Code de procédure civile*. Or, comme l'écrivait le juge Fauteux (autrefois juge en chef de notre Cour), « [l]a Constitution n'envisage qu'un seul système pour faire les lois et non deux systèmes susceptibles de fonctionner simultanément, de façon divergente » : *Le livre du magistrat* (1980), p. 125. **Quelle que soit la protection que les chartes accordent au principe de la publicité des débats, le législateur demeure libre d'en fixer la portée dans les règles qu'il édicte. Il n'appartient pas aux tribunaux de faire cet exercice à sa place, de telle sorte qu'en l'absence de contestation constitutionnelle, ce sont les règles clairement énoncées au *Code de procédure civile* qui s'appliquent.**

(1) L'interprétation du *Code de procédure civile*

[21] Dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, la Cour rappelle qu'au Québec, « [l]e droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale [...] dans un code rédigé en termes généraux » : par. 35. **En contexte civiliste, la création des règles de droit demeure la prérogative du législateur : *ibid.*** Les tribunaux ne remplissent à cet égard « qu'une fonction subsidiaire ou interstitielle » par le biais de l'adoption de règles de pratique ou l'exercice des pouvoirs inhérents ou accessoires prévus aux art. 25 et 49 *C.p.c.* : par. 36-38.

[22] Pareille délimitation du rôle du juge reflète une conception proprement civiliste de la séparation des fonctions judiciaire et législative : *Lac d'Amiante*, par. 37-39; L. LeBel, « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même », dans S. Beaulac et M. Devinat, dir., *Interpretatio non cessat — Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté* (2011), 103, p. 112; Fauteux, p. 123-126. Cette conception remonte au moins à Montesquieu, qui définissait le juge comme « la bouche qui prononce les paroles de la Loi » : *De l'Esprit des Lois* (1748), t. 1, p. 256. Formule éloquente, encore que trop rigide; on serait plutôt enclin aujourd'hui à le concevoir comme celui qui vivifie la lettre morte de la loi : P. B. Mignault, « Le Code Civil de la Province de Québec et son Interprétation » (1935), 1 *U.T.L.J.* 104, p. 111. Hormis les situations exceptionnelles où le juge civiliste est appelé à dire le droit qui surgit des interstices du *Code*, son activité créatrice consiste à « découvrir les potentialités du texte [de loi] » et à « parach[ever] ainsi l'œuvre législative » : L. LeBel, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015), 56 *C. de D.* 87, p. 92-93 ; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, p. 75-77. Ce faisant, il doit se garder de deux écueils en sens contraire : « combat[tre] la lettre par l'esprit, et l'esprit par la lettre » (H. F. d'Aguesseau, *Discours de M. le chancelier d'Aguesseau* (nouv. éd. 1822), t. 1, p. 287, cité dans G. Fauteux, p. 14).

[23] Le législateur québécois a réitéré ces principes relatifs au rôle du juge dans une disposition préliminaire dont la valeur normative est désormais acquise : *Lac d'Amiante*, par. 40; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663,

par. 30; L. Chamberland, dir., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, *Articles 1 à 390* (5^e éd. 2020), p. 1-5. À son troisième alinéa, cette disposition énonce le cadre à l'intérieur duquel le *Code de procédure civile* doit s'interpréter :

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.

[24] Elle précise en outre que le *Code de procédure civile* « régit » la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire « en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne ». Dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, notre Cour a commenté une disposition similaire du *Code civil du Québec* en affirmant que « [l]'interprétation de la législation doit s'inspirer [des] principes » énoncés dans cette *Charte* : par. 20. Mais il y a une différence — et elle est de taille — entre une interprétation *qui s'inspire* de certains principes et une interprétation *qui déroge*, au nom de ces principes, à l'intention du législateur clairement exprimée dans le libellé d'une règle de droit.

[25] Les chartes sont des instruments de protection des droits et libertés; ce ne sont pas de grands lits de Procuste conçus pour étirer les lois jusqu'à la taille désirée. Elles préservent au contraire l'autonomie du législateur grâce à des dispositions justificatives telles que l'art. 1 de la *Charte canadienne* : T. A. Cromwell, S. Anstis et

T. Touchie, « Revisiting the Role of Presumptions of Legislative Intent in Statutory Interpretation » (2017), 95 *R. du B. can.* 297, p. 322. Au Québec, le législateur a été très clair à cet égard en adoptant les art. 9.1 et 51 de la *Charte québécoise* :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

51. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

[26] Il importe par ailleurs de rappeler que, dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, notre Cour a rejeté la théorie selon laquelle les tribunaux devraient interpréter les lois de manière à les rendre conformes aux principes ou aux valeurs de la *Charte canadienne*, sauf pour trancher une ambiguïté qui persisterait à la suite de l'application de la méthode d'interprétation contextuelle :

... appliquer une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l'intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d'interprétation législative ...

...

Pour rappeler ce qui a été dit dans les arrêts *Symes* et *Willick*, précités, si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu'elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l'équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de

pondération que comporte l'article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d'apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels possèderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d'une manière ou d'une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des avantages d'un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter ce genre de texte de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d'une telle façon de faire met en évidence l'importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l'État. Par conséquent, lorsqu'une loi n'est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l'intention clairement exprimée par le législateur et éviter d'utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent. [Soulignement omis; par. 64 et 66.]

(Voir aussi *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 29; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, par. 12-15.)

[27] Cette approche s'accorde avec les dispositions interprétatives enchâssées dans la *Charte québécoise*, dont l'art. 53 :

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

Assurément donc, la *Charte québécoise* peut servir à interpréter le *Code de procédure civile* quand les circonstances s'y prêtent. Mais cette possibilité n'est pas une invitation à négliger le texte de la loi et l'intention qui s'y trouve exprimée.

(2) Le principe de la publicité des débats judiciaires dans la procédure civile québécoise

[28] Le Québec a connu quatre codes de procédure civile : ceux de 1867, 1897, 1965 et de 2016. La codification du principe de la publicité des débats judiciaires remonte au *Code de procédure civile*, S.Q. 1897, c. 48. La publicité ne concernait alors que les « audiences d'un tribunal » et les « séances d'un juge », sous réserve de cas exceptionnels où le secret s'imposait : art. 16. Les codificateurs de 1897 s'étaient inspirés de dispositions similaires contenues aux codes de procédure civile français et genevois : O. P. Dorais et A. P. Dorais, *Code de procédure civile de la province de Québec, comprenant les observations spéciales des commissaires chargés de la révision et modification du Code de procédure civile du Bas-Canada* (1897), p. 97. Fait à signaler, ces dispositions insistaient surtout sur le caractère public des plaidoiries : *Code de procédure civile* (France), 1806, art. 87; *Loi sur la procédure civile du canton de Genève*, 1837, art. 84. Comme son prédécesseur, le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, adopté en 1965 (« ancien *Code de procédure civile* » ou « a.C.p.c. »), énonçait le caractère public des « audiences des tribunaux » : art. 13. L'article 23 de la *Charte québécoise*, adopté en 1975, allait dans le même sens, bien qu'il étendit le champ d'application du principe au-delà des tribunaux de l'ordre judiciaire.

[29] À l'origine, l'extension du principe de la publicité aux dossiers des tribunaux provient non pas de la loi, mais des règles de pratique adoptées en vertu du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 47 de l'ancien *Code de procédure civile*. En effet, la Cour supérieure du Québec avait adopté des règles autorisant le public à accéder à ses dossiers et à ses registres pendant les heures ouvrables, sous réserve d'exceptions concernant les documents de nature confidentielle : *Règles de pratique de*

la Cour supérieure du Québec en matières civiles, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, règles 2 et 3. La Cour du Québec s'était dotée de règles de pratique au même effet : *Règlement de la Cour du Québec*, RLRQ, c. C-25, r. 4, art. 3, 4, 18 et 19. Il était clair, à l'époque, que ce droit d'accès visait les dossiers physiques du tribunal où les parties versaient leurs pièces et d'où elles les retiraient une fois l'instance terminée.

[30] Dans son rapport paru en 2001, le Comité de révision de la procédure civile prend note de l'évolution du principe de la publicité amorcée par les règles de pratique des tribunaux :

L'importance du principe de la publicité dans l'administration de la justice, tant pour les parties que pour les citoyens, justifie qu'il demeure codifié et que son application soit aménagée, notamment pour préciser les critères permettant de le limiter ou de l'écarter. Il y a également lieu que toutes les règles sur le sujet soient harmonisées, y compris celles adoptées par divers tribunaux sur l'accessibilité à leurs dossiers, leur conservation et leur consultation, notamment l'article 3 des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*. Ces questions fondamentales dans l'administration de la justice devraient être réglées par le code. À cet égard, il y a lieu ici de s'inspirer des règles de pratique en vigueur en les actualisant pour tenir compte des technologies de l'information ou en les complétant pour assurer une meilleure protection de l'information.

Dans un autre ordre d'idées, la rédaction actuelle de l'article 13 du *Code* concernant la publicité des débats est imprécise dans la mesure où, selon une jurisprudence majoritaire, le terme « audiences » ne viserait que l'instruction. Or, le caractère public de la justice couvre l'ensemble de l'instance et du dossier. [Je souligne.]

(*Une nouvelle culture judiciaire* (2001), p. 42-43)

Le Comité recommande en conséquence « [d]'affirmer que la justice civile est publique, tant en ce qui concerne l'instance que le dossier » : p. 43.

[31] En 2016, un nouveau *Code de procédure civile* entre en vigueur. Celui-ci prévoit, à ses art. 11 à 16, le régime général de la publicité de la justice civile. L'article 11 incorpore la recommandation du Comité et décline le principe de la publicité en deux volets prenant la forme de deux droits distincts. En effet, il confère aux membres du public le droit d'« assister aux audiences des tribunaux où qu'elles se tiennent » et le droit de « prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux ». Le législateur emboîte donc le pas aux tribunaux en intégrant à l'art. 11 *C.p.c.* un droit d'accès aux dossiers semblable à celui prévu par les règles de pratique, mais il ne va pas jusqu'à créer un droit d'accès spécifique aux pièces déposées au cours d'une instance.

[32] Le *Code de procédure civile* indique par ailleurs que la loi peut « restreindre l'accès aux dossiers ou à certains documents versés à un dossier » : art. 11 al. 2 *C.p.c.* Ainsi, l'art. 12 *C.p.c.* dispose que le tribunal peut faire exception au principe de la publicité si « l'ordre public [. . .] exige [. . .] que soit interdit ou restreint l'accès à un document ». De même, des exceptions au principe s'appliquent à des dossiers relevant de matières sensibles ou à certains documents déposés sous pli cacheté : art. 16 *C.p.c.*

[33] Cette dernière précision, relative à la forme sous laquelle les documents doivent être déposés, trouve écho à l'art. 108 al. 1 *C.p.c.*, qui demande aux parties de produire les pièces et autres documents contenant des renseignements personnels et confidentiels sous une forme propre à assurer la confidentialité de l'information. La

référence explicite au régime général de la publicité de la justice civile énoncé aux art. 11 à 16 *C.p.c.* ressort clairement à la lecture du texte de l'art. 108 *C.p.c.* Les travaux parlementaires et les commentaires de la ministre de la Justice le confirment : Assemblée nationale du Québec, Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 43, n° 79, 1^{re} sess., 40^e lég., 29 octobre 2013, p. 73-77; Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), p. 106-108.

[34] Cette référence au régime général ressort tout autant du vocabulaire employé à l'art. 108 que de la lecture holistique du *Code de procédure civile* préconisée par le troisième alinéa de sa disposition préliminaire et par l'art. 41.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16. Le terme « dossier » est utilisé à plusieurs reprises et désigne généralement le dossier du tribunal, sauf dans les cas où il est employé par métonymie pour désigner l'instance judiciaire relative à ce dossier : voir, par exemple, l'art. 19 *C.p.c.* (les parties ont la maîtrise de leur dossier) ou encore l'art. 205 *C.p.c.* (le juge qui accueille une demande de récusation doit se retirer du dossier). L'article 108 al. 2 *C.p.c.* réfère à des « document[s] [. . .] produit[s] au dossier ». Or, dans ce cas précis, le dossier en question ne peut être que le dossier du tribunal évoqué à l'art. 107 *C.p.c.* et dont le régime général est prévu aux art. 11 à 16 *C.p.c.*

[35] Ainsi, il paraît indiscutable que l'art. 108 *C.p.c.* concerne le contenu des dossiers dont il est question aux art. 11 à 16 *C.p.c.*, à savoir ceux dont le tribunal a la

surveillance et le contrôle. Comme je l'expliquerai, l'art. 108 *C.p.c.* régit le maintien, le retrait et la conservation des pièces produites au dossier auquel l'art. 11 *C.p.c.* donne accès.

(3) Les règles énoncées à l'art. 108 *C.p.c.*

[36] Les juges Schrager et Marcotte de la Cour d'appel acceptent l'argument de MédiaQMI qui restreint considérablement la portée de l'art. 108 *C.p.c.* en invoquant certains passages des débats parlementaires, dont des déclarations spontanées faites en réponse à des questions en commission plénière et des déclarations de députés de l'opposition. Dans ses motifs dissidents, la juge Marcotte écrit :

. . . la portée de l'article 108 *C.p.c.* doit être ramenée dans son contexte, à savoir que cet article reprend la règle préalablement énoncée à l'article 331.9 de l'ancien *Code de procédure civile*, qui avait été édictée dans le but de réduire les coûts du système judiciaire et d'alléger les archives. Il s'agit certes d'un objectif louable, mais il ne saurait pour autant justifier de contourner le principe fondamental du caractère public du débat judiciaire. [par. 54]

(Voir aussi les motifs du juge Schrager, par. 42.)

[37] Avec égards, quelques nuances s'imposent. Aucune règle d'interprétation législative ne justifie d'émasculer une règle de droit énoncée en termes clairs sur la base de déclarations faites dans le cadre de débats parlementaires. Autrement, on accorderait plus de poids à des déclarations individuelles faites de manière spontanée qu'au texte adopté par le législateur dont on doit présumer que chaque mot a été choisi avec soin. Notre Cour a maintes fois répété que « l'interprétation des lois consiste à

dégager l'intention du législateur en examinant les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de cette loi » : *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, par. 21; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Les débats parlementaires peuvent certes nous renseigner à cet égard, mais ils ne doivent pas faire oublier les réserves avec lesquelles ce type de preuve extrinsèque a été admise dans la jurisprudence de notre Cour : *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, par. 20; *Rizzo Shoes*, par. 35; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 47.

[38] Les informations fournies par les débats parlementaires révèlent surtout leur utilité lorsqu'elles « confirm[ent] la justesse de l'interprétation donnée » : *Construction Gilles Paquette*, par. 20; voir aussi *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, par. 57, et P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 506-507. Il en va en effet de la prévisibilité du droit. Comme l'écrit un auteur, « il ne faudrait pas que le recours aux travaux préparatoires serve à justifier de ne pas appliquer une règle claire, trompant ainsi la confiance que le lecteur doit pouvoir mettre dans le libellé du texte interprété à la lumière de son juste contexte » : Côté, p. 507. Avec égards, l'approche préconisée par MédiaQMI, et retenue par les juges Schragger et Marcotte, prend l'exact contre-pied de cette recommandation.

[39] Dans ces circonstances, il me paraît opportun de souligner que les tribunaux n'ont pas à interpréter — et encore moins à appliquer — l'objectif sous-jacent à une disposition ou à un régime législatif; ce qu'ils doivent interpréter, c'est le texte au moyen duquel le législateur entend atteindre cet objectif. Celui-ci peut se définir à différents niveaux d'abstraction : il faut donc se garder de le définir de façon trop générale en se rappelant que l'exercice d'interprétation recherche une harmonie entre le texte de la loi et l'objectif visé, et non l'atteinte de cet objectif « à n'importe quel prix » : *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 174 (le juge Cromwell). De plus, cet exercice fait parfois intervenir simultanément plusieurs objectifs qui doivent tous être pris en compte : *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 82-83; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, par. 29-30. À mon avis, c'est le cas de l'art. 108 *C.p.c.* Je m'explique.

[40] Il est inexact d'affirmer que l'art. 108 *C.p.c.* ne fait que « reprend[re] la règle préalablement énoncée à l'article 331.9 de l'ancien *Code de procédure civile* » : motifs de la C.A., par. 54. Il fait bien plus que cela. Les premier et troisième alinéas de l'art. 108 *C.p.c.* sont de droit nouveau : *Commentaires de la ministre de la Justice*, p. 107. Le deuxième alinéa, lui, reprend non pas une mais deux règles complémentaires : celles des art. 83 et 331.9 a.*C.p.c.*

[41] Suivant l'art. 83 a.*C.p.c.*, les pièces devaient rester au dossier jusqu'à la fin de l'instance, mais il était possible de les retirer « avec le consentement de la partie

adverse ou l'autorisation du greffier ». Le retrait avec autorisation du greffier n'a pas fait son chemin dans le nouveau *Code de procédure civile*. Quant au retrait consensuel, le consentement de *toutes* les parties est désormais exigé. Pour le reste, la règle n'a pas changé : les pièces doivent demeurer au dossier jusqu'à la fin de l'instance. *A contrario*, une fois l'instance terminée, il n'est plus nécessaire que les pièces demeurent au dossier. L'article 331.9 a.*C.p.c.*, lui, énonçait une deuxième règle : il obligeait les parties à reprendre possession de leurs pièces dans un délai d'un an après la fin de l'instance, faute de quoi ces pièces seraient détruites. Cette deuxième règle se retrouve presque telle quelle à l'art. 108 *C.p.c.*

[42] L'article 331.9 a.*C.p.c.* a été édicté en 1994 dans le cadre du projet de loi 24, *Loi modifiant le Code de procédure civile*, 3^e sess., 34^e lég. Ce projet de loi, qui touchait aussi l'art. 83 a.*C.p.c.*, a réformé le régime général de la communication et de la production des pièces et introduit des mécanismes de retrait et de destruction des pièces. D'un côté, il encourageait les parties à s'échanger les informations en lien avec leurs preuves respectives et à se communiquer directement leurs pièces sans passer par la production au dossier du tribunal. D'un autre côté, il envisageait désormais la production et la conservation des pièces sous l'angle de l'utilité et de la nécessité. Aussi retardait-il le dépôt des pièces jusqu'au moment le plus rapproché du début du procès où le tribunal en aurait besoin, de même qu'il prévoyait l'allègement des dossiers lorsque la conservation des pièces n'avait plus d'utilité pour l'instance : art. 331.7 et 331.9 a.*C.p.c.*; voir aussi Assemblée nationale du Québec, « Adoption du

principe — Projet de loi 24 — Loi modifiant le Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 33, n° 30, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} juin 1994.

[43] Ce régime, dont les art. 83 et 331.9 *a.C.p.c.* sont deux composantes importantes, a été repris en substance dans le nouveau *Code de procédure civile*. Il a eu pour effet de retirer au greffe et au dossier du tribunal leur rôle d'intermédiaire entre les parties pour l'acheminement de leurs pièces respectives. Ce faisant, il responsabilisait les parties et leurs avocats quant au déroulement de l'instance et à la tenue d'un débat loyal : Comité de révision de la procédure civile, p. 138; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287, par. 26. Il mettait ainsi en œuvre deux principes qui ont été par la suite érigés au rang de principes directeurs de la procédure civile : la maîtrise des parties à l'égard de leur dossier (art. 19 *C.p.c.*) et le devoir de coopération et d'information (art. 20 *C.p.c.*).

[44] Il n'y a pas lieu de restreindre la portée des art. 83 et 331.9 *a.C.p.c.* au motif que l'objectif sous-jacent du législateur aurait été de réduire les coûts associés au système judiciaire. Un objectif défini à un tel degré de généralité s'avère d'ailleurs d'une utilité assez limitée pour les besoins de l'interprétation législative : on pourrait dire d'une très grande partie de la procédure civile qu'elle vise à réduire les coûts du système judiciaire. Bien que des considérations économiques liées à l'archivage judiciaire aient pu motiver l'adoption de l'art. 331.9 *a.C.p.c.*, il n'en demeure pas moins que le législateur a enchâssé cette disposition dans un régime général destiné à accroître

la responsabilité des parties et à diminuer celle du tribunal dans la communication, la production et la conservation des pièces.

[45] Héritier du régime instauré par le projet de loi 24 de 1994, l'art. 108 *C.p.c.* n'a rien d'une mesure [TRADUCTION] « purement procédurale (voire mécanique) » susceptible d'être écartée par le principe de publicité : motifs de la C.A., par. 42 (le juge Schragger). Bien au contraire, il refond et unifie les règles liées au maintien, au retrait et à la conservation des pièces produites au dossier du tribunal auquel l'art. 11 *C.p.c.* donne accès. Il porte aussi, encore que de façon accessoire, sur la production des pièces, bien que la majeure partie des règles y afférentes aient été regroupées aux art. 246 à 252 *C.p.c.* Dans la mesure où il régit le contenu des dossiers du tribunal, l'art. 108 *C.p.c.* entraîne des conséquences immédiates sur les informations dont le public peut prendre connaissance en vertu de l'art. 11 *C.p.c.*

[46] Je note, au passage, que le Comité de révision de la procédure civile recommandait la mise en place d'un système informatique d'archivage des dossiers et des documents de la cour : p. 107. Eût-elle été implantée, cette recommandation aurait peut-être permis au public de prendre connaissance de documents qui ont été retirés des dossiers du tribunal en application de l'art. 108 *C.p.c.* Elle n'a cependant jamais connu de suite. Ce serait usurper le domaine du législateur que d'implanter cette recommandation de façon indirecte, en ordonnant à une partie à une instance révolue de communiquer une copie des pièces dont elle a repris possession à un membre du public désireux de les consulter.

(4) La portée respective des art. 11 et 108 C.p.c.

[47] Les pièces produites au dossier du tribunal sont intrinsèquement liées à la preuve que les parties entendent présenter au soutien de leurs allégations : H. Reid, avec S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5^e éd. 2015), p. 474, « pièce »; S. Guillemard et S. Menétrey, *Comprendre la procédure civile québécoise* (2^e éd. 2017), p. XVIII, « pièce », et 234. Maîtres de leur dossier, maîtres de leur preuve, les parties sont aussi et nécessairement maîtres de leurs pièces : art. 19 C.p.c.; *Pétrolière Impériale*, par. 25. Aussi peuvent-elles en reprendre possession à tout moment de l'instance, sous réserve du consentement des autres parties; le Code de procédure civile n'assujettit cette faculté à aucune autorisation préalable du tribunal. L'article 108 C.p.c. reconnaît donc implicitement que les pièces, même après leur production au dossier du tribunal, demeurent la propriété des parties. En effet, si le dépôt des pièces opérerait un transfert de propriété en faveur du tribunal, le Code ne permettrait pas aux parties de les retirer à tout moment, et il ne leur imposerait certainement pas l'obligation de les récupérer une fois l'instance terminée. Dans l'intervalle où il a possession des pièces, le tribunal n'agit qu'à titre de « dépositaire » : *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, p. 681-682. C'est pourquoi il ne conserve pas indéfiniment les pièces contenues dans ses dossiers.

[48] L'article 11 C.p.c. reconnaît au public le droit de prendre connaissance des dossiers des tribunaux avec les documents et les pièces qu'ils contiennent au moment

où ils sont consultés, sous réserve des exceptions relatives aux éléments confidentiels. Il ne donne « accès aux pièces » que dans la mesure où celles-ci se trouvent au dossier. Si à la fin d'une instance les parties tardent à récupérer leurs pièces, celles-ci demeureront accessibles au public jusqu'à ce qu'elles soient retirées du dossier ou détruites par le greffier. Mais une fois que les pièces ont été retirées ou détruites, le public n'y a plus accès.

[49] La conclusion à laquelle j'arrive s'accorde avec l'intention du législateur exprimée dans le texte des art. 11 et 108 *C.p.c.*, avec les objectifs législatifs sous-jacents à ces dispositions, avec l'économie générale du *Code de procédure civile* et avec les principes d'interprétation civilistes. Elle évite par ailleurs de donner au principe de la publicité de la justice civile énoncé à l'art. 11 *C.p.c.* une étendue susceptible de le dénaturer, de même qu'elle évite de compromettre d'autres objectifs importants visés par le *Code de procédure civile* comme la prévention et le règlement des différends : disposition préliminaire, al. 2, art. 1, 9 al. 2 et 19 al. 3 *C.p.c.*

[50] En matière civile, les parties saisissent généralement les tribunaux parce qu'elles ont besoin de « l'intervention de la contrainte sociale » pour faire sanctionner leurs droits et résoudre leur conflit : H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)* (1948), p. 35 (italique omis). Mais le *Code de procédure civile* n'enchaîne pas les parties aux procédures qu'elles ont initiées; il leur rappelle, au contraire, qu'elles peuvent à tout moment régler leur litige à l'amiable et ainsi mettre fin à l'instance :

art. 19 al. 3 *C.p.c.* Il subordonne ainsi la résolution judiciaire des différends au rétablissement de la paix sociale : disposition préliminaire, al. 2; S. Guillemard, « Réflexions autour des sept premiers articles du *Code de procédure civile* », dans S. Guillemard, dir., *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés?* (2016), 123, p. 128-129.

[51] Plusieurs considérations peuvent entraîner le règlement d'un différend dont un tribunal a été saisi. La recherche de confidentialité en est une : motifs de première instance, par. 119. Comme l'a déjà souligné ma collègue la juge Abella, un climat de confidentialité « favorise la conclusion de règlements » : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623, par. 12. L'article 4 *C.p.c.* le reconnaît lui aussi. L'objectif de favoriser le règlement des différends serait assurément compromis si les parties désireuses de s'entendre après avoir saisi les tribunaux ne pouvaient rapatrier dans la sphère privée les documents qu'elles y ont produits. Lorsqu'elles ont décidé de mettre fin à une instance, elles doivent être libres de reprendre possession de leurs pièces, d'autant que le *Code de procédure civile* leur en fait l'obligation.

[52] Les pièces produites au dossier du tribunal peuvent révéler différents aspects de la vie privée des parties; elles n'en demeurent pas moins accessibles au public. En effet, la publicité de la justice civile exige de ceux qui s'adressent aux tribunaux une renonciation partielle à la protection de leur vie privée : *Lac d'Amiante*, par. 42. Mais cette renonciation est temporaire. En plaidant que toute demande d'accès

à des pièces retirées d'un dossier devrait être tranchée dans le cadre du test *Dagenais/Mentuck*, même lorsque les pièces en question ont été retirées depuis plusieurs années, MédiaQMI tend plutôt à lui donner un caractère permanent². Elle imposerait un fardeau aussi lourd qu'injustifié à ceux qui ont été parties à un litige désormais terminé, et qui souhaiteraient préserver la confidentialité des pièces dont ils ont repris possession. Si d'aventure un journaliste ou un membre du public formulait une demande d'accès à ces pièces, il leur incomberait en effet de démontrer que la confidentialité est « nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque », et — car les deux volets du test sont cumulatifs — que les effets bénéfiques de la confidentialité surpassent ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression et l'intérêt du public dans la publicité des débats : *Mentuck*, par. 32; voir aussi *Dagenais*, p. 878.

[53] Cette position est incompatible avec l'intention législative qui se dégage de l'art. 11 *C.p.c.*, avec l'économie générale du *Code de procédure civile* et avec l'objectif de favoriser le règlement des différends. Elle me paraît aussi impraticable au regard de la situation envisagée par l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* où le greffier peut détruire les

² Au soutien de leur position, MédiaQMI et les intervenantes ont attiré notre attention sur quelques affaires issues de juridictions de common law, dont *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18 (C.A.), et *Hong c. Lavy*, 2019 NSSC 271, 46 C.P.C. (8th) 327. Sans me prononcer sur leur bien-fondé, je souligne que ces décisions se distinguent aisément de l'espèce. L'une et l'autre ont été rendues dans des contextes où aucune disposition législative ou réglementaire n'encadrerait l'accès aux pièces et le contenu des dossiers judiciaires, comme le font les art. 11 et 108 *C.p.c.*

pièces qui ne sont pas récupérées après un an. Le principe de la publicité aurait alors une portée variable, selon que les pièces ont été détruites ou non.

[54] À mon avis, la position avancée par MédiaQMI doit être rejetée. Le droit de prendre connaissance des dossiers judiciaires énoncé à l'art. 11 *C.p.c.* n'a pas pour vocation de pérenniser l'accès à des pièces qui ont à un certain moment transité par le dossier d'un tribunal. La transparence, telle que le conçoit le *Code de procédure civile*, n'est pas relative aux parties et aux pièces privées au moyen desquelles elles entendent faire la preuve de leurs prétentions. C'est d'abord et avant tout une garantie du « respect des formes, de l'impartialité des juges et de la conduite régulière des débats » : R. Perrot, *Institutions judiciaires* (1978), p. 366, cité dans N. Fricero, « Audience et débats », dans *JurisClasseur France — Procédure civile*, par P. Carillon et R. Perrot, dir., 2020, fasc. 800-50, n° 17 (disponible sur Lexis/Nexis). À cet égard, elle est intimement liée à la responsabilité judiciaire : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 183-184.

[55] Certes, avec l'avènement de la *Charte canadienne*, la jurisprudence a donné à la publicité des débats une nouvelle dimension liée à l'accès du public à l'information détenue par les tribunaux, par le biais de la liberté d'expression et de la liberté de la presse : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 18-26; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, par. 36 et 52; S. Menétrey, « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son

impact sur certaines procédures arbitrales internationales » (2008), 40 *R.D. Ottawa* 117, p. 130-139. Mais quelle que soit son étendue, le principe de la publicité des débats judiciaires a des limites. Notre Cour a reconnu, par exemple, le caractère confidentiel des interrogatoires préalables à l’instruction (*Lac d’Amiante*, par. 75-77), ainsi que la constitutionnalité des limites à la prise d’images dans les palais de justice et à l’usage des enregistrements sonores des débats judiciaires : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19. De même, le secret des délibérations judiciaires est acquis : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges’ Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, par. 66; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, p. 966. Comme l’écrivent trois auteurs :

Il est juste de reconnaître que le principe de la publicité ne s’impose pas de façon évidente à toutes les phases du procès. Lorsque, par exemple, les parties rédigent leur demande ou encore lorsque les juges délibèrent, on ne voit pas la garantie que pourrait offrir une large publicité. On en arrive même à penser qu’à certains moments du procès, le secret est de loin préférable si l’on veut que la justice y gagne en sérénité. Sur ce point, tout le monde est bien d’accord pour admettre que, dans ses différentes phases, la justice peut s’accommoder d’une certaine absence de publicité et comporter même une part de secret.

(R. Perrot, B. Beignier et L. Miniato, *Institutions judiciaires* (18^e éd. 2020), p. 442)

[56] Pour résumer, l’art. 11 *C.p.c.* confère au public le droit de prendre connaissance des dossiers du tribunal, sous réserve des exceptions relatives à la confidentialité. Ce droit s’applique pendant et après l’instance. Il permet de consulter les pièces produites au dossier, mais seulement dans la mesure où elles s’y trouvent au

moment de la consultation. Le contenu auquel il donne accès est régi en partie par l'art. 108 *C.p.c.* Cette disposition autorise les parties à retirer leurs pièces de façon consensuelle en cours d'instance et les oblige à les récupérer une fois l'instance terminée. Même après la fin de celle-ci, les pièces peuvent être consultées tant qu'elles restent au dossier. Mais dès que les parties les reprennent ou que le greffier les détruit, elles cessent de faire partie du dossier dont le public peut prendre connaissance.

[57] Les art. 11 et 108 *C.p.c.* ne font intervenir aucune discrétion judiciaire. C'est pourquoi il n'y a pas lieu d'appliquer le test *Dagenais/Mentuck* pour trancher une demande fondée sur l'art. 11 *C.p.c.* Ce test a été élaboré dans un contexte fort différent de celui dont il est question ici, où le législateur a encadré le principe de la publicité dans un régime complet. L'arrêt *Dagenais* établit que le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance limitant la publicité des débats doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte canadienne* : p. 875. Pour déterminer le juste équilibre entre les droits constitutionnels opposés que met en jeu ce type d'ordonnance — il s'agissait en l'occurrence des al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne* —, il propose un test en deux volets conçu pour refléter l'essence du test de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 : *Dagenais*, p. 878. La jurisprudence subséquente a développé ce test sans pour autant changer le contexte dans lequel celui-ci trouve application, à savoir lorsqu'un pouvoir discrétionnaire doit être exercé et que le tribunal doit rechercher un juste équilibre entre des droits et des intérêts qui militent dans des directions opposées : *Mentuck*; *Sierra Club*; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592. En l'absence d'un tel pouvoir discrétionnaire, le test ne s'applique

tout simplement pas : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 35-36; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65, par. 13. En effet, si la loi fixe la portée d'application du principe de publicité sans attribuer de discrétion au juge, la recherche d'un juste équilibre entre des droits et intérêts opposés qui respecterait les limites prescrites par la *Charte canadienne* n'a aucune raison d'être. La constitutionnalité des art. 11 et 108 *C.p.c.* n'ayant pas été remise en question, il n'est pas nécessaire de s'étendre davantage sur le sujet.

[58] Cela dit, j'ajoute que la préoccupation exprimée par le juge Schragger me paraît tout à fait légitime : motifs de la C.A., par. 43-44. Je suis d'avis que si une requête, appuyée par une preuve convaincante, mettait directement en cause l'intégrité même du processus judiciaire dans un contexte où des pièces ont été retirées d'un dossier, une conclusion différente pourrait s'imposer à l'égard de l'application du test *Dagenais/Mentuck*. Mais une telle requête ne saurait s'appuyer uniquement sur l'art. 11 *C.p.c.*; elle devrait se fonder sur des dispositions attributives de discrétion comme celles relatives aux pouvoirs inhérents du tribunal : art. 25 et 49 *C.p.c.*; *Lac d'Amiante*, par. 37. Comme cette question ne se soulève pas en l'espèce, je m'abstiendrai cependant d'y apporter une réponse définitive. Qu'il suffise de rappeler que la procédure civile est « souple » : *Bisailon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 63. Elle n'est pas donc sans ressources face à des situations qui heurtent les principes fondamentaux de notre système de justice.

[59] Ayant défini la portée respective des art. 11 et 108 *C.p.c.*, il convient à présent d'appliquer ces dispositions aux faits de l'espèce.

B. *MédiaQMI est-elle en droit d'avoir accès aux pièces qui se trouvaient au dossier du tribunal au moment où elle a déposé sa requête?*

[60] MédiaQMI a déposé sa « Requête pour mettre fin aux scellés » le 29 mars 2017. À cette époque, elle ignorait le contenu du dossier relatif au litige entre M. Kamel et le CIUSSS; elle ignorait aussi l'existence des pièces dont elle veut aujourd'hui obtenir copie en raison, précisément, des scellés dont elle demandait la levée. Sa requête n'a été entendue que le 25 avril 2017. Entre-temps, le CIUSSS s'est désisté et a tenté de reprendre possession de ses pièces. La seule raison pour laquelle il n'a pas été en mesure de le faire, c'est que le personnel du greffe n'a pas réussi à retrouver le dossier.

[61] Ce concours de circonstances a amené le CIUSSS à présenter à l'audience du 25 avril 2017 la demande verbale à l'origine du présent pourvoi. Le jugement de première instance « autorise le CIUSSS à retirer du dossier les pièces P-1 à P-4 » : par. 137. Cette conclusion avait certes le mérite de clarifier la situation en cours, mais elle n'était pas, à proprement parler, nécessaire en droit. **Comme je l'ai expliqué, les règles énoncées à l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* ne requièrent aucune autorisation du tribunal.**

[62] Le désistement du CIUSSS a entraîné la fin de l'instance et la remise des choses dans l'état où elles se trouvaient avant l'introduction de la demande :

art. 213 *C.p.c.* Cela signifie que « [l]es droits des parties sont tels qu'ils étaient, comme si aucune procédure judiciaire n'avait eu lieu » : H. Maillette, « Incidents qui mettent fin à l'instance », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 21, n^o 9. L'instance étant terminée, il n'était plus nécessaire que les documents et éléments matériels de preuve produits à titre de pièces demeurent au dossier de la Cour supérieure : c'est ce qui découle d'une lecture *a contrario* de la première des deux règles énoncées à l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* La deuxième de ces règles oblige les parties à reprendre possession de leurs pièces dans un délai d'un an. Le CIUSSS n'a pas attendu jusque-là. N'ayant pu récupérer ses pièces au moment de son désistement, il l'a fait dès le lendemain du prononcé du jugement de première instance.

[63] Comme le reconnaît l'avocat du CIUSSS dans sa plaidoirie, le dossier et les pièces qui s'y trouvaient ont été accessibles au public dans l'intervalle entre le moment où le jugement du juge Gagnon a été rendu et le moment où le CIUSSS a repris possession de ses pièces (transcription, p. 55). En effet, l'ordonnance de mise sous scellés qui avait assuré jusque-là la confidentialité du dossier a pris fin avec le prononcé du jugement de première instance. C'est pourquoi je ne suis pas d'accord avec le juge Schragger lorsqu'il affirme que le désistement aurait eu pour effet de ramener, par la fiction juridique de la remise en état, les pièces du CIUSSS dans la sphère privée : motifs de la C.A., par. 37. Cette thèse est contredite par le fait non contesté que, malgré le désistement, les pièces sont demeurées accessibles au public entre le prononcé du jugement de première instance et le moment où elles ont été retirées du dossier; elle

occasionnerait par ailleurs un déséquilibre indésirable entre les effets des différents moyens de mettre fin à l'instance sur la publicité des dossiers et de leur contenu. On ne voit pas pourquoi les pièces relatives à une instance qui s'est terminée par un désistement revêtiraient un caractère confidentiel avant même que les parties n'en reprennent possession, alors que les pièces relatives à une instance qui s'est terminée dans un contexte où n'intervient pas la fiction juridique de la remise en état, tel que le contexte d'un règlement en vertu de l'art. 220 *C.p.c.*, demeurerait quant à elles publiques jusqu'à ce qu'elles soient récupérées par les parties.

[64] En l'espèce donc, MédiaQMI aurait pu consulter les pièces litigieuses si elle avait demandé à prendre connaissance du dossier pendant l'intervalle où elles étaient disponibles, puisqu'aucune mesure conservatoire n'avait été demandée par les parties. Elle ne l'a pas fait. Je conviens que ces circonstances assez inusitées paraissent donner à cette affaire des allures de course contre la montre. Mais cela n'est pas une conséquence de la célérité dont les parties ont fait montre en se présentant au greffe de la Cour supérieure. C'est une conséquence des règles du *Code de procédure civile*. La situation aurait été identique si le CIUSSS avait attendu des semaines avant de récupérer ses pièces et que MédiaQMI s'était présenté au greffe pour consulter le dossier à un moment où elles ne s'y trouvaient déjà plus. En effet, le droit de « prendre connaissance des dossiers [. . .] des tribunaux » énoncé à l'art. 11 *C.p.c.* donne accès au contenu public de ces dossiers et aux pièces qui s'y trouvent *au moment de la consultation*; il ne donne pas un accès général à tout ce qui, un jour ou l'autre, a fait partie de ce dossier.

[65] Le droit reconnu à MédiaQMI de « prendre connaissance des dossiers [. . .] des tribunaux » n'a jamais été compromis. Seules les modalités d'accès au dossier du tribunal et le contenu de ce dossier ont changé entre le dépôt de la « Requête pour mettre fin aux scellés » et le retrait des pièces. Il s'agit là cependant d'une situation qui échappe à l'emprise de l'art. 11 puisqu'elle relève de l'art. 108 *C.p.c.*

[66] Comme MédiaQMI, mes collègues qualifient la « Requête pour mettre fin aux scellés » de « demande d'accès aux pièces ». Selon eux, le fait qu'une telle demande a été déposée avant le désistement du CIUSSS serait déterminant dans l'analyse. Je ne suis pas d'accord. Cela seul ne saurait conférer à MédiaQMI un quelconque « droit acquis à débattre [de] sa demande »³ (m.a., p. 17) à l'intérieur du cadre *Dagenais/Mentuck*. Je note par ailleurs que cette demande a déjà été débattue, bien qu'elle ne l'ait pas été à l'intérieur du cadre juridique souhaité par MédiaQMI. Mais la seule raison pour laquelle il en a été ainsi, c'est parce que le test de

³ Cette expression, que mes collègues reprennent à leur compte, provient du contexte très particulier de l'arrêt *Classic Fabrics Corp. c. B. Rawe GMBH & Co.*, 2001 CanLII 7221 (C.A. Qc). Dans cette affaire de nature commerciale, une société québécoise avait tenté de poursuivre une société allemande, mais les tribunaux québécois avaient décliné compétence en raison des règles du droit international privé. La société allemande avait répliqué en poursuivant la société québécoise au Québec, mais elle s'était désistée après que cette dernière eut tenté d'amender sa défense pour y introduire une demande reconventionnelle. Ce désistement aurait eu pour effet d'empêcher la société québécoise de faire trancher sa réclamation par les tribunaux québécois. Comme cela causait un préjudice indéniable aux droits et avantages que l'état des procédures avait fait naître en sa faveur, elle a demandé l'annulation du désistement. La Cour d'appel lui a donné raison; elle a annulé le désistement et permis l'ajout de la demande reconventionnelle. Ce sont ces circonstances pour le moins inusitées qui l'ont amenée à parler d'un « droit acquis à débattre sa demande, auquel [la société allemande] ne pouvait préjudicier au moyen d'un désistement de son action » (par. 39). Je ne vois rien dans cet arrêt qui établirait que toute demande incidente, fût-elle d'un tiers à l'instance et sans rapport avec les prétentions des parties au fond, confère un véritable droit acquis à en débattre malgré la survenance d'un désistement.

Dagenais/Mentuck ne s'appliquait pas en l'absence d'un pouvoir discrétionnaire de la part du juge.

[67] Il ne suffit pas d'invoquer un droit acquis pour en faire apparaître un comme par magie. Le dépôt d'une requête en vertu de l'art. 11 *C.p.c.* n'accorde à son auteur aucun droit d'exiger le maintien, de façon statique, du contenu du dossier judiciaire jusqu'à ce que cette requête soit tranchée. Bien qu'ils souscrivent aux prétentions de MédiaQMI sur ce point, mes collègues ne font état d'aucune situation juridique concrète et individualisée qui lui aurait permis d'acquérir un droit de débattre de sa demande dans le cadre du test de *Dagenais/Mentuck*, et corrélativement un droit d'exiger que le contenu du dossier judiciaire soit figé au jour du dépôt de la demande. Selon ma compréhension de leurs motifs, ils soutiennent plutôt qu'en raison de cette demande pendante, le désistement du CIUSSS ne serait pas opposable au tiers à l'instance qu'est MédiaQMI, de telle sorte que l'instance n'aurait pas pris fin à l'égard de celle-ci et que les parties ne pourraient pas faire jouer contre elle les effets de l'art. 108 *C.p.c.*

[68] Avec égards, la position de mes collègues me paraît prendre des libertés inquiétantes avec le texte de la loi. Elle emprunte en effet une voie oblique pour éviter la conséquence juridique que le *Code de procédure civile* attache à un acte de désistement déposé au greffe et notifié aux parties. Cette conséquence juridique, qui n'est pas conditionnelle à l'absence de demandes pendantes, c'est la fin de l'instance : art. 213 *C.p.c.* Or, la fin de l'instance habilite — voire oblige — les parties à retirer

leurs pièces : art. 108 *C.p.c.* Pour éviter la conséquence juridique d'où naît la faculté de retirer les pièces au dossier, il faut donc contester le désistement lui-même.

[69] Toujours avec égards, mes collègues suivent un raisonnement qui s'appuie pour l'essentiel sur des citations décontextualisées tirées de décisions contraires à la position qu'ils adoptent : motifs du juge en chef et du juge Kasirer, par. 109-115 et 139. Ils écartent la conséquence juridique d'un désistement *dont MédiaQMI n'a pourtant jamais demandé l'annulation* au motif qu'un acte unilatéral de renonciation ne saurait porter atteinte aux droits d'autrui. Or, les sources dont s'autorise cette proposition inédite établissent plutôt *que l'annulation du désistement peut être demandée* s'il y a atteinte aux droits d'autrui. S'il suffisait d'invoquer un préjudice quelconque pour écarter l'effet extinctif d'instance, il n'aurait pas été nécessaire que les désistements préjudiciables soient contestés dans ces affaires. À mon avis, le raisonnement de mes collègues rend superfétatoire toute cette jurisprudence issue de l'arrêt *L'Espérance c. Atkins*, [1956] B.R. 62, en même temps qu'il réécrit l'art. 213 *C.p.c.* pour dissocier l'acte de désistement de ses conséquences juridiques sur l'instance en cours. Je constate qu'il va aussi à l'encontre du droit français, en vertu duquel les tiers à l'instance doivent poursuivre l'annulation d'un désistement s'ils veulent éviter l'effet extinctif de l'instance⁴ : N. Fricero, « Désistement », dans *JurisClasseur France — Procédure*

⁴ Le droit français conçoit le désistement comme « l'offre faite par le demandeur au défendeur, qui l'accepte, d'arrêter le procès sans attendre le jugement » : J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile* (27^e éd. 2003), p. 878 (italique omis). En principe, le demandeur est libre de se désister « en toute matière » : art. 394 du *Nouveau Code de procédure civile* français. Mais sa manifestation unilatérale de volonté ne suffit pas à éteindre le rapport juridique d'instance que sa demande en justice a créé entre les parties; encore faut-il que le désistement soit « parfait » par l'acceptation du défendeur. Celle-ci n'est toutefois « pas nécessaire si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste » : art. 395. Dans les cas où elle est requise, elle ne peut être refusée que pour un motif légitime : art. 396. Lorsqu'il y a plusieurs parties ou intervenants,

civile, par P. Carillon et R. Perrot, dir., 2018, fasc. 800-40, n° 105 (disponible sur Lexis/Nexis). Enfin, même si l'on supposait que MédiaQMI pouvait justifier d'une atteinte à ses droits du fait qu'elle n'a pas pu consulter les pièces en litige, cette atteinte ne proviendrait pas *du désistement lui-même* : celui-ci n'a eu aucun effet sur les droits conférés à MédiaQMI par l'art. 11 *C.p.c.* L'atteinte proviendrait plutôt *du retrait des pièces consécutif au désistement*. C'est pourquoi même si l'on acceptait pour les besoins de la discussion de suivre le raisonnement de mes collègues, ce raisonnement ne mènerait guère à la conclusion que le désistement du CIUSSS préjudicie aux droits de MédiaQMI.

[70] En somme, le désistement d'instance n'est pas un acte unilatéral de renonciation comme un autre. S'agissant d'un moyen de renoncer au procès, il anéantit le rapport juridique d'instance que la demande en justice a fait naître entre les parties. Cela explique qu'un défendeur ou un intervenant puisse le contester s'il lui cause un préjudice. La situation est différente à l'égard d'un tiers dont les droits et les intérêts ne sont nullement touchés par les prétentions des parties sur le fond. À première vue, l'extinction du rapport juridique d'instance ne le concerne en aucune manière. Si pour une raison quelconque elle lui cause un préjudice, ce tiers peut demander l'annulation

le rapport juridique d'instance ne s'éteint qu'entre ceux qui ont accepté le désistement : Fricero, « Désistement », n° 106. Les personnes qui ne participent pas à l'instance, et dont l'acceptation n'est donc pas requise par le *Code de procédure civile* français, ne peuvent empêcher l'effet extinctif du rapport juridique d'instance qui accompagne le désistement parfait. Mais si celui-ci porte atteinte à leurs droits, ils peuvent en rechercher l'annulation : *ibid.*, n° 105. À la différence de la procédure civile française, la procédure civile québécoise ne distingue pas entre le désistement « imparfait » et le désistement « parfait ». Elle considère que le désistement anéantit l'instance, mais elle en permet l'annulation quand il y a préjudice aux droits d'une partie (*Atkins; 175809 Canada inc. c. 2740478 Canada inc.*, 2000 CanLII 9254 (C.A. Qc)) ou d'un tiers (tel le cas d'un enfant dans l'intérêt duquel le juge doit statuer en vertu de l'art. 33 du *Code civil du Québec : Droit de la famille — 092038*, 2009 QCCS 3822, [2009] R.D.F. 646).

du désistement. En l'espèce, si MédiaQMI souhaitait prévenir l'exercice de la faculté que l'art. 108 *C.p.c.* reconnaît aux parties à une instance terminée, elle devait contester le désistement qui emportait extinction de l'instance. Elle ne l'a pas fait. Dès lors, rien n'interdisait au CIUSSS de reprendre possession de ses pièces.

[71] Je constate par ailleurs que mes collègues n'expliquent pas comment le fait de retourner le dossier à la Cour supérieure « pour qu'elle puisse trancher la demande d'accès aux pièces conformément au droit applicable » (c'est-à-dire, selon eux, conformément au test *Dagenais/Mentuck*) aiderait MédiaQMI à accéder à des pièces qui ont été retirées du dossier au lendemain du prononcé du jugement de première instance : par. 143. À la lumière du *Code de procédure civile*, je vois mal comment la requête de MédiaQMI, étant fondée sur une disposition qui lui confère le droit de prendre connaissance d'un dossier judiciaire, l'habiliterait à consulter des pièces qui, précisément, ont déjà été retirées du dossier conformément à l'art. 108 *C.p.c.* Bien que l'avocat du CIUSSS ait accepté par courtoisie de conserver une copie des pièces jusqu'à ce que l'affaire soit terminée, il l'a fait « [s]ous toutes réserves » et « sans admission aucune » (d.a., p. 82 et 85) : cela ne crée pas de fiction juridique qui permettrait de faire comme si le retrait des pièces n'avait jamais eu lieu. Je note enfin que la position de mes collègues s'écarte de ce que MédiaQMI a demandé à notre Cour, c'est-à-dire de déclarer publiques les pièces qui ont transité par le dossier et d'ordonner au CIUSSS de lui en communiquer copie. À l'instar du juge Schragger, je suis d'avis que MédiaQMI confond les mécanismes d'accès à l'information et le principe de la publicité des débats : motifs de la C.A., par. 44.

[72] J'en viens donc à la conclusion que MédiaQMI ne peut obtenir une copie des pièces qui se trouvaient au dossier de la Cour supérieure au moment du dépôt de sa « Requête pour mettre fin aux scellés ».

VII. Conclusion

[73] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Les motifs du juge en chef Wagner et des juges Rowe, Martin et Kasirer ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE KASIRER —

I. Introduction

[74] Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue, la juge Côté. Nous convenons avec elle que le droit d'accès aux dossiers des tribunaux découlant du principe de la publicité des débats judiciaires, consacré à l'art. 11 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« *C.p.c.* »), ne confère pas un droit d'accéder aux pièces lorsqu'elles ont été validement retirées par les parties ou détruites par le greffier. Cependant, avec égards, nous ne partageons pas son avis quant au sort de cet appel. Notre désaccord porte sur le moment où il convient de déterminer si les pièces sont au

dossier du tribunal. Nous sommes d'avis qu'il faut apprécier l'état du dossier au moment où l'appelante a revendiqué son droit d'accès aux pièces.

[75] En l'espèce, l'intimé le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (« CIUSSS ») — le demandeur au litige principal — a déposé une demande en justice alléguant contre l'intimé M. Magdi Kamel un détournement de fonds publics. Par procédure *ex parte*, c'est-à-dire en l'absence de l'autre partie, le CIUSSS a obtenu la délivrance d'une ordonnance de mise sous scellés de sa demande et des pièces produites au soutien de celle-ci devant un juge. L'appelante, qui publie des journaux quotidiens et qui est un tiers au litige principal, a demandé l'accès aux pièces en vertu de l'art. 11 *C.p.c.* et de la liberté de presse. Elle l'a fait alors que les pièces se trouvaient au dossier du tribunal. Par la suite, le CIUSSS a déposé un désistement de sa demande en justice.

[76] Or, même si un demandeur est autorisé par la loi à se désister de son recours en tout temps, nous sommes d'avis qu'une telle procédure ne peut lui permettre de se soustraire à une demande d'accès à des pièces sous scellés déjà formulée contre lui. À partir du moment où l'appelante demande la levée des scellés et l'accès aux pièces, le litige prend une autre couleur. Il se crée un second débat, connexe mais distinct du litige principal. Il intéresse non seulement le demandeur et le défendeur et leur mésentente privée, mais aussi le public et, faut-il le souligner, l'institution judiciaire elle-même. Si le désistement du demandeur avait pour effet d'empêcher l'appelante d'avoir accès au dossier du tribunal, il porterait atteinte au bon fonctionnement de l'institution judiciaire

dont la légitimité dépend de sa transparence et, comme on le sait, du regard des médias. Dès le moment où l'appelante a demandé la levée des scellés, les pièces visées par sa demande faisaient nécessairement partie de ce nouveau débat, de sorte que les parties n'en avaient plus la maîtrise, pendant que la question soit débattue.

[77] Soit dit en tout respect, le présent pourvoi ne peut être réduit à une banale application d'une règle prévue par le *Code de procédure civile*; il dépasse largement le strict cadre d'application de l'art. 108 *C.p.c.* lequel permet aux parties à un litige, à certaines conditions, de retirer leurs pièces du dossier du tribunal. Le différend met en évidence le besoin de concilier des principes opposant, d'une part, la publicité des débats judiciaires (art. 11 *C.p.c.*), une règle d'ordre public à laquelle les tribunaux peuvent faire exception (art. 12 *C.p.c.*) et, d'autre part, la maîtrise par les parties de leur dossier, y compris la faculté de mettre fin à l'instance à tout moment (art. 19 *C.p.c.*). Lorsqu'un membre du public — en l'occurrence, responsable de la publication des journaux quotidiens *Le Journal de Montréal* et *Le Journal de Québec* — conteste une ordonnance de mise sous scellés et demande l'accès à un dossier, avant que ne survienne un désistement et alors que les pièces sont encore au dossier du tribunal, ces deux principes doivent être conciliés. À notre avis, la faculté qu'a le demandeur de se désister d'une demande en justice ne saurait, dans les circonstances de l'espèce, faire perdre à l'appelante son droit de débattre de sa demande d'accès aux pièces au dossier et, dans l'hypothèse où le tribunal ferait droit à cette demande, son droit d'accès au dossier. La maîtrise par les parties de leur dossier ne peut s'exercer en violation des intérêts nés et légitimes d'un tiers, et, a fortiori, d'une règle d'ordre public selon

laquelle la justice civile administrée par les tribunaux de l'ordre judiciaire doit être publique.

[78] En conséquence, pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer le dossier à la Cour supérieure afin qu'elle tranche au fond la demande d'accès aux pièces de MédiaQMI suivant le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, dont l'application en matière civile a été confirmé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522.

II. Le contexte

[79] Le 6 octobre 2016, le CIUSSS dépose une action en justice dans laquelle il demande que l'un de ses anciens cadres, M. Kamel, soit condamné à lui payer une somme de 510 266 \$, reprochant à ce dernier d'avoir détourné des fonds publics affectés aux services de santé. Dans sa demande en justice, le CIUSSS allègue que M. Kamel utilisait un « stratagème » visant à dérober au CIUSSS, ainsi qu'à l'hôpital dirigé par celui-ci, des fonds publics destinés aux soins de santé. Entre autres, le CIUSSS précise que :

Kamel, de par la position qu'il occupait et la confiance qui lui était portée, s'est frauduleusement fait rembourser des dépenses personnelles non liées aux activités du [Centre hospitalier de St. Mary], détournant ainsi des sommes totalisant 410 266 \$ durant la période allant du 1^{er} avril 2009 au 31 mars 2015 (la « **Période** »), en exploitant des failles dans

l'application des politiques de remboursement des dépenses du CIUSSS/CHSM, tel qu'il appert plus amplement du rapport PwC (voir la section 4 pour un sommaire des constatations du PwC);

Deux *modus operandi* principaux ont été employés par Kamel : (A) des demandes de remboursements de dépenses auxquelles aucun justificatif n'était attaché, et (B) des demandes de remboursement de dépenses auxquelles étaient joints certains justificatifs qui, après analyse, s'avèrent non fondés;

(d.a., p. 37)

[80] Dans sa demande, le CIUSSS expose qu'il avait mandaté la firme PwC pour faire la lumière sur les irrégularités reprochées à M. Kamel. Réclamant le remboursement des sommes qu'aurait dérobées M. Kamel, le CIUSSS dépose quatre pièces au soutien de sa demande, dont un rapport d'enquête juricomptable confidentielle préparé par PwC.

[81] Il convient de noter que M. Kamel a d'abord été suspendu et qu'il a finalement démissionné de son poste de cadre employé par le CIUSSS, et ce, avant le dépôt des procédures. Sa lettre de démission est elle aussi une pièce déposée au soutien de la demande du CIUSSS.

[82] Le CIUSSS y joint une demande d'ordonnance de type *Norwich* à l'encontre d'une institution financière afin d'obtenir des documents bancaires concernant M. Kamel. Le fondement principal des allégations de fraude formulées à l'endroit de M. Kamel repose sur le rapport d'enquête juricomptable préparé par PwC. Soulignons que le CIUSSS est une personne morale de droit public « responsable d'assurer le développement et le bon fonctionnement de[s] réseaux locaux de services

de santé et de services sociaux » (*Loi modifiant l'organisation et la gouvernance du réseau de la santé et des services sociaux notamment par l'abolition des agences régionales*, RLRQ, c. O-7.2, art. 38) — des services cruciaux destinés à la population québécoise.

[83] Le 7 octobre 2016, la Cour supérieure rend une ordonnance de type *Norwich*. Elle ordonne la mise sous scellés de l'ensemble du dossier pour une période de 120 jours, laquelle sera prolongée jusqu'au 18 avril 2017.

[84] Le 29 mars 2017, l'appelante dépose une demande d'accès au dossier du tribunal intitulée « Requête pour mettre fin aux scellés », s'appuyant entre autres sur l'art. 11 *C.p.c.* Rappelant qu'elle publie des quotidiens à Montréal et à Québec, l'appelante précise à sa requête qu'elle est « en droit d'accéder au dossier de la Cour, selon les art. 11 du *Code de procédure civile* et 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, [RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »)] en [vertu] du principe d'accessibilité aux dossiers de la Cour, de la publicité des procédures judiciaires ainsi que de la liberté de presse et de son corollaire, la collecte d'informations » (d.a., p. 50).

[85] Dans l'énoncé des conclusions qu'elle recherche, on trouve ce qui suit :

ACCUEILLIR la présente Requête;

METTRE FIN à toute ordonnance visant à restreindre l'accès du public et de la Requérante au dossier de Cour relativement au dossier 500-17-095861-160.

LE TOUT SANS FRAIS DE JUSTICE, sauf en cas de contestation. [Nous soulignons.]

(d.a., p. 51)

[86] L'appelante précise, au par. 7 de sa requête, qu'elle sollicite l'accès au dossier, notamment les pièces *qui y étaient versées* :

... obtenir l'accès au dossier de la Cour, incluant mais non limité à la Demande introductive d'instance, aux diverses procédures qui ont suivi, de même qu'aux pièces qui ont pu être déposées par les parties. [Nous soulignons.]

(d.a., p. 50)

On comprend dès lors l'objectif des conclusions recherchées.

[87] L'avis de présentation indique que la requête devait être entendue le 5 avril 2017. Ce jour-là, devant la Cour supérieure, l'avocat du CIUSSS demande une remise au 18 avril, date à laquelle l'ordonnance de mise sous scellés et de confidentialité du dossier devait prendre fin. L'avocat de l'appelante n'étant pas disponible à ce moment, les intimés et l'appelante s'entendent alors pour que l'affaire soit débattue le 25 avril et l'ordonnance est renouvelée jusqu'à cette date.

[88] Le 19 avril 2017 — soit plus de trois semaines après la date du dépôt par MédiaQMI de sa requête en vue de mettre fin aux scellés et d'obtenir les actes de procédure et les pièces — le CIUSSS se désiste de sa demande en justice. Dans les

jours suivants, le CIUSSS tente en vain de retirer les pièces versées au dossier du tribunal : ce dernier est cependant introuvable.

[89] Deux jours plus tard, le 21 avril 2017, M. Kamel demande le retrait de la demande introductive d'instance ou, subsidiairement, la mise sous scellés de cette dernière. Cette procédure n'est pas contestée par le CIUSSS, alors que MédiaQMI s'y oppose, invoquant à nouveau au soutien de son opposition, le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté de presse.

[90] Le 25 avril 2017, l'affaire est entendue. Le CIUSSS demande alors à reprendre possession des pièces, notamment la pièce P-1, le rapport d'enquête juricomptable préparé par PwC. L'appelante s'y oppose, soulignant que sa requête visait non seulement la levée des scellés, mais aussi l'obtention des pièces qui étaient alors au dossier. À l'audience, l'avocat de cette dernière réitère expressément sa demande d'accès aux pièces :

Ce que je vous dis respectueusement [...] c'est qu'un droit a été cristallisé. Les pièces sont au dossier. Nous étions là, [nous avons] fait la demande en temps opportun alors que les pièces étaient au dossier. Aujourd'hui, il serait inéquitable de se retourner, dire : « Tiens, je retire les pièces » alors que nous avons . . . nous avons un droit constitutionnel à l'accès.

(d.a., p. 165)

[91] Le 20 juillet 2017, le juge de première instance ordonne la levée des scellés. Il ne tranche cependant pas la demande d'accès aux pièces de l'appelante,

puisqu'il conclut que les parties ont la « pleine marge de manœuvre de retirer toutes les pièces du dossier, et de les soustraire au regard public » lorsque l'instance se termine par désistement (2017 QCCS 4691, par. 119 (CanLII)). Il autorise donc le CIUSSS à retirer les pièces produites au dossier, mais décide que, selon le *Code de procédure civile*, la demande introductive d'instance doit cependant y rester (par. 121). Le 21 juillet 2017, le CIUSSS retire les pièces du dossier du tribunal. Une copie de ces pièces a été conservée par les avocats du CIUSSS jusqu'à ce que le pourvoi de l'appelante soit tranché ou réglé (d.a., p. 82-85).

[92] Par un arrêt majoritaire, la Cour d'appel rejette l'appel de MédiaQMI (2019 QCCA 814). La juge Marcotte, dissidente, aurait accueilli l'appel, infirmé le jugement de première instance et retourné le dossier en Cour supérieure pour qu'elle tranche la demande d'accès aux pièces.

III. Le cadre juridique applicable

A. *La maîtrise du dossier par les parties et la publicité des débats*

[93] Le présent pourvoi est l'occasion pour notre Cour de se pencher sur l'interaction entre certains principes généraux de la procédure civile québécoise. Les principes visés en l'espèce sont les suivants : d'une part, le principe voulant que les parties aient la maîtrise de leur dossier, y compris la faculté essentielle de régler leurs litiges en privé, à l'abri du regard du public; d'autre part, le principe de la publicité des

débats judiciaires, un principe d'ordre public fondé sur la transparence de la justice et corrélativement sur l'accès du public aux procédures se déroulant devant les tribunaux. Lorsque, comme en l'espèce, ces principes entrent en tension, il sera bien sûr important de dégager une manière de les concilier.

[94] Le *Code de procédure civile* contient des principes qui encadrent l'application et l'interprétation des règles qu'il énonce. Dès 2001, le Comité de révision de la procédure civile proposait ainsi de regrouper ces principes « [a]fin de les mettre en évidence et d'en assurer la primauté » : la préséance du droit substantiel sur la procédure, le débat contradictoire, la maîtrise du dossier et de l'instance, l'intervention judiciaire pour assurer le bon déroulement de l'instance, la publicité des débats et la proportionnalité des procédures (*Une nouvelle culture judiciaire* (2001), p. 38, cité dans *Charland c. Lessard*, 2015 QCCA 14, par. 169 (CanLII)). Ces principes sont désormais rassemblés sous le titre « Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » aux art. 8 à 28 *C.p.c.*, en quatre chapitres : la mission des tribunaux, le caractère public de la procédure devant les tribunaux judiciaires, les principes directeurs de la procédure, et les règles d'interprétation et d'application du *Code*.

[95] La maîtrise par les parties de leur dossier est un principe directeur consacré à l'art. 19 *C.p.c.* Les parties jouissent ainsi d'une liberté « encadr[ée] » quant au choix des procédures appropriées et des moyens de fait et de droit qu'elles avancent (Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure*

civile, chapitre C-25.01 (2015), art. 19; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287, par. 25). Ce principe englobe la faculté des parties de choisir, « à tout moment de l’instance », de régler leur litige ou de mettre autrement fin à l’instance (al. 3). Ainsi, les parties peuvent décider de retirer leur litige de l’arène judiciaire en vue de le régler en privé.

[96] Cette faculté de dessaisir le tribunal s’harmonise avec l’orientation générale du *Code de procédure civile*, qui valorise la justice civile privée « de façon spectaculaire » (C. Piché, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* » (2014), 73 *R. du B.* 135, p. 152). Comme l’indique sa disposition préliminaire, le *Code de procédure civile* « vise à permettre, dans l’intérêt public, la prévention et le règlement des différends » et énonce des principes généraux en la matière aux art. 1 à 7. Ce faisant, le législateur reconnaît expressément que, lorsque les parties s’y engagent d’un commun accord, la justice civile est possible, voire souhaitable, sans l’intervention des tribunaux judiciaires. Favoriser le règlement des différends constitue un objectif public d’une importance indéniable, autant pour les parties que pour notre système judiciaire surchargé (*Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, [2014] 1 R.C.S. 800, par. 32; L. Chamberland, dir., *Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, *Articles 1 à 390* (5^e éd. 2020), p. 9). Les règlements privés des différends comportent plusieurs avantages, dont « leur confidentialité, leur caractère plus informel, leur flexibilité, une meilleure gestion du conflit par les parties, des coûts moindres et la possibilité d’en arriver à des solutions individualisées » (P.-C. Lafond, « Introduction », dans

P.-C. Lafond, dir., *Régler autrement les différends* (2^e éd. 2018), 1, p. 20; voir aussi M. Thériault, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative » (2015), 74 *R. du B.* 1, p. 9-12).

[97] Cependant, la maîtrise par les parties de leur dossier n'est pas absolue : elle ne peut s'exercer à l'encontre de règles d'ordre public et des intérêts nés et légitimes que possèdent des tiers. Ce pouvoir doit être exercé « dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure » (art. 19 al. 1 *C.p.c.*). La latitude laissée aux parties dans la conduite de l'instance est, en conséquence, limitée par les principes généraux de la procédure civile, dont les règles contenues au *Code de procédure civile*, qui confèrent aux juges un rôle de « protecteurs du processus judiciaire et des droits des diverses parties » (J. Plamondon, « Les principes directeurs et le nouveau *Code de procédure civile* (art. 17 à 24 *C.p.c.*) », dans S. Guillemard, dir., *Le Code de procédure civile : quelles nouveautés ?* (2016), 27, p. 38-39). Comme le signale la professeure Piché, le *Code de procédure civile* « donne priorité aux devoirs du juge sur les droits des parties » (p. 166). Ayant choisi la voie judiciaire, les parties doivent alors se conformer aux règles et principes établis.

[98] À titre d'exemple, la maîtrise par les parties de leur dossier est assujettie au « devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement » (art. 19 al. 1 *C.p.c.*). Les tribunaux doivent donc jouer un rôle actif dans la gestion des instances, limitant ainsi de manière incidente le contrôle des parties sur le déroulement de l'instance (F. Bachand, « Les principes généraux de la justice

civile et le nouveau *Code de procédure civile* » (2015), 61 *R.D. McGill* 447, p. 458; *Homans c. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480, par. 92-93 (CanLII)). Le principe de proportionnalité que consacre l’art. 18 *C.p.c.* offre également un bon exemple de restriction à « la liberté des parties de mener leur cause comme bon leur semble » (*J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 40 (CanLII); voir aussi Y.-M. Morissette, « Gestion d’instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381, p. 412). Somme toute, la maîtrise du dossier ne peut être que « relative » eu égard à ses interactions avec les principes concurrents et divergents énoncés au *Code de procédure civile* (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6^e éd. 2020), vol. 1, n^o 1-164). Les autrices S. Guillemard et S. Menétray en concluent que l’on peut observer, surtout depuis l’adoption du nouveau *Code de procédure civile* de 2016, « une sorte de dilution » du pouvoir qui est donné aux parties comme maîtres de leur dossier, par rapport au « premier rôle » qui était le leur avant la refonte (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2^e éd. 2017), n^o 100).

[99] De même, la maîtrise par les parties de leur dossier ne leur permet pas d’écarter le pouvoir discrétionnaire du juge de veiller au respect de la règle d’ordre public découlant du principe de la publicité des débats ou d’exercer leurs pouvoirs au détriment des intérêts nés et légitimes que possèdent des tiers d’en revendiquer l’application. Ce principe fondamental est consacré à l’art. 11 *C.p.c.*, qui prévoit que tous peuvent assister aux audiences des tribunaux et prendre connaissance des dossiers. Ce principe garantit également des droits protégés aux art. 3 et 23 de la *Charte québécoise* et à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir, p. ex., *Lac*

d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc., 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 62; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 87). Comme l'a réitéré notre Cour dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, la publicité des débats judiciaires est une caractéristique importante d'une société libre et démocratique comme la nôtre (par. 24).

[100] Au chapitre portant sur « Le caractère public de la procédure devant les tribunaux judiciaires », le législateur prévoit deux exceptions précises à ce principe fondamental. Premièrement, l'art. 11 al. 2 *C.p.c.* énonce qu'il est fait exception à ce principe lorsque la *loi* prévoit le huis clos (art. 15 *C.p.c.*) ou restreint l'accès aux dossiers (art. 16 *C.p.c.*), ce qui est notamment le cas en matière familiale (voir Ferland et Emery, n^{os} 1-108 et 1-109). À défaut de contestation constitutionnelle, ces limites à la publicité en matière familiale ne peuvent être ébranlées. Deuxièmement, l'art. 12 *C.p.c.* prévoit une exception dite « judiciaire » en codifiant les principes établis par notre Cour dans l'arrêt *Sierra Club*, accordant ainsi au tribunal un pouvoir discrétionnaire lui permettant de faire exception au principe fondamental de la publicité des débats « s'il considère que l'ordre public [. . .] ou la protection d'intérêts légitimes importants [l']exige » (voir *Commentaires de la ministre de la Justice*, art. 12).

[101] Aussi importante soit-elle, la maîtrise par les parties de leur dossier ne va pas jusqu'à leur permettre de dérober directement ou indirectement au regard public le contenu de leur dossier, et éluder ainsi le principe fondamental de la publicité des

débats. Comme l'explique le juge Baudouin dans l'arrêt *B. (B.) c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.J.Q. 317 (C.A.), ce principe est d'ordre public et « les tribunaux, gardiens de celui-ci, ont non seulement le droit, mais le strict devoir d'intervenir *proprio motu* pour l[e] faire respecter » (p. 320). C'est pourquoi les parties ne peuvent s'entendre pour ester en justice sous le couvert de l'anonymat ou pour faire mettre le dossier sous scellés. Une telle entente ne saurait lier le tribunal et l'obliger à écarter une règle d'ordre public (voir, p. ex., *Rosei c. Benesty*, 2020 QCCS 1795, par. 97-100 (CanLII); *Marcovitz c. Bruker*, 2005 QCCA 835, [2005] R.J.Q. 2482, par. 109-110, inf. sur un autre point par 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607). Le tribunal qui est saisi, sur le fondement de l'art. 12 *C.p.c.*, d'une demande visant à limiter la publicité des procédures judiciaires, doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément au cadre d'analyse élaboré dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*, et ce, même si personne ne s'y oppose (voir, p. ex., *Mentuck*, par. 38; *Sirius Services conseils en technologie de l'information inc. c. Boisvert*, 2017 QCCA 518, par. 4 (CanLII); *Horic c. Nepveu*, 2016 QCCS 3921, par. 166 (CanLII)).

[102] Le public, et en particulier, les médias d'information, possèdent l'intérêt requis pour revendiquer l'application du principe de la publicité des débats consacré à l'art. 11 *C.p.c.*, et mettent ainsi en jeu les droits garantis par les chartes québécoise et canadienne. Comme le souligne le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, « le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux » (p. 1339). À titre de « suppléants du public », les médias jouent en conséquence un rôle primordial

dans l'exercice de ce droit (p. 1360, la juge Wilson, citant *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), p. 573). À titre d'exemple, dans l'arrêt 3834310 *Canada Inc. c. R.C.*, 2004 CanLII 4122 (C.A. Qc), la Cour d'appel a reconnu que les intérêts de la presse sont touchés par un jugement autorisant une partie à intenter sa procédure anonymement. L'appelante, qui publie un journal quotidien, a pu se prévaloir du régime de la rétractation de jugement à la demande d'un tiers (art. 349 *C.p.c.*) puisque le jugement attaqué portait atteinte à ses intérêts relatifs à la publicité des débats et au droit du public à l'information (par. 13, 18 et 33).

[103] Lorsque les parties décident d'avoir recours à la justice civile, un service public, elles le font en sachant que le public peut exercer son droit fondamental à l'information concernant les procédures judiciaires. Certes, le regard du public peut encourager les parties à prévenir ou régler un différend, y compris en dessaisissant le tribunal. Toutefois, cette forme d'incitatif ne peut à elle seule supplanter *ipso facto* le principe de la publicité des débats lorsque celui-ci est invoqué dans le respect des règles procédurales alors que l'instance est toujours en cours. Par contre, si les parties optent pour un mode privé de règlement, la publicité des débats ne s'applique pas et, en principe, la confidentialité « de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus » s'impose (art. 4 *C.p.c.*).

[104] Il importe de souligner que le principe fondamental de la publicité des débats ne vise pas uniquement l'examen de l'agir judiciaire, comme le prétendent les intimés, mais englobe aussi l'objet des différends. L'article 11 *C.p.c.* prévoit

expressément que « [t]ous peuvent [. . .] prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux ». Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65, notre Cour a d'ailleurs expliqué que « [l]'accès aux pièces est un corollaire du caractère public des débats » (par. 12). Les médias et les membres du public n'ont pas à justifier leur présence aux audiences d'un tribunal ou leur désir de consulter un dossier de celui-ci. Il incombe à la partie qui demande une ordonnance visant à restreindre le principe de la publicité des débats de satisfaire aux critères énoncés dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club (Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général))*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 71).

[105] En somme, il est vrai que les parties ont la maîtrise de leur dossier et qu'elles peuvent mettre fin à l'instance à tout moment. Cependant, cette faculté s'inscrit dans le contexte où la justice civile devant les tribunaux est, en principe, publique et où le public et les médias peuvent revendiquer l'application de ce principe fondamental lorsque l'instance est en cours.

B. *L'article 213 C.p.c. : le désistement et ses limites*

[106] Le principe selon lequel la maîtrise par les parties de leur dossier ne peut s'exercer en violation des règles d'ordre public et des intérêts nés et légitimes des tiers s'appuie également sur la jurisprudence portant précisément sur l'effet d'un désistement, une procédure régie par le *Code* à titre d'incident qui met fin à l'instance.

[107] L'article 213 *C.p.c.* prévoit en effet qu'un demandeur qui se désiste de sa demande met fin à l'instance et que ce désistement « remet les choses en état ». En principe, l'art. 213 *C.p.c.* confère donc à une partie le droit de se désister unilatéralement de sa demande en justice à tout moment (voir, p. ex., *Georgiadis c. Angelopoulos*, 2008 QCCS 6890, par. 8 (CanLII), le juge Gascon). Le régime du désistement découle du principe voulant que les parties aient la maîtrise de leur dossier (art. 19 al. 3 *C.p.c.*). Pour être opposable aux autres parties, il suffit que le désistement unilatéral leur soit notifié aux termes de l'art. 213.

[108] Cela étant, on dit souvent, et à juste titre, que le droit au désistement n'est pas absolu (voir, p. ex., *Classic Fabrics Corp. c. B. Rawe GMBH & Co.*, 2001 CanLII 7221 (C.A. Qc), par. 38). D'abord, lorsque le demandeur se désiste de sa demande, il ne le fait que pour lui-même; dans le cas d'une demande conjointe, l'art. 214 *C.p.c.* prévoit que l'autre demandeur peut poursuivre l'instance. Ajoutons que le désistement n'a pas, en règle générale, d'effet sur une demande reconventionnelle formulée par le défendeur. Comme l'a expliqué la Cour d'appel dans l'arrêt *175809 Canada inc. c. 2740478 Canada inc.*, 2000 CanLII 9254, avant la réforme récente de la procédure civile :

Techniquement, « le désistement remet les choses dans l'état où elles auraient été si la demande à laquelle il se rapporte n'avait pas été faite ». (264 *C.p.c.*) Voilà un résultat qui ne peu[t] être atteint lorsque la procédure dont on veut se désister est elle-même source de dommages. Si un plaideur peut être autorisé à se désister en tout temps, il ne peut utiliser cette procédure pour échapper à une demande déjà formulée contre lui. La demande de dommages et intérêts est analogue à une demande

reconventionnelle. Elle subsiste malgré le désistement du recours principal. [Nous soulignons; par. 6.]

[109] Il existe donc un tempérament au principe de la maîtrise par les parties de leur dossier, lequel a été développé et appliqué par une jurisprudence constante : le désistement ne peut porter préjudice aux droits des autres parties ou des tiers, y compris le droit de faire juger d'une demande antérieure au désistement. Dans l'arrêt *L'Espérance c. Atkins*, [1956] B.R. 62, le juge Pratte explique ce tempérament par le fait que le désistement implique une renonciation par le demandeur à *ses propres droits*. Il ne peut donc pas être fait au préjudice des droits des tiers :

Le mot « désistement » exprime l'idée de renonciation, soit à un droit quelconque, soit à une instance, soit à un acte de procédure. Mais comme on ne peut renoncer qu'à ses propres droits, il ne doit pas être permis de se désister d'un acte de procédure qui a fait naître des droits en faveur d'autrui : le désistement ne peut être fait au préjudice des droits des tiers. [Nous soulignons; p. 66.]

[110] Dans *Graham-Albulet c. Albulet*, [1977] C.A. 323, à la p. 324, la Cour d'appel confirme l'existence de cette limite intrinsèque aux effets d'un désistement :

Le désistement est donc une renonciation à un droit, à un avantage, ce qui présuppose que ce droit, cet avantage, est propre à celui qui prétend y renoncer, car on ne peut par son acte unilatéral renoncer pour autrui et faire perdre à celui-ci un droit ou un avantage qu'il possède. [Nous soulignons.]

[111] Ce tempérament aux effets du désistement tombe sous le sens. Le désistement constitue une « renonciation volontaire à un droit, à une prétention »

(H. Reid, avec S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5^e éd. 2015), p. 206, « désistement »). La renonciation permet au titulaire d'un droit de s'en départir s'il n'en veut plus, ce qui suppose la pleine disposition du droit que le titulaire entend abandonner (voir, généralement, M. Lamothe, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes* (2007), p. 10). Comme il s'agit d'un acte unilatéral par le renonçant, seule la volonté de ce dernier est nécessaire pour que cet acte produise des effets juridiques (Lamothe, p. 10; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 256). Si l'art. 213 *C.p.c.* semble prévoir que le demandeur peut librement se désister de sa demande, il en est ainsi car, en principe, « celui qui veut se débarrasser d'un droit peut le faire sans avoir besoin de l'approbation de quiconque, puisqu'il ne nuit qu'à lui-même » (voir, sur la notion de renonciation, P. Raynaud, « La renonciation à un droit : Sa nature et son domaine en Droit civil » (1936), 35 *R.T.D. civ.* 763, p. 773).

[112] Cette notion de renonciation démontre que les effets d'un désistement se limitent aux droits du renonçant, soit la partie qui se désiste. Étant donné qu'on ne peut renoncer aux droits d'autrui, le renonçant « n'affecte par son acte que sa propre sphère juridique, sans aucunement affecter celle des autres » (Lamothe, p. 11, note 47, citant G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil* (1971), p. 11; voir aussi F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives* (1985), p. 31 et 103). En d'autres termes, une partie peut valablement renoncer à un droit ou une prétention, mais cet acte unilatéral n'affecte pas les droits des tiers. Un désistement peut donc être valide, sans être opposable aux droits des tiers (*Barzelex Inc. c. M.E.C.S.*

International Inc. (1989), 29 Q.A.C. 63, par. 22; *Constructions Panthéon inc. c. Clinique Altermed inc.*, 2015 QCCA 50, par. 4, 12 et 15-16 (CanLII); *Fourrures Taran (Mtl) inc. c. Tuac, local 501*, 2005 CanLII 11669 (C.S. Qc), par. 30-32 et 59-60, le juge Gascon).

[113] À diverses reprises, ce principe a été appliqué afin de reconnaître que les tribunaux demeurent saisis de demandes incidentes pendantes, dont des demandes reconventionnelles, en dommages-intérêts, en irrecevabilité et en déclaration d'abus, même si l'auteur de la demande initiale s'en désiste subséquentement (voir, p. ex., *175809 Canada inc.*, par. 6; *Constructions Panthéon*, par. 10-12; *Fourrures Taran*; *7006098 Canada inc. c. Sobeys Canada inc.*, 2020 QCCS 897, par. 37 et 43 (CanLII)). Dans un tel cas, le désistement ne peut porter atteinte au droit de débattre d'une demande devant le tribunal et de la faire trancher par celui-ci. Comme l'expliquait le juge Louis-Philippe Pigeon dans un texte doctrinal, « [m]ême dans le domaine de la procédure, il y a des droits acquis. Ainsi, on a un droit acquis à la compétence du tribunal quand on y a intenté une procédure » (*Rédaction et interprétation des lois* (3^e éd. 1986), p. 129).

[114] L'affaire *Classic Fabrics* constitue un exemple éclairant de cette limite au droit au désistement. La défenderesse avait déposé une requête en vue de modifier sa défense et d'introduire une demande reconventionnelle. La demanderesse s'était alors désistée de sa réclamation et prétendait avoir mis fin à l'instance. La Cour d'appel a

annulé le désistement et a conclu, aux par. 38-39, qu'il ne peut porter atteinte au droit acquis de la défenderesse de débattre de sa demande :

Le droit au désistement n'est cependant pas absolu. Une partie ne peut y avoir recours pour préjudicier à des droits ou avantages qu'une autre partie a pu acquérir en vertu de la loi ou du fait de procédures intentées.

Au moment où l'appelante a signifié à l'intimée sa requête pour amender son plaidoyer afin d'y introduire une demande reconventionnelle, l'état des procédures lui permettait de présenter cette requête. L'appelante avait un droit acquis à débattre sa demande, auquel l'intimée ne pouvait préjudicier au moyen d'un désistement de son action. [Nous soulignons.]

(Sur le droit acquis à débattre d'une demande, voir aussi *Berenbaum c. Berenbaum Reichson*, 2014 QCCA 1630, par. 15 (CanLII); *Constructions Panthéon*, par. 12.)

[115] En conséquence, le désistement d'une partie ne peut avoir pour objet ou effet de lui permettre « d'échapper à une demande déjà formulée contre [elle] » (*175809 Canada inc.*, par. 6). Dans de telles circonstances, le tribunal peut prendre acte du désistement tout en déclarant qu'il ne peut faire perdre des droits revendiqués au moyen d'une requête antérieure pendante (voir, p. ex., *Fourrures Taran*, par. 30-32 et 59-60).

[116] Il est d'ailleurs tout à fait cohérent qu'un désistement ne puisse faire obstacle à une demande déposée préalablement puisqu'une renonciation n'a pas, en principe, d'effets rétroactifs. Elle « produit ses effets à partir du moment où elle s'est réalisée. En d'autres mots, les effets de la renonciation se produisent *ex nunc* et ne remontent pas dans le passé » (Grammatikas, p. 147).

C. *L'article 108 C.p.c. : le retrait des pièces et ses limites*

[117] Le deuxième alinéa de l'art. 108 *C.p.c.* précise que les pièces produites au dossier doivent y rester jusqu'à la fin de l'instance. Elles peuvent être retirées dans deux situations : (1) à la fin de l'instance, par les parties les ayant produites; et (2) de consentement de toutes les parties.

[118] En l'espèce, les parties et les tribunaux inférieurs ont accordé une grande importance à la nature de cette règle. À la lecture du jugement entrepris, nous prenons acte de la conclusion de deux juges de la Cour d'appel selon laquelle l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* énonce une règle de nature administrative (par. 42, le juge Schragger; par. 54, la juge Marcotte). Il est vrai que le texte de cet alinéa ainsi que les débats parlementaires qui ont précédé son adoption confirment qu'il vise à réduire les coûts du système judiciaire (Assemblée nationale, « Adoption du principe — Projet de loi 24 — Loi modifiant le Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 33, n° 30, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} juin 1994, p. 1573-1579, M. le ministre de la Justice Roger Lefebvre). Nous prenons bonne note de la lecture divergente de l'art. 108 *C.p.c.* que propose notre collègue. Pour les besoins de ce pourvoi, il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question. Même en tenant pour acquis que l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* énonce une règle substantive, les parties ne peuvent recourir à cette disposition d'une manière à porter atteinte à des droits acquis compte tenu des circonstances du désistement, lequel est survenu après le dépôt de la demande de MédiaQMI sollicitant la levée des scellés et l'accès au dossier de la Cour supérieure.

[119] Il s'ensuit que, dans ces circonstances, la logique du tempérament au principe de la maîtrise du dossier s'applique également, par voie de conséquence, au retrait de pièces en vertu de l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* En effet, si un désistement d'instance ne peut être invoqué au préjudice des intérêts nés et légitimes des tiers et à l'encontre des règles d'ordre public, notamment la publicité des débats judiciaires, les parties ne peuvent se prévaloir de l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* afin de retirer des pièces du dossier, à la suite d'une demande fondée sur l'art. 11 *C.p.c.* Comme le prévoit l'art. 19 *C.p.c.*, la maîtrise dont jouissent les parties à l'égard de leur dossier doit s'exercer dans le respect des principes de la procédure civile.

[120] Ainsi que le démontre la jurisprudence examinée précédemment, les parties ne peuvent porter atteinte à des règles d'ordre public comme celle de la publicité des débats, et ce, même par consentement (voir, p. ex., *Marcovitz*). Les parties ne sont certes pas « maîtres de leur dossier » au point de pouvoir contourner une règle d'ordre public, y compris par les actes qu'elles peuvent accomplir à l'égard des pièces suivant l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* La procédure judiciaire ne saurait cautionner une forme de justice privée où les parties décideraient entre elles du déroulement de l'instance devant les tribunaux au mépris de la règle de la publicité des débats judiciaires. Bref, les parties ne peuvent par consentement mutuel écarter une règle d'ordre public (voir, p. ex., *Berenbaum*, par. 16, citant *Entreprises de béton Fern Leclerc Ltée c. Bourassa*, [1990] R.D.J. 558 (C.A.), p. 561).

[121] Le droit de retirer les pièces figurant dans le dossier du tribunal du consentement de toutes les parties doit lui aussi être interprété de la même manière que le droit unilatéral de se désister d'une demande : il ne peut porter atteinte aux intérêts nés et légitimes des tiers. À titre d'exemple, dans une affaire en matière familiale, la Cour supérieure a reconnu qu'un désistement de la part de la demanderesse ayant pour effet de porter atteinte aux droits d'un enfant pouvait être rejeté, même si le défendeur y avait consenti (*Droit de la famille — 092038*, 2009 QCCS 3822, [2009] R.D.F. 646, par. 14-15 et 34). En d'autres mots, puisqu'on ne peut renoncer aux droits d'autrui, un désistement, qu'il soit unilatéral ou de consentement mutuel, ne peut faire échec aux droits d'un tiers.

[122] Si l'art. 108 al. 2 *C.p.c.* assujettit le droit de retrait des pièces au dossier du tribunal au consentement de toutes les parties, c'est parce que le retrait n'affecte, en principe, que les parties, ces dernières pouvant alors être privées de pièces pertinentes afin de soutenir leurs prétentions. Lorsque seules les parties ont un intérêt légitime dans les pièces, leur décision de les retirer par consentement mutuel ne cause aucun préjudice à quiconque. Elles ont dans un tel cas l'entière faculté de retirer les pièces du dossier, notamment afin de protéger la confidentialité des documents en jeu (*Sirius*, par. 4). L'exigence relative au consentement vise alors à éviter que le retrait des pièces ne produise des effets préjudiciables. D'ailleurs, dans la mesure où le retrait unilatéral d'une pièce ne cause aucun préjudice aux autres parties, cette contravention à l'obligation d'obtenir le consentement de toutes les parties ne saurait être fatale (*Wetherall c. Macdonald* (1903), 9 R. de J. 381 (C.S.), p. 383).

[123] La situation est tout autre lorsque le retrait des pièces même effectué de consentement mutuel porte atteinte à une règle d'ordre public ou à un intérêt né et légitime de tiers. Si le désistement d'une partie ne peut unilatéralement éteindre le droit d'autrui de faire valoir sa demande, il serait incohérent que des parties, même de consentement mutuel, puissent « renoncer pour autrui et faire perdre à celui-ci un droit ou un avantage qu'il possède » (*Graham-Albulet*, p. 324).

[124] Qui plus est, la Cour d'appel a reconnu que le principe selon lequel les actes procéduraux ne peuvent préjudicier aux droits d'une partie ou d'un tiers ayant formulé préalablement une demande s'appliquait également en cas de retrait ou de modification d'un acte de procédure en vertu de l'art. 206 *C.p.c.* (*9163-5771 Québec inc. c. Bonifier inc.*, 2017 QCCA 1316, par. 43 (CanLII)). Ce principe transversal du *Code de procédure civile* précise en conséquence la portée du droit de retrait des pièces par consentement mutuel prévu à l'art. 108 al. 2 *C.p.c.*

[125] Appliquer le principe de la maîtrise du dossier comme s'il constituait une fin en soi serait non seulement contraire à la jurisprudence québécoise, mais irait également à l'encontre de l'économie générale du *Code de procédure civile* et du principe bien établi voulant qu'il faille interpréter ses dispositions en harmonie avec la *Charte québécoise* et les principes généraux du droit (disposition préliminaire du *C.p.c.*; *Lac d'Amiante*, par. 40; *Globe and Mail*, par. 45). Agir ainsi occulterait le principe selon lequel la maîtrise du dossier a un caractère relatif et doit s'exercer « dans

le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure » (art. 19 al. 1 *C.p.c.*), ce qui inclut les règles d'ordre public et les intérêts nés et légitimes des tiers.

IV. Application du droit aux faits

[126] D'entrée de jeu, il convient de souligner que la demande présentée par MédiaQMI survient dans un litige où, dès le dépôt du recours en justice, un juge a rendu une ordonnance limitant le principe du caractère public des débats judiciaires. À la demande de l'intimé CIUSSS, un juge a exercé un pouvoir discrétionnaire pour délivrer *ex parte* une ordonnance de type *Norwich* et a ordonné la mise sous scellés de la demande en justice et des pièces déposées à son soutien. Nous ne sommes donc pas dans une sphère purement privée du litige; la justice s'est mise en marche, à la demande de l'intimé CIUSSS, pour soustraire le dossier du regard du public. Au départ, il y a lieu de considérer que la demande présentée par l'appelante en vertu de l'art. 11 *C.p.c.*, afin de savoir si l'exception au principe de la publicité des débats a été respectée est, à première vue, légitime.

[127] On comprend que la position du CIUSSS et de M. Kamel repose, en partie, sur l'idée que le caractère des modes privés de règlement des différends doit être respecté et qu'en conséquence ils peuvent, au nom du principe de la maîtrise par les parties de leur dossier, régler leur litige privé loin du regard du public. Sur ce point, les intimés n'ont pas complètement tort. Maîtres de leur dossier, les parties peuvent, en principe, convenir de mettre fin au litige qui les oppose, par désistement négocié ou autrement, et dans bien des cas, de retirer leurs pièces. Toutefois, cette liberté de se

retirer du processus judiciaire une fois que le différend est né, comme dans le cas qui nous occupe, ne peut produire d'effets qu'à l'encontre du litige principal.

[128] En l'espèce, le dossier judiciaire a été mis sous scellés au départ, y compris les pièces déposées par l'intimé CIUSSS au soutien de sa demande. Dès le moment où l'appelante MédiaQMI a demandé la levée des scellés et l'accès aux pièces, un nouveau débat s'est engagé. Ce second débat dépasse le strict intérêt privé des parties au litige principal : il intéresse le public et la légitimité de l'institution judiciaire et interpelle le fonctionnement de la justice elle-même. Le désistement produit à la suite de la demande déposée en vertu de l'art. 11 *C.p.c.* ne peut faire échec à ce nouveau débat, distinct du litige principal, qui porte sur le bon fonctionnement de l'institution judiciaire dont la légitimité dépend de sa transparence et en partie, comme on le sait, du regard des médias. Dès lors que l'appelante demandait la levée des scellés et l'accès aux pièces, ces dernières sont visées par ce second débat et, doit-on conclure, les parties n'en avaient plus la maîtrise complète.

[129] La demande de MédiaQMI en vue d'obtenir l'accès aux pièces était notamment fondée sur l'art. 11 *C.p.c.*, lequel lui confère le droit de « prendre connaissance des dossiers [...] des tribunaux ». Bien qu'intitulée « Requête pour mettre fin aux scellés », la demande visait explicitement l'accès aux pièces. Il est bien établi que le titre d'un acte juridique n'est pas l'élément qui en détermine ou en définit la nature (*Ditomene c. Syndicat des enseignants du Cégep de l'Outaouais (SECO)*),

2012 QCCA 1296, par. 43 (CanLII)). MédiaQMI sollicitait l'accès à des pièces qui étaient alors bel et bien au dossier du tribunal.

[130] Saisi d'une demande d'accès aux pièces validement formulée en vertu de l'art. 11 *C.p.c.*, le tribunal devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 12 *C.p.c.* vu l'opposition des intimés. MédiaQMI cherchait ainsi à jouer son rôle de « suppléan[t] du public » et à informer les lecteurs des activités se déroulant devant les tribunaux (*Edmonton Journal*, p. 1339-1340 et 1360), un rôle crucial dans un contexte d'allégations de fraude au sein d'un organisme public responsable d'assurer le bon fonctionnement des établissements de santé régionaux. Le public a un intérêt légitime à obtenir de l'information sur une instance judiciaire soulevant des allégations de détournement de deniers publics par un cadre œuvrant au sein de cet organisme public.

[131] N'eût été le désistement du CIUSSS, la Cour supérieure aurait eu à trancher la demande de MédiaQMI et à exercer son pouvoir discrétionnaire en appliquant la grille d'analyse établie dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*. Le désistement ne peut être opposé à MédiaQMI de manière à lui faire perdre son droit de débattre de sa demande et, dans l'hypothèse où le tribunal avait fait droit à sa demande, de lui faire perdre son droit d'accès aux pièces se trouvant au dossier. Ce droit est né lors du dépôt de sa demande, soit plusieurs semaines avant le désistement du CIUSSS. MédiaQMI avait donc [TRADUCTION] « le droit à ce que le tribunal se prononce sur les questions de droit ainsi soulevées, droit que même [un] désistement ne peut à ce

stade-ci écarter » (*Byer c. Québec (Inspecteur général des institutions financières)*, [2000] R.L. 615 (C.S.), p. 623; voir aussi *Sobeys*, par. 37).

[132] En conséquence, le tribunal a conservé sa compétence en vertu de l'art. 11 *C.p.c.* pour se prononcer sur la demande de MédiaQMI. L'appelante possédait « un droit acquis à débattre sa demande, auquel l'intimée ne pouvait préjudicier au moyen d'un désistement de son action » (*Classic Fabrics*, par. 39). Le principe de la maîtrise du dossier ne peut porter atteinte aux intérêts nés et légitimes de MédiaQMI de revendiquer l'application d'une règle d'ordre public comme la publicité des débats.

[133] Soulignons également que la requête de MédiaQMI devait initialement être débattue le 5 avril 2017, soit avant le désistement du CIUSSS. L'audience a été reportée en raison d'une demande de remise du CIUSSS. Si l'audience avait eu lieu à cette date, la demande d'accès aux pièces de MédiaQMI aurait été soumise au pouvoir discrétionnaire de la Cour supérieure, qui aurait dû appliquer la grille d'analyse élaborée dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*. Il serait pour le moins incongru de conclure que l'appelante puisse perdre son droit de débattre de sa demande uniquement en raison de la date fixée pour l'audition de celle-ci. De toute évidence, la grille d'analyse établie dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club* aurait été applicable si l'audience avait eu lieu avant le désistement. Ce dernier moyen procédural ne peut porter atteinte au droit de faire trancher une demande déposée antérieurement.

[134] Il convient de rappeler que les ordonnances de type *Norwich* peuvent être rendues à huis clos *ex parte*, et faire l'objet de mises sous scellés, comme ce fut le cas

en l'espèce (voir, p. ex., *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCA 2255, par. 3 et 7 (CanLII); M. Piché-Messier et A. Bussières McNicoll, « Développements récents en matière de propriété intellectuelle dans le cadre des ordonnances de type *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* », dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec, vol. 464, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2019), 89, p. 127 et 129). Si un désistement pouvait faire échec à une demande d'accès au dossier, des ordonnances de type *Norwich* pourraient être obtenues dans un système de justice qui serait, à plusieurs égards, privé. Le principe de la publicité des débats pourrait ainsi être contourné, malgré le caractère exceptionnel et draconien de ces ordonnances.

[135] Contrairement à la prétention de l'intimé CIUSSS, MédiaQMI n'avait donc pas l'obligation de présenter une demande en rejet du désistement afin d'être entendue. Bien qu'il soit valide et produise ses effets envers le CIUSSS et M. Kamel, le désistement ne pouvait éteindre les droits que MédiaQMI revendiquait par l'entremise d'une demande déposée antérieurement. En d'autres mots, le désistement n'était tout simplement pas opposable à MédiaQMI. Quoi qu'il en soit, l'avocat de MédiaQMI s'est explicitement opposé au retrait des pièces à l'audience et a affirmé que le désistement n'avait pas d'effet sur sa demande d'accès aux pièces, puisque son droit d'avoir sa demande tranchée s'était « cristallisé ».

[136] D'ailleurs, le CIUSSS concède que le tribunal était toujours compétent pour trancher la demande de MédiaQMI sollicitant la levée des scellés, même si

l'instance a pris fin par l'effet du désistement. Il reconnaît ainsi qu'un désistement n'a pas d'impact sur le droit de débattre d'une demande antérieure. De ce fait, le CIUSSS confirme implicitement que le désistement ne peut porter atteinte au droit de MédiaQMI de faire trancher sa demande au fond, c'est-à-dire, entre autres choses, une demande d'accès aux pièces, ce que le juge de première instance a omis de faire. La Cour supérieure a donc commis une erreur de droit en concluant que le désistement était opposable à MédiaQMI et en permettant au CIUSSS de retirer les pièces.

[137] Le CIUSSS soutient que la requête de MédiaQMI ne visait pas l'accès aux pièces, mais uniquement la levée des scellés et que le juge de première instance a fait droit à sa requête. Cet argument est dénué de fondement : l'objectif d'une requête de levée des scellés est d'avoir accès au contenu du dossier tel qu'il était constitué au moment du dépôt de la requête. En d'autres termes, MédiaQMI demandait la levée des scellés *afin* d'avoir accès aux pièces qui étaient alors au dossier de la Cour supérieure. Quoi qu'il en soit, la requête indiquait explicitement que MédiaQMI sollicitait l'accès aux pièces, et l'avocat de l'appelante a réitéré cette demande lors de l'audience du 25 avril 2017. La Cour supérieure n'en a pas traité.

[138] Les intimés soutiennent que le désistement peut produire ses effets à l'encontre de la demande de l'appelante, étant donné que cette dernière n'est pas une partie au litige principal. Il ressort clairement de l'art. 11 *C.p.c.* et de la jurisprudence applicable que le statut de l'appelante est sans incidence sur le présent pourvoi. La partie qui se désiste renonce à des droits dont elle est titulaire, le désistement étant,

comme nous l'avons vu, un acte unilatéral. Considérant qu'on ne peut renoncer aux droits d'autrui, il serait incongru que le principe de la maîtrise du dossier puisse porter préjudice à des droits dont le renonçant n'est pas titulaire, simplement du fait que les droits des tiers plutôt que ceux d'une partie seraient en cause.

[139] Le juge Pratte expliquait dans *Atkins* que « le désistement ne peut être fait au préjudice des droits des tiers » (p. 66). C'est d'autant plus vrai devant l'enjeu d'ordre public que soulève la demande en l'espèce. Une jurisprudence constante rappelle que cette règle s'applique à la fois aux droits des parties et aux droits nés et légitimes des tiers (*Barzelex*, par. 18; *Georgiadis*, par. 9; *Banque Commerciale Italienne du Canada c. Magas Development Corp.*, [1992] R.D.I. 246 (C.S. Qc), p. 248; *9163-5771 Québec inc.*, par. 33; *Portnoff (Syndic de)*, [2000] R.J.Q. 1290 (C.S.); voir aussi Ferland et Emery, n^{os} 1-1702 et 1-1703). Si les médias possèdent un intérêt pour déposer un pourvoi en rétractation de jugement qui porte atteinte au principe de la publicité des débats (*3834310 Canada Inc.*, par. 13, 18 et 33), ils ont, à plus forte raison, un intérêt à faire trancher une demande d'accès aux pièces déposée avant un désistement même s'ils sont des « tiers » au débat.

[140] Notre conclusion selon laquelle le juge de première instance aurait dû trancher la demande de MédiaQMI repose sur le fait qu'il en était saisi avant le désistement du CIUSSS. En revanche, le désistement aurait produit ses pleins effets à l'égard d'une demande déposée postérieurement. Si MédiaQMI avait déposé sa demande après le désistement du CIUSSS et qu'elle avait demandé l'accès aux pièces

alors que celles-ci ne se trouvaient plus au dossier, son pourvoi aurait échoué sur cette base en l'absence de contestation de la validité constitutionnelle de l'art. 108 *C.p.c.* En conséquence, à l'instar de notre collègue, nous rejetons la prétention de l'appelante selon laquelle le principe de la publicité des débats protège le droit de faire trancher des demandes d'accès aux pièces même plusieurs années après la fin d'une instance et le retrait des pièces.

[141] Bref, le CIUSSS et M. Kamel ne peuvent, même de consentement mutuel, empêcher MédiaQMI de faire trancher sa demande d'accès aux pièces, faire échec au principe de la publicité des débats et éteindre un droit dont ils ne sont pas titulaires. Avec égards pour l'opinion contraire, nous estimons que conclure autrement permettrait aux parties de retirer leurs pièces, et ce, même en cours d'instance, malgré le fait qu'une demande préalable ait été formulée. Ceci risquerait de saper le principe fondamental permettant au public d'avoir accès aux dossiers des tribunaux consacré par le législateur à l'art. 11 *C.p.c.* Dans les circonstances de l'espèce, l'art. 108 *C.p.c.* ne saurait avoir cet effet.

V. Conclusion

[142] Pour les motifs qui précèdent, l'appel devrait être accueilli avec dépens.

[143] Cependant, nous ne pouvons faire droit à la demande de l'appelante sollicitant l'accès aux pièces. En effet, les intimés n'ont pas eu l'occasion de faire valoir leurs arguments sur ce point. Qui plus est, les pièces ne sont pas au dossier du tribunal

et il est donc impossible d'appliquer dans l'abstrait la grille d'analyse élaborée dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*. Comme la juge Marcotte, nous sommes d'avis qu'il faut retourner le dossier à la Cour supérieure pour qu'elle puisse trancher la demande d'accès aux pièces conformément au droit applicable et qu'elle rende les ordonnances qu'elle juge nécessaires, étant donné que selon nous, et ce, soit dit en tout respect, le tribunal de première instance a erronément permis au CIUSSS de retirer les pièces du dossier.

Annexe — Dispositions législatives pertinentes

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12 :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25 :

83. Avant que l'instance ne soit terminée, les pièces produites ne peuvent être retirées du dossier, si ce n'est avec le consentement de la partie adverse ou l'autorisation du greffier, et contre récépissé; les parties peuvent toutefois s'en faire expédier des copies par le greffier.

331.9. Les parties doivent reprendre possession des pièces qu'elles ont produites, une fois l'instance terminée. À défaut, le greffier les détruit un an après la date du jugement ou de l'acte mettant fin à l'instance, à moins que le juge en chef n'en décide autrement.

Lorsqu'une partie, par quelque moyen que ce soit, se pourvoit contre le jugement, le greffier détruit les pièces dont les parties n'ont pas repris possession, un an après la date du jugement définitif ou de l'acte mettant fin à cette instance, à moins que le juge en chef n'en décide autrement.

Font cependant exception à ces règles les formulaires de fixation des pensions alimentaires pour enfants joints au jugement suivant l'article 825.13.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01 :

DISPOSITION PRÉLIMINAIRE

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui.

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.

11. La justice civile administrée par les tribunaux de l'ordre judiciaire est publique. Tous peuvent assister aux audiences des tribunaux où qu'elles se tiennent et prendre connaissance des dossiers et des inscriptions aux registres des tribunaux.

Il est fait exception à ce principe lorsque la loi prévoit le huis clos ou restreint l'accès aux dossiers ou à certains documents versés à un dossier.

Les exceptions à la règle de la publicité prévues au présent chapitre s'appliquent malgré l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

16. En matière familiale ou de changement de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance d'un enfant mineur, l'accès aux dossiers est restreint. En toutes autres matières, notamment celles relatives à l'intégrité ou à la capacité de la personne, l'accès aux documents portant sur la santé ou la situation psychosociale d'une personne est restreint si ces documents sont déposés sous pli cacheté.

Lorsque l'accès aux dossiers ou à des documents est restreint, seuls peuvent les consulter ou en prendre copie les parties, leurs représentants, les avocats et les notaires, les personnes désignées par la loi et les personnes, dont les journalistes, qui, ayant justifié d'un intérêt légitime, sont autorisées par le tribunal selon les conditions et modalités d'accès que celui-ci fixe.

Lorsqu'il s'agit d'un dossier ayant trait à l'adoption, seuls les parties, leurs représentants ou toute personne ayant justifié d'un intérêt légitime peuvent y avoir accès si le tribunal les y autorise et selon les conditions et modalités qu'il fixe.

Le ministre de la Justice est considéré, d'office, avoir un intérêt légitime pour accéder aux dossiers ou aux documents à des fins de recherche, de réforme ou d'évaluation d'une procédure.

Les personnes ayant eu accès à un dossier en matière familiale ou de changement de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance d'un enfant mineur ne peuvent divulguer ou diffuser aucun renseignement permettant d'identifier une partie à une instance ou un enfant dont l'intérêt est en jeu dans une instance, à moins que le tribunal ou la loi ne l'autorise ou que cette divulgation ou diffusion ne soit nécessaire pour permettre l'application d'une loi.

19. Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis.

Elles doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Elles peuvent, à tout moment de l'instance, sans pour autant qu'il y ait lieu d'en arrêter le cours, choisir de régler leur litige en ayant recours à un mode privé de prévention et de règlement des différends ou à la conciliation judiciaire; elles peuvent aussi mettre autrement fin à l'instance.

20. Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.

108. Les parties, ainsi que les avocats ou, dans les procédures non contentieuses, les notaires qui les représentent, doivent veiller à ce que les pièces et autres documents qui comportent des éléments d'identification généralement tenus pour confidentiels soient produits sous une forme propre à assurer le caractère confidentiel de l'information.

Tout document ou élément matériel de preuve produit au dossier à titre de pièce doit y demeurer jusqu'à la fin de l'instance, à moins que toutes les parties ne consentent à son retrait. Les parties doivent, une fois l'instance terminée, reprendre possession des pièces qu'elles ont produites; à défaut, le greffier, un an après la date du jugement passé en force de chose jugée ou de l'acte qui met fin à l'instance, peut les détruire. Dans l'un et l'autre cas, le juge en chef du tribunal concerné peut surseoir à la destruction des pièces s'il considère qu'elles peuvent encore être utiles.

Toutefois, dans les matières susceptibles de révision ou de réévaluation ainsi que, dans les affaires non contentieuses, les avis, les procès-verbaux, les inventaires, les preuves médicales et psychosociales, les déclarations et les documents rendus exécutoires par le prononcé d'un jugement, y compris le cas échéant le formulaire de fixation des pensions alimentaires pour enfants qui y est joint, ne doivent être ni retirés ni détruits.

213. Le demandeur qui se désiste en totalité de sa demande en justice met fin à l'instance dès que l'acte de désistement est notifié aux autres parties et déposé au greffe. Le désistement remet les choses en état; il a effet immédiatement s'il est fait devant le tribunal en présence des parties. Les frais de justice sont à la charge du demandeur, sous réserve d'une entente convenue entre les parties ou d'une décision du tribunal.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef WAGNER et les juges ROWE,

MARTIN et KASIRER sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Prévost Fortin D'Aoust, Boisbriand (Qc).

*Procureurs de l'intimé Magdi Kamel : Grondin Savarese Legal Inc.,
Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le Centre intégré universitaire de santé et de
services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération professionnelle des
journalistes du Québec : Gowling WLG (Canada), Montréal.*

*Procureurs des intervenantes la Société Radio-Canada, La Presse Inc. et
Ad IDEM/Canadian Media Lawyer Association : Fasken Martineau DuMoulin,
Montréal.*

Onglet 3

Mai 2014

COUR SUPÉRIEURE
(Chambre commerciale)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
No. 500-11-
DATE: ●

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE ●:

●
Débiteur¹

-et-

●
LE REGISTRAIRE DU REGISTRE FONCIER CIRCONSCRIPTION DE ● (Québec)/
LE REGISTRAIRE DU REGISTRE FONCIER DE ● (Reste du Canada)/
LE REGISTRAIRE DU REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS
(Québec)

Mis-en-Cause

-et-

●
[Requérant]²

-et-

●
[Séquestre/Syndic/Contrôleur]

¹ Veuillez prendre note que le masculin est utilisé tout au long de ce document dans le seul but d'en faciliter la lecture. Si nécessaire, les ajustements appropriés devraient être faits.

² En vertu de l'article 243(1) de la LFI, la vente des actifs d'un débiteur insolvable par le séquestre peut être ordonnée à la demande d'un créancier garanti. En pareil cas, le créancier garanti sera le requérant.

ORDONNANCE D'APPROBATION ET DE DÉVOLUTION³ - 4

- [1] **AYANT PRIS CONNAISSANCE** de la *Requête pour l'émission d'une ordonnance d'approbation et de dévolution* du **[Débiteur/Requérant/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** (la «**Requête**»), de l'affidavit et des pièces déposées au soutien de cette dernière, ainsi que du Rapport du **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** daté du ● (le «**Rapport**»);
- [2] **CONSIDÉRANT** la signification de la Requête⁵;
- [3] **CONSIDÉRANT** les représentations des procureurs respectifs du **[Débiteur/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** et les représentations de ●;
- [4] **CONSIDÉRANT** qu'il est approprié d'émettre une ordonnance approuvant la/les transaction(s) (la «**Transaction**») envisagée(s) par la convention intitulée ● (la «**Convention d'achat**») entre le **[Débiteur/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** (le «**Vendeur**») en tant que vendeur, et ● («**l'Acheteur**») en tant qu'acheteur, copie de laquelle a été déposée au dossier de la Cour en tant que Pièce R-● à la Requête, et visant la dévolution à l'Acheteur des actifs décrits dans la Convention d'achat («**les Actifs achetés**»);⁶

POUR CES MOTIFS, LA COUR:

- [5] **ACCORDE** la Requête;

³ Une version comparée à cette formule type d'ordonnance doit être jointe à la Requête.

⁴ Cette Formule Type d'ordonnance d'approbation et de dévolution («**l'Ordonnance-modèle**») est une ordonnance autorisant un débiteur insolvable placé sous la protection des tribunaux (que ce soit en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* («**LFI**») ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* («**LACC**»)) ou un séquestre nommé en vertu des articles 243 et suivants de la LFI, à conclure une transaction visant la vente et la dévolution des actifs à un acheteur libres de toute sûreté, hypothèque ou autres charges.

⁵ La Requête devrait être signifiée à toutes les personnes ayant un intérêt économique dans les Actifs achetés, à moins que les circonstances justifient une approche différente. Le procureur du Requérant devrait être préparé à fournir une preuve de signification à la cour. La pratique au Québec est de faire intervenir (en tant que mis-en-cause) et de signifier les procédures demandant la délivrance d'une ordonnance d'approbation et de dévolution au registraire du Registre foncier nommé aux conclusions recherchées et au registraire du Registre des droits personnels et réels mobiliers, selon le cas. Ceci dit, la pratique de l'intervention des registraires concernés ne semble pas être suivie dans les provinces canadiennes autres que le Québec. Il est donc recommandé de s'enquérir de façon préliminaire avec les registraires concernés quant à la façon de procéder avant de signifier toute procédure à un registre foncier, ou à tout autre registre, en-dehors du Québec.

⁶ Pour permettre à la présente ordonnance d'être autonome (sans nécessité de se rapporter au dossier de la Cour et/ou à la Convention d'achat), il serait préférable que les Actifs achetés soient décrits avec précision en annexe.

SIGNIFICATION

- [6] **ORDONNE** que tout délai préalable pour la présentation de la Requête soit, par les présentes, abrégé et accepté de façon à ce que celle-ci soit valablement présentable aujourd'hui et dispense, par les présentes, de toute signification supplémentaire;
- [7] **PERMET** la signification de cette Ordonnance à toute heure, en tout lieu et par tout moyen;

APPROBATION DE LA VENTE

- [8] **ORDONNE** et **DÉCLARE**, par les présentes, que la Transaction est approuvée et que l'exécution de la Convention d'achat par le Vendeur est par les présentes autorisée et approuvée, de même que tous changements, modifications, amendements, suppressions ou ajouts mineurs dont il pourra être convenu, mais seulement avec l'accord du [**Séquestre/ Syndic/Contrôleur**];

EXÉCUTIONS DES DOCUMENTS

- [9] **AUTORISE** le [**Vendeur/Séquestre/ Syndic/Contrôleur**] et l'Acheteur à accomplir tout acte, à signer tout document et entreprendre toute action nécessaire à l'exécution de toute entente, contrat, acte, disposition, transaction ou engagement stipulé dans la Convention d'achat (Pièce R-●), ainsi que tout autre document y relié pouvant être requis ou utile pour donner plein effet aux présentes;

AUTORISATION

- [10] **ORDONNE** et **DÉCLARE** que cette Ordonnance constitue la seule autorisation requise par le Vendeur pour procéder à la Transaction et qu'aucune autorisation de la part d'actionnaires ou d'une autorité règlementaire, le cas échéant, n'est requise en lien avec les présentes;

DÉVOLUTION DES ACTIFS ACHETÉS (choisir A ou B si les Actifs achetés sont situés uniquement au Québec (A) ou aussi à l'extérieur du Québec (B))

- [11] **A – ORDONNE** et **DÉCLARE** que sur émission d'un certificat du [**Séquestre/ Syndic/Contrôleur**] conforme en substance au formulaire joint à l'annexe A des présentes (le «**Certificat**»), tous les droits, titres et intérêts à l'égard des Actifs achetés seront dévolus entièrement et exclusivement à l'Acheteur, francs, quittes et libres de toutes créances, responsabilités (directes ou indirectes, absolues ou conditionnelles), obligations, créances prioritaires, droit de rétention, charges, hypothèques, fiducies présumées, jugements, brefs de saisie ou d'exécution, avis de vente, droits contractuels en lien avec la propriété ou sûretés, qu'ils soient ou non enregistrés, publiés ou déposés et qu'ils soient garantis ou non-garantis ou autre (collectivement les «**Sûretés**»)⁷, y compris, sans limiter la portée générale de ce qui

⁷ Dans certains cas, les «Sûretés» dévolues peuvent comprendre certaines revendications d'un droit de propriété, dans la mesure où ce droit de propriété est contesté et que l'affaire est portée à l'attention du tribunal. En pareil cas, de telles revendications d'un droit de propriété seraient maintenues contre le produit net de la vente des actifs réclamés. De façon similaire, certains autres droits, titres ou intérêts pourraient également être dévolus, si

précède, toutes les Sûretés créées par ordonnance de cette Cour et toutes les charges ou sûretés constatées par enregistrement, publication ou dépôt en vertu du *Code civil du Québec* sur la propriété mobilière ou immobilière, excluant toutefois les sûretés permises et les engagements restrictifs énumérés à l'annexe B des présentes (les «**Sûretés permises**») et, pour plus de certitude, **ORDONNE** que toutes les Sûretés affectant ou se rapportant aux Actifs achetés, autres que les Sûretés permises, soient par les présentes annulées et radiées à l'égard des Actifs achetés, avec effet dans chaque cas selon la date et l'heure du Certificat;

- [11] **B – ORDONNE et DÉCLARE** que sur émission d'un certificat du [**Séquestre/Syndic/Contrôleur**] conforme en substance au formulaire joint à l'annexe A des présentes (le «**Certificat**»), tous les droits, titres et intérêts à l'égard des Actifs achetés seront dévolus entièrement et exclusivement à l'Acheteur, francs, quittes et libres de toutes créances, responsabilités (directes ou indirectes, absolues ou conditionnelles), obligations, intérêts, créances prioritaires, sûretés (contractuelles, statutaires ou autre), privilèges, charges, hypothèques, nantissemments, fiducies présumées, cessions, jugements, saisies exécutions, brefs de saisie ou d'exécution, avis de vente, options, revendications, redevances, droits de premier refus ou autres droits de préemption en faveur de tierces parties, restrictions au transfert de titre, ou toutes autres réclamations ou sûretés, qu'ils soient ou non liés ou aient été ou non mis-en-oeuvre, enregistrés, publiés ou déposés et qu'ils soient garantis ou non-garantis ou autre (collectivement les «**Sûretés**»), y compris, sans limiter la portée générale de ce qui précède, toutes les charges, sûretés ou charges constatées par enregistrement, publication ou dépôt en vertu du *Code civil du Québec*, du *Personal Property Security Act* du/de la [**Province**] ou de toute autre loi applicable permettant ou prévoyant la création d'une sûreté sur la propriété personnelle ou mobilière, excluant toutefois les sûretés permises, les servitudes et les engagements énumérés à l'annexe B des présentes (les «**Sûretés permises**») et, pour plus de certitude, **ORDONNE** que toutes les Sûretés affectant ou se rapportant aux Actifs achetés, autres que les Sûretés permises, soient par les présentes radiées à l'égard des Actifs achetés, avec effet dans chaque cas selon la date et l'heure du Certificat;
- [12] **ORDONNE et DÉCLARE** que sur délivrance du Certificat, les droits et obligations du Vendeur en vertu des conventions énumérées à l'annexe C des présentes (les «**Contrats cédés**») seront cédés à l'Acheteur [**et ORDONNE qu'il soit remédié à tous les défauts monétaires du Débiteur relativement aux Contrats cédés – autres que ceux résultant uniquement de l'insolvabilité du Débiteur, du commencement des procédures en vertu de la [LFI/LACC] ou des défauts non-monétaires – le ● ou d'ici au ●**];
- [13] **DÉCLARE** que sur délivrance du Certificat, la Transaction sera réputée constituer et aura les mêmes effets qu'une vente sous autorité de la justice en vertu des dispositions du *Code de Procédure civile* et qu'une vente forcée en vertu des dispositions du *Code civil du Québec* [**Ce paragraphe est requis uniquement lorsque la vente est faite par un séquestre**];

l'on indique au tribunal quels sont les droits touchés et si les personnes appropriées ont reçu signification des procédures.

- [14] **ORDONNE** au [Vendeur/Séquestre/Syndic/Contrôleur] de signifier une copie de cette Ordonnance à chacune des parties des Contrats cédés;
- [15] **ORDONNE** au [Séquestre/Syndic/Contrôleur] de déposer à la Cour une copie du Certificat, immédiatement après la délivrance de celui-ci;

ANNULATION ET RADIATION DES SÛRETÉS⁸⁹¹⁰

Pour les biens situés au Québec:

- [16] **ORDONNE** au Registraire du Registre foncier de la circonscription de ●, sur présentation du Certificat conforme en substance au formulaire joint à l'annexe A des présentes et d'une copie certifiée de cette Ordonnance accompagnée du formulaire d'enregistrement requis et sur paiement des frais prescrits, de publier cette Ordonnance et de (i) procéder à l'enregistrement d'une entrée au Registre foncier indiquant que l'Acheteur est le propriétaire des biens immobiliers identifiés à l'annexe «●» des présentes (les «**Biens immobiliers au Québec**») et (ii) d'annuler et de radier toutes les Sûretés sur les Biens immobiliers au Québec (autre que les Sûretés permises), incluant, sans limiter la portée générale de ce qui précède, les enregistrements suivants publiés audit Registre foncier :

- [fournir les détails des sûretés/charges à être radiées];

- [17] **ORDONNE** au Registraire du Registre des droits personnels et réels mobiliers, sur présentation du formulaire requis et d'une copie conforme de la présente Ordonnance et du Certificat, de [réduire la portée de] ou [radier] les enregistrements portant les numéros [fournir les détails des sûreté/charges à radier] en lien avec les Actifs achetés afin de permettre le transfert à l'Acheteur des Actifs achetés francs, quittes et libres de ces enregistrements;

Pour les biens situés en Ontario:

- [18] **ORDONNE** que sur publication au bureau d'enregistrement foncier :

⁸ Cette Ordonnance-modèle fournit un modèle pour les cours du Québec afin de donner effet à la dévolution des actifs dans la province de Québec et dans les autres provinces canadiennes. Dans chaque autre province que le Québec, les dispositions de cette Ordonnance-modèle traitant de l'enregistrement du titre et de la radiation des charges devront être ajustées pour référer au registre approprié et bureaux associés ainsi qu'à la terminologie appropriée. Les ordonnances spécifiques pour la province sont identifiées dans cette Ordonnance-modèle. Même si l'Ordonnance-modèle propose une certaine terminologie, des vérifications auprès d'avocats des juridictions pertinentes sont recommandées.

⁹ Les registres fonciers du Québec et du reste du Canada devraient être consultés avant l'émission d'une ordonnance de dévolution afin de valider la terminologie des ordonnances proposées et traitant desdits registres fonciers. Cette procédure, connue sous le vocable «procédure de pré-validation» au Québec, est recommandée pour s'assurer que l'ordonnance de dévolution est correctement publiée sans délai après son émission.

¹⁰ La publication d'une ordonnance de dévolution auprès d'un registre foncier peut être soumise à des délais réglementaires. Par exemple, au Québec, les registres fonciers exigent qu'il y ait expiration du délai d'appel avant que puisse être faite la publication d'un jugement annulant un enregistrement.

- (a) **[Note: pour l'enregistrement immobilier]:** pour la circonscription foncière de ● [d'une requête pour émission – NTD : Voir version anglaise] d'une ordonnance d'approbation et de dévolution sous la forme prescrite par la Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier (Ontario), incluant [une déclaration en droit/un affidavit] confirmant que le Certificat a été déposé, le Registraire foncier doit inscrire l'Acheteur à titre de propriétaire en fief simple des biens identifiés à l'annexe ● des présentes (les «**Biens immobiliers ontariens**») et doit supprimer et radier du titre des biens immobiliers ● toutes les Sûretés qui, pour plus de clarté, n'incluent pas les Sûretés permises énumérées à l'annexe B des présentes;
- (b) **[Note: Pour la Division d'enregistrement des droits immobiliers]:** pour la circonscription d'enregistrement immobilier de ● d'une ordonnance d'approbation et de dévolution sous la forme prescrite par la Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier (Ontario), incluant [une déclaration en droit/un affidavit] confirmant que le Certificat a été déposé, le Registraire doit enregistrer ladite Ordonnance d'approbation et de dévolution quant aux biens immobiliers énumérés à l'annexe ● des présentes (les «**Biens immobiliers ontariens**») qui, pour plus de clarté, n'incluent pas les Sûretés permises énumérées à l'annexe B des présentes;
- [19] **[Note: Pour les biens mobiliers]: ORDONNE** que sur délivrance du Certificat, le Vendeur sera autorisé à entreprendre toutes les actions nécessaires pour donner effet à la radiation de toutes les Sûretés enregistrées sur les Actifs achetés, incluant la production de toute déclaration de changement au Système d'enregistrement des sûretés mobilières de l'Ontario si nécessaire, pour tout enregistrement fait contre le Vendeur au Système d'enregistrement des sûretés mobilières de l'Ontario, étant toutefois entendu que le Vendeur n'est pas autorisé à effectuer toute radiation qui aurait pour effet de libérer tout autre bien que les Actifs achetés et que le Vendeur sera autorisé à entreprendre toute action supplémentaire par demande subséquente à cette Cour;

Pour les biens situés en Colombie-Britannique:

- [20] **[Note: Pour les biens immobiliers]: ORDONNE** au Registraire du registre foncier de Colombie-Britannique (le «**Registraire CB**»), sur enregistrement au Bureau des titres fonciers pour la circonscription des titres fonciers de ● d'une copie certifiée de cette Ordonnance, avec une lettre du **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** ou de son procureur autorisant l'enregistrement de cette Ordonnance :
- (a) d'inscrire l'Acheteur à titre de propriétaire en fief simple des biens immobiliers désignés à l'annexe ● des présentes (les «**Biens immobiliers CB**») ainsi que de tous les immeubles et autres structures, installations et améliorations situés sur ceux-ci et ainsi que de tous les équipements, systèmes, intérêts, permis, droits, engagements, engagements restrictifs, lots communs, profits, privilèges, droits, servitudes et accessoires de ladite propriété appartenant, ou en tout ou en partie, détenus ou en ayant jouissance, reliés aux Biens immobiliers CB; et
- (b) après avoir considéré l'intérêt des tierces parties, libérer, supprimer et radier du titre des Biens immobiliers CB toute les Sûretés enregistrées exceptées celles énumérées à l'annexe ● des présentes;

- [21] **[Note: Pour les biens immobiliers]: DÉCLARE** qu'il a été démontré à la satisfaction de cette Cour que le titre de l'Acheteur dans les Biens immobiliers CB constitue un titre valable et négociable et enjoint le Registraire CB à enregistrer ce titre définitif en faveur de l'Acheteur tel que décrit ci-dessus;
- [22] **[Note: Pour les biens mobiliers]: ORDONNE** que sur la délivrance du Certificat, le Vendeur sera autorisé à entreprendre toutes les actions nécessaires pour donner effet à la radiation de toutes les Sûretés enregistrées sur les Actifs achetés, incluant la production de toute déclaration de changement au Registre des biens meubles de la Colombie-Britannique (British Columbia Personal Property Security Registry) si nécessaire, pour tout enregistrement fait contre le Vendeur au Registre des biens meubles de la Colombie-Britannique (British Columbia Personal Property Security Registry), étant toutefois entendu que le Vendeur n'est pas autorisé à effectuer toute radiation qui aurait pour effet de libérer tout autre bien que les Actifs achetés et que le Vendeur sera autorisé à entreprendre toute action supplémentaire par demande subséquente à cette Cour;

Pour les biens situés au Nouveau-Brunswick:

- [23] **[Note au rédacteur: Pour les biens immobiliers]: ORDONNE** que sur enregistrement au Bureau du registre foncier de la circonscription de ● d'une requête pour émission d'une ordonnance d'approbation et de dévolution sous la forme prescrite par la Loi sur l'enregistrement (Nouveau-Brunswick) dûment signée par le **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]**, le Registraire foncier doit inscrire l'Acheteur en tant que propriétaire en fief simple des biens immobiliers décrits à l'annexe ● des présentes (les «**Biens immobiliers NB**»), et doit supprimer et radier du titre des Biens immobiliers NB toutes les Sûretés, autres que les Sûretés permises énumérées à l'annexe B des présentes;
- [24] **[Note au rédacteur: Pour les biens mobiliers]: ORDONNE** que sur délivrance du Certificat, le Vendeur sera autorisé à entreprendre toutes les actions nécessaires pour donner effet à la radiation de toutes les Sûretés enregistrées sur les Actifs achetés, incluant la production de toute déclaration de changement au Réseau d'enregistrement des biens personnels (RENBIP) si nécessaire, pour tout enregistrement fait contre le Vendeur au RENBIP, étant toutefois entendu que le Vendeur n'est pas autorisé à effectuer toute radiation qui aurait pour effet de libérer tout autre bien que les Actifs achetés et que le Vendeur sera autorisé à entreprendre toute action supplémentaire par demande subséquente à cette Cour;

PRODUIT NET

- [25] **ORDONNE** que le produit net¹¹ de la vente des Actifs achetés (le « **Produit Net** ») soit remis au **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** et soit distribué en conformité avec les lois applicables;

¹¹ La Requête et le projet d'ordonnance y relatif devraient indiquer le coût de disposition relatifs aux Actifs achetés, ainsi que tous les autres frais qui y sont reliés et qui devraient être payés à même le produit brut de la vente pour en arriver au «Produit net».

[26] **ORDONNE** que pour les fins de déterminer la nature et la priorité des Sûretés, le Produit net de la vente des Actifs achetés remplacera les Actifs achetés, et qu'à compter du paiement du Prix d'achat (tel que défini dans la Convention d'achat) par l'Acheteur, toutes les Sûretés, sauf les Sûretés permises, seront reportées sur le Produit net avec le même ordre de priorité qu'elles avaient à l'égard des Actifs achetés immédiatement avant la vente, au même titre que si les Actifs achetés n'avaient pas été vendus et demeuraient en possession ou sous le contrôle de la personne qui avait cette possession ou contrôle immédiatement avant la vente;

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

[27] **ORDONNE** que conformément à l'alinéa 7(3)(c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* du Canada ou toute autre disposition législative provinciale similaire et applicable, le Séquestre est autorisé à divulguer et transférer à l'Acheteur toutes informations concernant les ressources humaines et la masse salariale contenues aux livres de la société, portant sur les employés passés et actuels du Débiteur, y compris les renseignements personnels des employés énumérés à l'annexe [●] de la Convention d'achat. L'Acheteur devra conserver et protéger la confidentialité de ces renseignements et aura le droit d'utiliser les renseignements personnels ainsi obtenus d'une manière quasi-identique à l'utilisation antérieure que le Débiteur faisait de ces renseignements¹² **[NOTE: Il est souhaitable d'obtenir une preuve précise afin de convaincre le Tribunal de la nécessité de cette clause];**

VALIDITÉ DE LA TRANSACTION

[28] **ORDONNE** que malgré:

- (i) le fait que les présentes procédures soient en cours d'instance;
- (ii) toute demande pour une ordonnance de faillite rendue maintenant ou dans le futur en vertu de la LFI et toute autre ordonnance émise en vertu de cette demande; ou
- (iii) les dispositions de toute loi provinciale ou fédérale;

la dévolution des Actifs achetés envisagée dans la présente Ordonnance, ainsi que l'exécution de la Convention d'achat faite en vertu de la présente Ordonnance, lieront tout syndic de faillite pouvant être nommé et ne pourront être annulées, ni présumées être un traitement préférentiel, une cession de biens, un transfert frauduleux, une opération sous-évaluée ou toute autre transaction révisable en vertu de la LFI ou de toute autre loi fédérale ou provinciale applicable, à l'encontre du Vendeur et de l'Acheteur **[ou du Séquestre/Syndic/Contrôleur];**

¹² Ce paragraphe peut ne pas être nécessaire selon la nature des Actifs achetés.

LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

- [29] **DÉCLARE** que, sous réserve d'autres ordonnances de cette Cour, rien dans les présentes ne requiert du **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** d'occuper ou de prendre le contrôle, ou autrement de gérer, tous ou partie des Actifs achetés. Le **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** ne sera pas, aux termes de la présente Ordonnance, présumé être en possession d'un quelconque Actif acheté au sens des lois en matières environnementales, le tout suivant les dispositions de la **[LFI/LACC]**;
- [30] **DÉCLARE** qu'aucune action ne peut être intentée contre le **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** en raison de la présente Ordonnance ou de la réalisation de tout acte autorisé par la présente Ordonnance, sauf avec l'autorisation de cette Cour. Les entités liées au **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** ou appartenant au même groupe que le Séquestre bénéficieront également de la protection accordée par le présent paragraphe;

GÉNÉRAL

- [31] **ORDONNE** et **DÉCLARE** que cette Transaction est soustraite à l'application de la *Loi sur la vente en bloc* (Ontario); **[NOTE: Il est souhaitable d'obtenir une preuve précise afin de convaincre le Tribunal de la nécessité de cette clause] [Ontario – Adapter si applicable pour les autres provinces de *common law*]**;
- [32] **ORDONNE** que l'Acheteur ou le **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** soit autorisé à entreprendre toutes les actions nécessaires pour donner effet à la radiation des Sûretés;
- [33] **ORDONNE** que la Convention d'Achat soit gardée confidentielle et sous scellé jusqu'au plus tôt de a) la clôture de la Transaction, ou b) une ordonnance ultérieure de cette Cour;
- [34] **DÉCLARE** que cette Ordonnance a plein effet et est en vigueur dans toutes les provinces et territoires du Canada;
- [35] **DÉCLARE** que le **[Vendeur/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** est autorisé à déposer une requête, tel qu'il pourra le juger nécessaire ou souhaitable, avec ou sans préavis, à tout autre tribunal ou entité administrative, que ce soit au Canada, aux États-Unis d'Amérique ou ailleurs, pour l'émission ordonnances pouvant aider ou compléter la présente Ordonnance et, sans limiter la portée de ce qui précède, une ordonnance en vertu du Chapitre 15 du Code des faillites (États-Unis) (*U.S. Bankruptcy Code*), pour lequel le **[Vendeur/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** est un représentant étranger du Débiteur. Toutes les cours et les entités administratives de ces juridictions sont par les présentes respectueusement invitées à rendre les ordonnances et à fournir de l'aide au **[Vendeur/Séquestre/Syndic/Contrôleur]** dans la mesure nécessaire ou appropriée à cet effet;
- [36] **DEMANDE** l'aide et la reconnaissance de tout tribunal ou toute entité administrative de chaque province du Canada et de tout tribunal fédéral ou entité administrative au Canada et de tout tribunal fédéral ou entité administrative aux États-Unis d'Amérique

et tout tribunal ou entité administrative d'ailleurs, de manière à venir en aide et agir de façon complémentaire à cette Cour dans l'exécution des modalités de la présente Ordonnance;

[37] **ORDONNE** l'exécution provisoire de la présente Ordonnance nonobstant appel et sans exigence quelconque de fournir une sûreté ou une provision pour frais;

LE TOUT [AVEC/SANS] FRAIS.

●, J.C.S.

●
Procureurs pour ●

ANNEXE "A"

FROMULAIRE DU CERTIFICAT DU [SÉQUESTRE/ SYNDIC/CONTRÔLEUR]

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

COUR SUPÉRIEURE
Chambre commerciale

Dossier: No: 500-11-●

DANS L'AFFAIRE DE ●:

●
Débiteur

-et-

●
[Requérant]

-et-

●
[Séquestre/Syndic/Contrôleur]

●

CERTIFICAT DU [SÉQUESTRE/SYNDIC/CONTRÔLEUR]

PRÉAMBULE:

CONSIDÉRANT que la Cour Supérieure du Québec (la «**Cour**») a rendu une ordonnance («**l'Ordonnance**») datée du ● à l'égard de ● (les «**Demandeurs**»); **[Note au rédacteur: Référer à l'avis d'intention/de proposition de la LFI si applicable]**

CONSIDÉRANT que conformément à [● **l'Ordonnance/Avis d'intention**], ● (le «**[Séquestre/Syndic/Contrôleur]**») a été nommé **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]**) du Demandeur;

CONSIDÉRANT que la Cour a émis une Ordonnance («**l'Ordonnance de dévolution**») le ●, 2013, qui, *inter alia*, autorise et approuve l'exécution par le Demandeur d'une convention

intitulée ● (la «**Convention d'achat**») entre ●, comme vendeur (le «**Vendeur**»), et ●, comme acheteur (l'«**Acheteur**»), copie de laquelle a été déposée au dossier de la Cour, et toutes les transactions y contenues (collectivement la «**Transaction**») incluant toutes modifications, changements, amendements, suppressions ou ajouts qui peuvent y avoir été convenus avec le consentement du **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]**; et

CONSIDÉRANT que l'Ordonnance de dévolution prévoit la délivrance de ce Certificat du **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** lorsque (a) la Convention d'achat sera signée et conclue; (b) le Prix d'achat (tel que défini dans la Convention d'achat) aura été payé par l'Acheteur; et (c) toutes les conditions de clôture de la Transaction auront été remplies par les parties ci-dessus ou qu'elles y auront renoncé.

LE [SÉQUESTRE/SYNDIC/CONTRÔLEUR] CERTIFIE [QU'IL A ÉTÉ AVISÉ PAR LE VENDEUR ET L'ACHETEUR DE] CE QUI SUIT:

- (a) la Convention d'achat a été signée et conclue;
- (b) le Prix d'achat (tel que défini dans la Convention d'achat) payable à la clôture de la Transaction, ainsi que toutes les taxes applicables, ont été payés; et
- (c) toutes les conditions à la clôture de la Transaction ont été satisfaites par les parties ci-dessus, ou elles y ont renoncées.

Ce Certificat a été délivré par le **[Séquestre/Syndic/Contrôleur]** le _____ **[DATE]**
à ____ **[HEURE]**.

● ès qualité de ●, et non à titre personnel.

Nom: _____

Titre: _____

ANNEXE "B"
SÛRETÉS PERMISES

ANNEXE "C"
CONTRATS CÉDÉS

Onglet 4

**Atomic Energy of Canada
Limited** *Appellant*

v.

Sierra Club of Canada *Respondent*

and

**The Minister of Finance of Canada, the
Minister of Foreign Affairs of Canada,
the Minister of International Trade of
Canada and the Attorney General of
Canada** *Respondents*

**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA
(MINISTER OF FINANCE)**

Neutral citation: 2002 SCC 41.

File No.: 28020.

2001: November 6; 2002: April 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci,
Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Practice — Federal Court of Canada — Filing of confidential material — Environmental organization seeking judicial review of federal government’s decision to provide financial assistance to Crown corporation for construction and sale of nuclear reactors — Crown corporation requesting confidentiality order in respect of certain documents — Proper analytical approach to be applied to exercise of judicial discretion where litigant seeks confidentiality order — Whether confidentiality order should be granted — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government’s decision to provide financial assistance to Atomic Energy of Canada Ltd. (“AECL”), a Crown corporation, for the construction and sale to China of two CANDU reactors. The reactors are currently under construction in China, where AECL is the main contractor and project manager. Sierra Club maintains that the authorization of financial assistance

**Énergie atomique du Canada
Limitée** *Appelante*

c.

Sierra Club du Canada *Intimé*

et

**Le ministre des Finances du Canada, le
ministre des Affaires étrangères du Canada,
le ministre du Commerce international
du Canada et le procureur général du
Canada** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA
(MINISTRE DES FINANCES)**

Référence neutre : 2002 CSC 41.

N° du greffe : 28020.

2001 : 6 novembre; 2002 : 26 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et
LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Pratique — Cour fédérale du Canada — Production de documents confidentiels — Contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental de la décision du gouvernement fédéral de donner une aide financière à une société d’État pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires — Ordonnance de confidentialité demandée par la société d’État pour certains documents — Analyse applicable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire sur une demande d’ordonnance de confidentialité — Faut-il accorder l’ordonnance? — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

Un organisme environnemental, Sierra Club, demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à Énergie atomique du Canada Ltée (« ÉACL »), une société de la Couronne, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs CANDU. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où ÉACL est l’entrepreneur principal et le gestionnaire de projet. Sierra Club soutient que

by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act* (“CEAA”), requiring an environmental assessment as a condition of the financial assistance, and that the failure to comply compels a cancellation of the financial arrangements. AECL filed an affidavit in the proceedings which summarized confidential documents containing thousands of pages of technical information concerning the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities. AECL resisted Sierra Club’s application for production of the confidential documents on the ground, *inter alia*, that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have the authority to disclose them. The Chinese authorities authorized disclosure of the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, under which they would only be made available to the parties and the court, but with no restriction on public access to the judicial proceedings. AECL’s application for a confidentiality order was rejected by the Federal Court, Trial Division. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed and the confidentiality order granted on the terms requested by AECL.

In light of the established link between open courts and freedom of expression, the fundamental question for a court to consider in an application for a confidentiality order is whether the right to freedom of expression should be compromised in the circumstances. The court must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles because a confidentiality order will have a negative effect on the s. 2(b) right to freedom of expression. A confidentiality order should only be granted when (1) such an order is necessary to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings. Three important elements are subsumed under the first branch of the test. First, the risk must be real and substantial, well grounded in evidence, posing a serious threat to the commercial interest in question. Second, the important commercial interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality, where there is a general principle at stake. Finally, the judge is required to consider not only whether reasonable alternatives are available to such an order but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

l’autorisation d’aide financière du gouvernement déclenche l’application de l’al. 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (« LCÉE ») exigeant une évaluation environnementale comme condition de l’aide financière, et que le défaut d’évaluation entraîne l’annulation des ententes financières. ÉACL dépose un affidavit qui résume des documents confidentiels contenant des milliers de pages d’information technique concernant l’évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises. ÉACL s’oppose à la communication des documents demandée par Sierra Club pour la raison notamment qu’ils sont la propriété des autorités chinoises et qu’elle n’est pas autorisée à les divulguer. Les autorités chinoises donnent l’autorisation de les communiquer à la condition qu’ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité n’y donnant accès qu’aux parties et à la cour, mais n’imposant aucune restriction à l’accès du public aux débats. La demande d’ordonnance de confidentialité est rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale. La Cour d’appel fédérale confirme cette décision.

Arrêt : L’appel est accueilli et l’ordonnance demandée par ÉACL est accordée.

Vu le lien existant entre la publicité des débats judiciaires et la liberté d’expression, la question fondamentale pour la cour saisie d’une demande d’ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d’expression. La cour doit s’assurer que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’accorder est conforme aux principes de la *Charte* parce qu’une ordonnance de confidentialité a des effets préjudiciables sur la liberté d’expression garantie à l’al. 2b). On ne doit l’accorder que (1) lorsqu’elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige, en l’absence d’autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) lorsque ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l’emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d’expression qui, dans ce contexte, comprend l’intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires. Trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l’analyse. Premièrement, le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement l’intérêt commercial en question. Deuxièmement, l’intérêt doit pouvoir se définir en termes d’intérêt public à la confidentialité, mettant en jeu un principe général. Enfin le juge doit non seulement déterminer s’il existe d’autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l’ordonnance autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt commercial en question.

Applying the test to the present circumstances, the commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality, which is sufficiently important to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met. The information must have been treated as confidential at all relevant times; on a balance of probabilities, proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by disclosure of the information; and the information must have been accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential. These requirements have been met in this case. Disclosure of the confidential documents would impose a serious risk on an important commercial interest of AECL, and there are no reasonably alternative measures to granting the order.

Under the second branch of the test, the confidentiality order would have significant salutary effects on AECL's right to a fair trial. Disclosure of the confidential documents would cause AECL to breach its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. If a confidentiality order is denied, AECL will be forced to withhold the documents in order to protect its commercial interests, and since that information is relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders AECL's capacity to make full answer and defence. Although in the context of a civil proceeding, this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial is a fundamental principle of justice. Further, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the confidential documents, and permit cross-examination based on their contents, assisting in the search for truth, a core value underlying freedom of expression. Finally, given the technical nature of the information, there may be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

The deleterious effects of granting a confidentiality order include a negative effect on the open court principle, and therefore on the right to freedom of expression. The more detrimental the confidentiality order would be to the core values of (1) seeking the truth and the common good, (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit, and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons, the harder it will be to justify the confidentiality order. In the hands of the parties and their experts, the confidential documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the highly technical nature of the documents, the important value of the search for the truth which underlies

En l'espèce, l'intérêt commercial en jeu, la préservation d'obligations contractuelles de confidentialité, est suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse, pourvu que certaines conditions soient remplies : les renseignements ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels; il est raisonnable de penser que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation compromettrait des droits exclusifs, commerciaux et scientifiques; et les renseignements ont été recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteraient confidentiels. Ces conditions sont réunies en l'espèce. La divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de ÉACL et il n'existe pas d'options raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité.

À la deuxième étape de l'analyse, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques considérables sur le droit de ÉACL à un procès équitable. Si ÉACL divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Le refus de l'ordonnance obligerait ÉACL à retenir les documents pour protéger ses intérêts commerciaux et comme ils sont pertinents pour l'exercice des moyens de défense prévus par la *LCÉE*, l'impossibilité de les produire empêcherait ÉACL de présenter une défense pleine et entière. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale. L'ordonnance permettrait aux parties et au tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu, favorisant ainsi la recherche de la vérité, une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression. Il peut enfin y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ce type de renseignements techniques.

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires et donc sur la liberté d'expression. Plus l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales que sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun, (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées et (3) la participation de tous au processus politique, plus il est difficile de justifier l'ordonnance. Dans les mains des parties et de leurs experts, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, et donc pour aider la cour à parvenir à des conclusions de fait exactes. Compte tenu de leur nature hautement technique, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance demandée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui

both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the confidential documents under the order sought than it would by denying the order.

Under the terms of the order sought, the only restrictions relate to the public distribution of the documents, which is a fairly minimal intrusion into the open court rule. Although the confidentiality order would restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, the second core value of promoting individual self-fulfilment would not be significantly affected by the confidentiality order. The third core value figures prominently in this appeal as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. By their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection, so that the public interest is engaged here more than if this were an action between private parties involving private interests. However, the narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the confidential documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts. The core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. The salutary effects of the order outweigh its deleterious effects and the order should be granted. A balancing of the various rights and obligations engaged indicates that the confidentiality order would have substantial salutary effects on AECL's right to a fair trial and freedom of expression, while the deleterious effects on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal.

Cases Cited

Applied: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and*

sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le refus de l'ordonnance.

Aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions ont trait à la distribution publique des documents, une atteinte relativement minime à la règle de la publicité des débats judiciaires. Même si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, la deuxième valeur fondamentale, l'épanouissement personnel, ne serait pas touchée de manière significative. La troisième valeur joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection, de sorte que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés. Toutefois la portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. Ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, et il y a lieu de l'accorder. Selon la pondération des divers droits et intérêts en jeu, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de l'ÉACL à un procès équitable et à la liberté d'expression, et ses effets préjudiciables sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés :** *AB Hassle c.*

Welfare), [2000] 3 F.C. 360, aff'g (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1)(b), 8, 54, 54(2)(b).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 312.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 4 F.C. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] F.C.J. No. 732 (QL), affirming a decision of the Trial Division, [2000] 2 F.C. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] F.C.J. No. 1633 (QL). Appeal allowed.

J. Brett Ledger and Peter Chapin, for the appellant.

Timothy J. Howard and Franklin S. Gertler, for the respondent Sierra Club of Canada.

Graham Garton, Q.C., and *J. Sanderson Graham*, for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In our country, courts are the institutions generally chosen to resolve legal disputes as best they can through the application of legal principles to the facts of the case involved. One of the underlying principles of the judicial process is public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution. However, some material can be made the subject of a confidentiality order. This appeal raises the important

Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [2000] 3 C.F. 360, conf. [1998] A.C.F. n° 1850 (QL); *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1)b), 8, 54, 54(2) [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 37].
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 312.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 4 C.F. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] A.C.F. n° 732 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] A.C.F. n° 1633 (QL). Pourvoi accueilli.

J. Brett Ledger et Peter Chapin, pour l'appelante.

Timothy J. Howard et Franklin S. Gertler, pour l'intimé Sierra Club du Canada.

Graham Garton, c.r., et *J. Sanderson Graham*, pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans notre pays, les tribunaux sont les institutions généralement choisies pour résoudre au mieux les différends juridiques par l'application de principes juridiques aux faits de chaque espèce. Un des principes sous-jacents au processus judiciaire est la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les éléments pertinents à la solution du litige. Certains de ces éléments peuvent toutefois faire l'objet d'une ordonnance de confidentialité. Le

issues of when, and under what circumstances, a confidentiality order should be granted.

For the following reasons, I would issue the confidentiality order sought and accordingly would allow the appeal.

II. Facts

The appellant, Atomic Energy of Canada Limited (“AECL”) is a Crown corporation that owns and markets CANDU nuclear technology, and is an intervenor with the rights of a party in the application for judicial review by the respondent, the Sierra Club of Canada (“Sierra Club”). Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government’s decision to provide financial assistance in the form of a \$1.5 billion guaranteed loan relating to the construction and sale of two CANDU nuclear reactors to China by the appellant. The reactors are currently under construction in China, where the appellant is the main contractor and project manager.

The respondent maintains that the authorization of financial assistance by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA”), which requires that an environmental assessment be undertaken before a federal authority grants financial assistance to a project. Failure to undertake such an assessment compels cancellation of the financial arrangements.

The appellant and the respondent Ministers argue that the CEAA does not apply to the loan transaction, and that if it does, the statutory defences available under ss. 8 and 54 apply. Section 8 describes the circumstances where Crown corporations are required to conduct environmental assessments. Section 54(2)(b) recognizes the validity of an environmental assessment carried out by a foreign authority provided that it is consistent with the provisions of the CEAA.

In the course of the application by Sierra Club to set aside the funding arrangements, the appellant

pourvoi soulève les importantes questions de savoir à quel moment et dans quelles circonstances il y a lieu de rendre une ordonnance de confidentialité.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rendre l’ordonnance de confidentialité demandée et par conséquent d’accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L’appelante, Énergie atomique du Canada Limitée (« ÉACL »), société d’État propriétaire et vendeuse de la technologie nucléaire CANDU, est une intervenante ayant reçu les droits de partie dans la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé, Sierra Club du Canada (« Sierra Club »), un organisme environnemental. Sierra Club demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière, sous forme de garantie d’emprunt de 1,5 milliard de dollars, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs nucléaires CANDU par l’appelante. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où l’appelante est entrepreneur principal et gestionnaire de projet.

L’intimé soutient que l’autorisation d’aide financière du gouvernement déclenche l’application de l’al. 5(1)(b) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCÉE »), qui exige une évaluation environnementale avant qu’une autorité fédérale puisse fournir une aide financière à un projet. Le défaut d’évaluation entraîne l’annulation des ententes financières.

Selon l’appelante et les ministres intimés, la LCÉE ne s’applique pas à la convention de prêt et si elle s’y applique, ils peuvent invoquer les défenses prévues aux art. 8 et 54 de cette loi. L’article 8 prévoit les circonstances dans lesquelles les sociétés d’État sont tenues de procéder à des évaluations environnementales. Le paragraphe 54(2) reconnaît la validité des évaluations environnementales effectuées par des autorités étrangères pourvu qu’elles soient compatibles avec les dispositions de la LCÉE.

Dans le cadre de la requête de Sierra Club en annulation des ententes financières, l’appelante a

2

3

4

5

6

filed an affidavit of Dr. Simon Pang, a senior manager of the appellant. In the affidavit, Dr. Pang referred to and summarized certain documents (the “Confidential Documents”). The Confidential Documents are also referred to in an affidavit prepared by Mr. Feng, one of AECL’s experts. Prior to cross-examining Dr. Pang on his affidavit, Sierra Club made an application for the production of the Confidential Documents, arguing that it could not test Dr. Pang’s evidence without access to the underlying documents. The appellant resisted production on various grounds, including the fact that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have authority to disclose them. After receiving authorization by the Chinese authorities to disclose the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, the appellant sought to introduce the Confidential Documents under Rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, and requested a confidentiality order in respect of the documents.

7 Under the terms of the order requested, the Confidential Documents would only be made available to the parties and the court; however, there would be no restriction on public access to the proceedings. In essence, what is being sought is an order preventing the dissemination of the Confidential Documents to the public.

8 The Confidential Documents comprise two Environmental Impact Reports on Siting and Construction Design (the “EIRs”), a Preliminary Safety Analysis Report (the “PSAR”), and the supplementary affidavit of Dr. Pang which summarizes the contents of the EIRs and the PSAR. If admitted, the EIRs and the PSAR would be attached as exhibits to the supplementary affidavit of Dr. Pang. The EIRs were prepared by the Chinese authorities in the Chinese language, and the PSAR was prepared by the appellant with assistance from the Chinese participants in the project. The documents contain a mass of technical information and comprise thousands of pages. They describe the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities under Chinese law.

déposé un affidavit de M. Simon Pang, un de ses cadres supérieurs. Dans l’affidavit, M. Pang mentionne et résume certains documents (les « documents confidentiels ») qui sont également mentionnés dans un affidavit de M. Feng, un expert d’ÉACL. Avant de contre-interroger M. Pang sur son affidavit, Sierra Club a demandé par requête la production des documents confidentiels, au motif qu’il ne pouvait vérifier la validité de sa déposition sans consulter les documents de base. L’appelante s’oppose pour plusieurs raisons à la production des documents, dont le fait qu’ils sont la propriété des autorités chinoises et qu’elle n’est pas autorisée à les divulguer. Après avoir obtenu des autorités chinoises l’autorisation de communiquer les documents à la condition qu’ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, l’appelante a cherché à les produire en invoquant la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, et a demandé une ordonnance de confidentialité à leur égard.

Aux termes de l’ordonnance demandée, seules les parties et la cour auraient accès aux documents confidentiels. Aucune restriction ne serait imposée à l’accès du public aux débats. On demande essentiellement d’empêcher la diffusion des documents confidentiels au public.

Les documents confidentiels comprennent deux Rapports d’impact environnemental (« RIE ») sur le site et la construction, un Rapport préliminaire d’analyse sur la sécurité (« RPAS ») ainsi que l’affidavit supplémentaire de M. Pang qui résume le contenu des RIE et du RPAS. S’ils étaient admis, les rapports seraient joints en annexe de l’affidavit supplémentaire de M. Pang. Les RIE ont été préparés en chinois par les autorités chinoises, et le RPAS a été préparé par l’appelante en collaboration avec les responsables chinois du projet. Les documents contiennent une quantité considérable de renseignements techniques et comprennent des milliers de pages. Ils décrivent l’évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises en vertu des lois chinoises.

As noted, the appellant argues that it cannot introduce the Confidential Documents into evidence without a confidentiality order, otherwise it would be in breach of its obligations to the Chinese authorities. The respondent's position is that its right to cross-examine Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits would be effectively rendered nugatory in the absence of the supporting documents to which the affidavits referred. Sierra Club proposes to take the position that the affidavits should therefore be afforded very little weight by the judge hearing the application for judicial review.

The Federal Court of Canada, Trial Division refused to grant the confidentiality order and the majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal. In his dissenting opinion, Robertson J.A. would have granted the confidentiality order.

III. Relevant Statutory Provisions

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

IV. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division, [2000] 2 F.C. 400*

Pelletier J. first considered whether leave should be granted pursuant to Rule 312 to introduce the supplementary affidavit of Dr. Pang to which the Confidential Documents were filed as exhibits. In his view, the underlying question was that of relevance, and he concluded that the documents were relevant to the issue of the appropriate remedy. Thus, in the absence of prejudice to the respondent, the affidavit should be permitted to be served and filed. He noted that the respondent would be prejudiced by delay, but since both parties had brought

Comme je le note plus haut, l'appelante prétend ne pas pouvoir produire les documents confidentiels en preuve sans qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, parce que ce serait un manquement à ses obligations envers les autorités chinoises. L'intimé soutient pour sa part que son droit de contre-interroger M. Pang et M. Feng sur leurs affidavits serait pratiquement futile en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent. Sierra Club entend soutenir que le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire devrait donc leur accorder peu de poids.

La Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a rejeté la demande d'ordonnance de confidentialité et la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge Robertson, dissident, était d'avis d'accorder l'ordonnance.

III. Dispositions législatives

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400*

Le juge Pelletier examine d'abord s'il y a lieu, en vertu de la règle 312, d'autoriser la production de l'affidavit supplémentaire de M. Pang auquel sont annexés les documents confidentiels. À son avis, il s'agit d'une question de pertinence et il conclut que les documents se rapportent à la question de la réparation. En l'absence de préjudice pour l'intimé, il y a donc lieu d'autoriser la signification et le dépôt de l'affidavit. Il note que des retards seraient préjudiciables à l'intimé mais que, puisque les deux parties ont présenté des requêtes

9

10

11

12

interlocutory motions which had contributed to the delay, the desirability of having the entire record before the court outweighed the prejudice arising from the delay associated with the introduction of the documents.

13 On the issue of confidentiality, Pelletier J. concluded that he must be satisfied that the need for confidentiality was greater than the public interest in open court proceedings, and observed that the argument for open proceedings in this case was significant given the public interest in Canada's role as a vendor of nuclear technology. As well, he noted that a confidentiality order was an exception to the rule of open access to the courts, and that such an order should be granted only where absolutely necessary.

14 Pelletier J. applied the same test as that used in patent litigation for the issue of a protective order, which is essentially a confidentiality order. The granting of such an order requires the appellant to show a subjective belief that the information is confidential and that its interests would be harmed by disclosure. In addition, if the order is challenged, then the person claiming the benefit of the order must demonstrate objectively that the order is required. This objective element requires the party to show that the information has been treated as confidential, and that it is reasonable to believe that its proprietary, commercial and scientific interests could be harmed by the disclosure of the information.

15 Concluding that both the subjective part and both elements of the objective part of the test had been satisfied, he nevertheless stated: "However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure" (para. 23).

16 A very significant factor, in his view, was the fact that mandatory production of documents was not in issue here. The fact that the application involved a voluntary tendering of documents to advance the

interlocutoires qui ont entraîné les délais, les avantages de soumettre le dossier au complet à la cour compensent l'inconvénient du retard causé par la présentation de ces documents.

Sur la confidentialité, le juge Pelletier conclut qu'il doit être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Il note que les arguments en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants vu l'intérêt du public envers le rôle du Canada comme vendeur de technologie nucléaire. Il fait aussi remarquer que les ordonnances de confidentialité sont une exception au principe de la publicité des débats judiciaires et ne devraient être accordées que dans des cas de nécessité absolue.

Le juge Pelletier applique le même critère que pour une ordonnance conservatoire en matière de brevets, qui est essentiellement une ordonnance de confidentialité. Pour obtenir l'ordonnance, le requérant doit démontrer qu'il croit subjectivement que les renseignements sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. De plus, si l'ordonnance est contestée, le requérant doit démontrer objectivement qu'elle est nécessaire. Cet élément objectif l'oblige à démontrer que les renseignements ont toujours été traités comme étant confidentiels et qu'il est raisonnable de croire que leur divulgation risque de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques.

Ayant conclu qu'il est satisfait à l'élément subjectif et aux deux volets de l'élément objectif du critère, il ajoute : « J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne » (par. 23).

Il estime très important le fait qu'il ne s'agit pas en l'espèce de production obligatoire de documents. Le fait que la demande vise le dépôt volontaire de documents en vue d'étayer la thèse de l'appelante,

appellant's own cause as opposed to mandatory production weighed against granting the confidentiality order.

In weighing the public interest in disclosure against the risk of harm to AECL arising from disclosure, Pelletier J. noted that the documents the appellant wished to put before the court were prepared by others for other purposes, and recognized that the appellant was bound to protect the confidentiality of the information. At this stage, he again considered the issue of materiality. If the documents were shown to be very material to a critical issue, "the requirements of justice militate in favour of a confidentiality order. If the documents are marginally relevant, then the voluntary nature of the production argues against a confidentiality order" (para. 29). He then decided that the documents were material to a question of the appropriate remedy, a significant issue in the event that the appellant failed on the main issue.

Pelletier J. also considered the context of the case and held that since the issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology was one of significant public interest, the burden of justifying a confidentiality order was very onerous. He found that AECL could expunge the sensitive material from the documents, or put the evidence before the court in some other form, and thus maintain its full right of defence while preserving the open access to court proceedings.

Pelletier J. observed that his order was being made without having perused the Confidential Documents because they had not been put before him. Although he noted the line of cases which holds that a judge ought not to deal with the issue of a confidentiality order without reviewing the documents themselves, in his view, given their voluminous nature and technical content as well as his lack of information as to what information was already in the public domain, he found that an examination of these documents would not have been useful.

par opposition à une production obligatoire, joue contre l'ordonnance de confidentialité.

En soupesant l'intérêt du public dans la divulgation et le préjudice que la divulgation risque de causer à ÉACL, le juge Pelletier note que les documents que l'appelante veut soumettre à la cour ont été rédigés par d'autres personnes à d'autres fins, et il reconnaît que l'appelante est tenue de protéger la confidentialité des renseignements. À cette étape, il examine de nouveau la question de la pertinence. Si on réussit à démontrer que les documents sont très importants sur une question cruciale, « les exigences de la justice militent en faveur du prononcé d'une ordonnance de confidentialité. Si les documents ne sont pertinents que d'une façon accessoire, le caractère facultatif de la production milite contre le prononcé de l'ordonnance de confidentialité » (par. 29). Il conclut alors que les documents sont importants pour résoudre la question de la réparation à accorder, elle-même un point important si l'appelante échoue sur la question principale.

Le juge Pelletier considère aussi le contexte de l'affaire et conclut que, puisque la question du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires est une importante question d'intérêt public, la charge de justifier une ordonnance de confidentialité est très onéreuse. Il conclut qu'ÉACL pourrait retrancher les éléments délicats des documents ou soumettre à la cour la même preuve sous une autre forme, et maintenir ainsi son droit à une défense complète tout en préservant la publicité des débats judiciaires.

Le juge Pelletier signale qu'il prononce l'ordonnance sans avoir examiné les documents confidentiels puisqu'ils n'ont pas été portés à sa connaissance. Bien qu'il mentionne la jurisprudence indiquant qu'un juge ne devrait pas se prononcer sur une demande d'ordonnance de confidentialité sans avoir examiné les documents eux-mêmes, il estime qu'il n'aurait pas été utile d'examiner les documents, vu leur volume et leur caractère technique, et sans savoir quelle part d'information était déjà dans le domaine public.

17

18

19

20 Pelletier J. ordered that the appellant could file the documents in current form, or in an edited version if it chose to do so. He also granted leave to file material dealing with the Chinese regulatory process in general and as applied to this project, provided it did so within 60 days.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 4 F.C. 426

(1) Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring)

21 At the Federal Court of Appeal, AECL appealed the ruling under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*, and Sierra Club cross-appealed the ruling under Rule 312.

22 With respect to Rule 312, Evans J.A. held that the documents were clearly relevant to a defence under s. 54(2)(b) which the appellant proposed to raise if s. 5(1)(b) of the *CEAA* was held to apply, and were also potentially relevant to the exercise of the court's discretion to refuse a remedy even if the Ministers were in breach of the *CEAA*. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the benefit to the appellant and the court of being granted leave to file the documents outweighed any prejudice to the respondent owing to delay and thus concluded that the motions judge was correct in granting leave under Rule 312.

23 On the issue of the confidentiality order, Evans J.A. considered Rule 151, and all the factors that the motions judge had weighed, including the commercial sensitivity of the documents, the fact that the appellant had received them in confidence from the Chinese authorities, and the appellant's argument that without the documents it could not mount a full answer and defence to the application. These factors had to be weighed against the principle of open access to court documents. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the weight to be attached to the public interest in open proceedings varied with context and held that, where a case raises issues of public significance, the principle of openness of judicial process carries greater weight as a factor in

Dans son ordonnance, le juge Pelletier autorise l'appelante à déposer les documents sous leur forme actuelle ou sous une version révisée, à son gré. Il autorise aussi l'appelante à déposer des documents concernant le processus réglementaire chinois en général et son application au projet, à condition qu'elle le fasse sous 60 jours.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 4 C.F. 426

(1) Le juge Evans (avec l'appui du juge Sharlow)

ÉACL fait appel en Cour d'appel fédérale, en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et Sierra Club forme un appel incident en vertu de la règle 312.

Sur la règle 312, le juge Evans conclut que les documents en cause sont clairement pertinents dans une défense que l'appelante a l'intention d'invoquer en vertu du par. 54(2) si la cour conclut que l'al. 5(1)(b) de la *LCÉE* doit s'appliquer, et pourraient l'être aussi pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser d'accorder une réparation dans le cas où les ministres auraient enfreint la *LCÉE*. Comme le juge Pelletier, le juge Evans est d'avis que l'avantage pour l'appelante et pour la cour d'une autorisation de déposer les documents l'emporte sur tout préjudice que le retard pourrait causer à l'intimé, et conclut par conséquent que le juge des requêtes a eu raison d'accorder l'autorisation en vertu de la règle 312.

Sur l'ordonnance de confidentialité, le juge Evans examine la règle 151 et tous les facteurs que le juge des requêtes a appréciés, y compris le secret commercial attaché aux documents, le fait que l'appelante les a reçus à titre confidentiel des autorités chinoises, et l'argument de l'appelante selon lequel, sans les documents, elle ne pourrait assurer effectivement sa défense. Ces facteurs doivent être pondérés avec le principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux. Le juge Evans convient avec le juge Pelletier que le poids à accorder à l'intérêt du public à la publicité des débats varie selon le contexte, et il conclut que lorsqu'une affaire soulève des questions de grande importance pour le public, le principe de la publicité des débats a plus de poids

the balancing process. Evans J.A. noted the public interest in the subject matter of the litigation, as well as the considerable media attention it had attracted.

In support of his conclusion that the weight assigned to the principle of openness may vary with context, Evans J.A. relied upon the decisions in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360 (C.A.), where the court took into consideration the relatively small public interest at stake, and *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 283, where the court ordered disclosure after determining that the case was a significant constitutional case where it was important for the public to understand the issues at stake. Evans J.A. observed that openness and public participation in the assessment process are fundamental to the CEAA, and concluded that the motions judge could not be said to have given the principle of openness undue weight even though confidentiality was claimed for a relatively small number of highly technical documents.

Evans J.A. held that the motions judge had placed undue emphasis on the fact that the introduction of the documents was voluntary; however, it did not follow that his decision on the confidentiality order must therefore be set aside. Evans J.A. was of the view that this error did not affect the ultimate conclusion for three reasons. First, like the motions judge, he attached great weight to the principle of openness. Secondly, he held that the inclusion in the affidavits of a summary of the reports could go a long way to compensate for the absence of the originals, should the appellant choose not to put them in without a confidentiality order. Finally, if AECL submitted the documents in an expunged fashion, the claim for confidentiality would rest upon a relatively unimportant factor, i.e., the appellant's claim that it would suffer a loss of business if it breached its undertaking with the Chinese authorities.

Evans J.A. rejected the argument that the motions judge had erred in deciding the motion without

comme facteur à prendre en compte dans le processus de pondération. Le juge Evans note l'intérêt du public à l'égard de la question en litige ainsi que la couverture médiatique considérable qu'elle a suscitée.

À l'appui de sa conclusion que le poids accordé au principe de la publicité des débats peut varier selon le contexte, le juge Evans invoque les décisions *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360 (C.A.), où la cour a tenu compte du peu d'intérêt du public, et *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 283, où la cour a ordonné la divulgation après avoir déterminé qu'il s'agissait d'une affaire constitutionnelle importante et qu'il importait que le public comprenne ce qui était en cause. Le juge Evans fait remarquer que la transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale pour la LCÉE, et il conclut qu'on ne peut prétendre que le juge des requêtes a accordé trop de poids au principe de la publicité des débats, même si la confidentialité n'est demandée que pour un nombre relativement restreint de documents hautement techniques.

Le juge Evans conclut que le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que la production des documents était volontaire mais qu'il ne s'ensuit pas que sa décision au sujet de la confidentialité doive être écartée. Le juge Evans est d'avis que l'erreur n'entâche pas sa conclusion finale, pour trois motifs. Premièrement, comme le juge des requêtes, il attache une grande importance à la publicité du débat judiciaire. Deuxièmement, il conclut que l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des rapports peut, dans une large mesure, compenser l'absence des rapports, si l'appelante décide de ne pas les déposer sans ordonnance de confidentialité. Enfin, si ÉACL déposait une version modifiée des documents, la demande de confidentialité reposerait sur un facteur relativement peu important, savoir l'argument que l'appelante perdrait des occasions d'affaires si elle violait son engagement envers les autorités chinoises.

Le juge Evans rejette l'argument selon lequel le juge des requêtes a commis une erreur en statuant

24

25

26

reference to the actual documents, stating that it was not necessary for him to inspect them, given that summaries were available and that the documents were highly technical and incompletely translated. Thus the appeal and cross-appeal were both dismissed.

(2) Robertson J.A. (dissenting)

27 Robertson J.A. disagreed with the majority for three reasons. First, in his view, the level of public interest in the case, the degree of media coverage, and the identities of the parties should not be taken into consideration in assessing an application for a confidentiality order. Instead, he held that it was the nature of the evidence for which the order is sought that must be examined.

28 In addition, he found that without a confidentiality order, the appellant had to choose between two unacceptable options: either suffering irreparable financial harm if the confidential information was introduced into evidence, or being denied the right to a fair trial because it could not mount a full defence if the evidence was not introduced.

29 Finally, he stated that the analytical framework employed by the majority in reaching its decision was fundamentally flawed as it was based largely on the subjective views of the motions judge. He rejected the contextual approach to the question of whether a confidentiality order should issue, emphasizing the need for an objective framework to combat the perception that justice is a relative concept, and to promote consistency and certainty in the law.

30 To establish this more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information, he turned to the legal rationale underlying the commitment to the principle of open justice, referring to *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. There, the Supreme Court of Canada held that open proceedings foster the search for the truth, and reflect the importance of public scrutiny of the courts.

sans avoir examiné les documents réels, affirmant que cela n'était pas nécessaire puisqu'il y avait des précis et que la documentation était hautement technique et partiellement traduite. L'appel et l'appel incident sont donc rejetés.

(2) Le juge Robertson (dissident)

Le juge Robertson se dissocie de la majorité pour trois raisons. En premier lieu, il estime que le degré d'intérêt du public dans une affaire, l'importance de la couverture médiatique et l'identité des parties ne devraient pas être pris en considération pour statuer sur une demande d'ordonnance de confidentialité. Selon lui, il faut plutôt examiner la nature de la preuve que protégerait l'ordonnance de confidentialité.

Il estime aussi qu'à défaut d'ordonnance de confidentialité, l'appelante doit choisir entre deux options inacceptables : subir un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels sont produits en preuve, ou être privée de son droit à un procès équitable parce qu'elle ne peut se défendre pleinement si la preuve n'est pas produite.

Finalement, il dit que le cadre analytique utilisé par les juges majoritaires pour arriver à leur décision est fondamentalement défectueux en ce qu'il est fondé en grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes. Il rejette l'approche contextuelle sur la question de l'ordonnance de confidentialité, soulignant la nécessité d'un cadre d'analyse objectif pour combattre la perception que la justice est un concept relatif et pour promouvoir la cohérence et la certitude en droit.

Pour établir ce cadre plus objectif appelé à régir la délivrance d'ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques, il examine le fondement juridique du principe de la publicité du processus judiciaire, en citant l'arrêt de notre Cour, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, qui conclut que la publicité des débats favorise la recherche de la vérité et témoigne de l'importance de soumettre le travail des tribunaux à l'examen public.

Robertson J.A. stated that although the principle of open justice is a reflection of the basic democratic value of accountability in the exercise of judicial power, in his view, the principle that justice itself must be secured is paramount. He concluded that justice as an overarching principle means that exceptions occasionally must be made to rules or principles.

He observed that, in the area of commercial law, when the information sought to be protected concerns “trade secrets”, this information will not be disclosed during a trial if to do so would destroy the owner’s proprietary rights and expose him or her to irreparable harm in the form of financial loss. Although the case before him did not involve a trade secret, he nevertheless held that the same treatment could be extended to commercial or scientific information which was acquired on a confidential basis and attached the following criteria as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order (at para. 13):

(1) the information is of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential; (2) the information for which confidentiality is sought is not already in the public domain; (3) on a balance of probabilities the party seeking the confidentiality order would suffer irreparable harm if the information were made public; (4) the information is relevant to the legal issues raised in the case; (5) correlatively, the information is “necessary” to the resolution of those issues; (6) the granting of a confidentiality order does not unduly prejudice the opposing party; and (7) the public interest in open court proceedings does not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The onus in establishing that criteria one to six are met is on the party seeking the confidentiality order. Under the seventh criterion, it is for the opposing party to show that a *prima facie* right to a protective order has been overtaken by the need to preserve the openness of the court proceedings. In addressing these criteria one must bear in mind two of the threads woven into the fabric of the principle of open justice: the search for truth and the preservation of the rule of law. As stated at the outset, I do not believe that the perceived degree of public importance of a case is a relevant consideration.

Selon le juge Robertson, même si le principe de la publicité du processus judiciaire reflète la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité dans l’exercice du pouvoir judiciaire, le principe selon lequel il faut que justice soit faite doit, à son avis, l’emporter. Il conclut que la justice vue comme principe universel signifie que les règles ou les principes doivent parfois souffrir des exceptions.

Il fait observer qu’en droit commercial, lorsque les renseignements qu’on cherche à protéger ont trait à des « secrets industriels », ils ne sont pas divulgués au procès lorsque cela aurait pour effet d’annihiler les droits du propriétaire et l’exposerait à un préjudice financier irréparable. Il conclut que, même si l’espèce ne porte pas sur des secrets industriels, on peut traiter de la même façon des renseignements commerciaux et scientifiques acquis sur une base confidentielle, et il établit les critères suivants comme conditions à la délivrance d’une ordonnance de confidentialité (au par. 13) :

1) les renseignements sont de nature confidentielle et non seulement des faits qu’une personne désire ne pas divulguer; 2) les renseignements qu’on veut protéger ne sont pas du domaine public; 3) selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentialité subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics; 4) les renseignements sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige; 5) en même temps, les renseignements sont « nécessaires » à la résolution de ces questions; 6) l’octroi d’une ordonnance de confidentialité ne cause pas un préjudice grave à la partie adverse; 7) l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne prime pas les intérêts privés de la partie qui sollicite l’ordonnance de confidentialité. Le fardeau de démontrer que les critères un à six sont respectés incombe à la partie qui cherche à obtenir l’ordonnance de confidentialité. Pour le septième critère, c’est la partie adverse qui doit démontrer que le droit *prima facie* à une ordonnance de non-divulgaration doit céder le pas au besoin de maintenir la publicité des débats judiciaires. En utilisant ces critères, il y a lieu de tenir compte de deux des fils conducteurs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires : la recherche de la vérité et la sauvegarde de la primauté du droit. Comme je l’ai dit au tout début, je ne crois pas que le degré d’importance qu’on croit que le public accorde à une affaire soit une considération pertinente.

33 In applying these criteria to the circumstances of the case, Robertson J.A. concluded that the confidentiality order should be granted. In his view, the public interest in open court proceedings did not override the interests of AECL in maintaining the confidentiality of these highly technical documents.

34 Robertson J.A. also considered the public interest in the need to ensure that site plans for nuclear installations were not, for example, posted on a Web site. He concluded that a confidentiality order would not undermine the two primary objectives underlying the principle of open justice: truth and the rule of law. As such, he would have allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

V. Issues

- 35 A. What is the proper analytical approach to be applied to the exercise of judicial discretion where a litigant seeks a confidentiality order under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*?
- B. Should the confidentiality order be granted in this case?

VI. Analysis

A. *The Analytical Approach to the Granting of a Confidentiality Order*

(1) The General Framework: Herein the Dagenais Principles

36 The link between openness in judicial proceedings and freedom of expression has been firmly established by this Court. In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, La Forest J. expressed the relationship as follows:

The principle of open courts is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b). Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the

Applicant ces critères aux circonstances de l'espèce, le juge Robertson conclut qu'il y a lieu de rendre l'ordonnance de confidentialité. Selon lui, l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires ne prime pas l'intérêt de ÉACL à préserver le caractère confidentiel de ces documents hautement techniques.

Le juge Robertson traite aussi de l'intérêt du public à ce qu'il soit garanti que les plans de site d'installations nucléaires ne seront pas, par exemple, affichés sur un site Web. Il conclut qu'une ordonnance de confidentialité n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux du principe de la publicité des débats judiciaires, savoir la vérité et la primauté du droit. Il aurait par conséquent accueilli l'appel et rejeté l'appel incident.

V. Questions en litige

- A. Quelle méthode d'analyse faut-il appliquer à l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire lorsqu'une partie demande une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*?
- B. Y a-t-il lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité en l'espèce?

VI. Analyse

A. *Méthode d'analyse applicable aux ordonnances de confidentialité*

(1) Le cadre général : les principes de l'arrêt Dagenais

Le lien entre la publicité des procédures judiciaires et la liberté d'expression est solidement établi dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480. Le juge La Forest l'exprime en ces termes au par. 23 :

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur

freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place.

Under the order sought, public access and public scrutiny of the Confidential Documents would be restricted; this would clearly infringe the public's freedom of expression guarantee.

A discussion of the general approach to be taken in the exercise of judicial discretion to grant a confidentiality order should begin with the principles set out by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Although that case dealt with the common law jurisdiction of the court to order a publication ban in the criminal law context, there are strong similarities between publication bans and confidentiality orders in the context of judicial proceedings. In both cases a restriction on freedom of expression is sought in order to preserve or promote an interest engaged by those proceedings. As such, the fundamental question for a court to consider in an application for a publication ban or a confidentiality order is whether, in the circumstances, the right to freedom of expression should be compromised.

Although in each case freedom of expression will be engaged in a different context, the *Dagenais* framework utilizes overarching *Canadian Charter of Rights and Freedoms* principles in order to balance freedom of expression with other rights and interests, and thus can be adapted and applied to various circumstances. As a result, the analytical approach to the exercise of discretion under Rule 151 should echo the underlying principles laid out in *Dagenais*, although it must be tailored to the specific rights and interests engaged in this case.

Dagenais dealt with an application by four accused persons under the court's common law jurisdiction requesting an order prohibiting the broadcast of a television programme dealing with the physical and sexual abuse of young boys at

le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2b), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux.

L'ordonnance sollicitée aurait pour effet de limiter l'accès du public aux documents confidentiels et leur examen public; cela porterait clairement atteinte à la garantie de la liberté d'expression du public.

L'examen de la méthode générale à suivre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance de confidentialité devrait commencer par les principes établis par la Cour dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Cette affaire portait sur le pouvoir discrétionnaire judiciaire, issu de la common law, de rendre des ordonnances de non-publication dans le cadre de procédures criminelles, mais il y a de fortes ressemblances entre les interdictions de publication et les ordonnances de confidentialité dans le contexte des procédures judiciaires. Dans les deux cas, on cherche à restreindre la liberté d'expression afin de préserver ou de promouvoir un intérêt en jeu dans les procédures. En ce sens, la question fondamentale que doit résoudre le tribunal auquel on demande une interdiction de publication ou une ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d'expression.

Même si, dans chaque cas, la liberté d'expression entre en jeu dans un contexte différent, le cadre établi dans *Dagenais* fait appel aux principes déterminants de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, et peut donc être adapté et appliqué à diverses circonstances. L'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime de la règle 151 devrait par conséquent refléter les principes sous-jacents établis par *Dagenais*, même s'il faut pour cela l'ajuster aux droits et intérêts précis qui sont en jeu en l'espèce.

L'affaire *Dagenais* porte sur une requête par laquelle quatre accusés demandaient à la cour de rendre, en vertu de sa compétence de common law, une ordonnance interdisant la diffusion d'une émission de télévision décrivant des abus physiques et

37

38

39

religious institutions. The applicants argued that because the factual circumstances of the programme were very similar to the facts at issue in their trials, the ban was necessary to preserve the accused's right to a fair trial.

40

Lamer C.J. found that the common law discretion to order a publication ban must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*. Since publication bans necessarily curtail the freedom of expression of third parties, he adapted the pre-*Charter* common law rule such that it balanced the right to freedom of expression with the right to a fair trial of the accused in a way which reflected the substance of the test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. At p. 878 of *Dagenais*, Lamer C.J. set out his reformulated test:

A publication ban should only be ordered when:

(a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and

(b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. [Emphasis in original.]

41

In *New Brunswick*, *supra*, this Court modified the *Dagenais* test in the context of the related issue of how the discretionary power under s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to exclude the public from a trial should be exercised. That case dealt with an appeal from the trial judge's order excluding the public from the portion of a sentencing proceeding for sexual assault and sexual interference dealing with the specific acts committed by the accused on the basis that it would avoid "undue hardship" to both the victims and the accused.

42

La Forest J. found that s. 486(1) was a restriction on the s. 2(b) right to freedom of expression in that it provided a "discretionary bar on public and media access to the courts": *New Brunswick*, at para. 33;

sexuels infligés à de jeunes garçons dans des établissements religieux. Les requérants soutenaient que l'interdiction était nécessaire pour préserver leur droit à un procès équitable, parce que les faits racontés dans l'émission ressemblaient beaucoup aux faits en cause dans leurs procès.

Le juge en chef Lamer conclut que le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'interdiction de publication doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte*. Puisque les ordonnances de non-publication restreignent nécessairement la liberté d'expression de tiers, il adapte la règle de common law qui s'appliquait avant l'entrée en vigueur de la *Charte* de façon à établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable, d'une façon qui reflète l'essence du critère énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À la page 878 de *Dagenais*, le juge en chef Lamer énonce le critère reformulé :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. [Souligné dans l'original.]

Dans *Nouveau-Brunswick*, précité, la Cour modifie le critère de l'arrêt *Dagenais* dans le contexte de la question voisine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion du public d'un procès en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agissait d'un appel d'une décision du juge du procès d'ordonner l'exclusion du public de la partie des procédures de détermination de la peine pour agression sexuelle et contacts sexuels portant sur les actes précis commis par l'accusé, au motif que cela éviterait un « préjudice indu » aux victimes et à l'accusé.

Le juge La Forest conclut que le par. 486(1) limite la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) en créant un « pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux

however he found this infringement to be justified under s. 1 provided that the discretion was exercised in accordance with the *Charter*. Thus, the approach taken by La Forest J. at para. 69 to the exercise of discretion under s. 486(1) of the *Criminal Code*, closely mirrors the *Dagenais* common law test:

(a) the judge must consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;

(b) the judge must consider whether the order is limited as much as possible; and

(c) the judge must weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

In applying this test to the facts of the case, La Forest J. found that the evidence of the potential undue hardship consisted mainly in the Crown's submission that the evidence was of a "delicate nature" and that this was insufficient to override the infringement on freedom of expression.

This Court has recently revisited the granting of a publication ban under the court's common law jurisdiction in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, and its companion case *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77. In *Mentuck*, the Crown moved for a publication ban to protect the identity of undercover police officers and operational methods employed by the officers in their investigation of the accused. The accused opposed the motion as an infringement of his right to a fair and public hearing under s. 11(d) of the *Charter*. The order was also opposed by two intervening newspapers as an infringement of their right to freedom of expression.

The Court noted that, while *Dagenais* dealt with the balancing of freedom of expression on the one hand, and the right to a fair trial of the accused on the other, in the case before it, both the right of the

tribunaux » (*Nouveau-Brunswick*, par. 33). Il considère toutefois que l'atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier pourvu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la *Charte*. Donc l'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, décrite par le juge La Forest au par. 69, concorde étroitement avec le critère de common law établi par *Dagenais* :

a) le juge doit envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;

b) il doit se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et

c) il doit comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels.

Appliquant cette analyse aux faits de l'espèce, le juge La Forest conclut que la preuve du risque de préjudice indu consiste principalement en la prétention de l'avocat du ministère public quant à la « nature délicate » des faits relatifs aux infractions et que cela ne suffit pas pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

La Cour a récemment réexaminé la question des interdictions de publication prononcées par un tribunal en vertu de sa compétence de common law dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, et l'arrêt connexe *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77. Dans *Mentuck*, le ministère public demandait l'interdiction de publication en vue de protéger l'identité de policiers banalisés et leurs méthodes d'enquête. L'accusé s'opposait à la demande en soutenant que l'interdiction porterait atteinte à son droit à un procès public et équitable protégé par l'al. 11d) de la *Charte*. Deux journaux intervenants s'opposaient aussi à la requête, en faisant valoir qu'elle porterait atteinte à leur droit à la liberté d'expression.

La Cour fait remarquer que *Dagenais* traite de la pondération de la liberté d'expression, d'une part, et du droit de l'accusé à un procès équitable, d'autre part, tandis que dans l'affaire dont elle est saisie, le

accused to a fair and public hearing, and freedom of expression weighed in favour of denying the publication ban. These rights were balanced against interests relating to the proper administration of justice, in particular, protecting the safety of police officers and preserving the efficacy of undercover police operations.

45

In spite of this distinction, the Court noted that underlying the approach taken in both *Dagenais* and *New Brunswick* was the goal of ensuring that the judicial discretion to order publication bans is subject to no lower a standard of compliance with the *Charter* than legislative enactment. This goal is furthered by incorporating the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test into the publication ban test. Since this same goal applied in the case before it, the Court adopted a similar approach to that taken in *Dagenais*, but broadened the *Dagenais* test (which dealt specifically with the right of an accused to a fair trial) such that it could guide the exercise of judicial discretion where a publication ban is requested in order to preserve any important aspect of the proper administration of justice. At para. 32, the Court reformulated the test as follows:

A publication ban should only be ordered when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

46

The Court emphasized that under the first branch of the test, three important elements were subsumed under the “necessity” branch. First, the risk in question must be a serious risk well grounded in the evidence. Second, the phrase “proper administration of justice” must be carefully interpreted so as not to

droit de l’accusé à un procès public et équitable tout autant que la liberté d’expression militent en faveur du rejet de la requête en interdiction de publication. Ces droits ont été soupesés avec l’intérêt de la bonne administration de la justice, en particulier la protection de la sécurité des policiers et le maintien de l’efficacité des opérations policières secrètes.

Malgré cette distinction, la Cour note que la méthode retenue dans *Dagenais* et *Nouveau-Brunswick* a pour objectif de garantir que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d’ordonner des interdictions de publication n’est pas assujéti à une norme de conformité à la *Charte* moins exigeante que la norme applicable aux dispositions législatives. Elle vise cet objectif en incorporant l’essence de l’article premier de la *Charte* et le critère *Oakes* dans l’analyse applicable aux interdictions de publication. Comme le même objectif s’applique à l’affaire dont elle est saisie, la Cour adopte une méthode semblable à celle de *Dagenais*, mais en élargissant le critère énoncé dans cet arrêt (qui portait spécifiquement sur le droit de l’accusé à un procès équitable) de manière à fournir un guide à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans les requêtes en interdiction de publication, afin de protéger tout aspect important de la bonne administration de la justice. La Cour reformule le critère en ces termes (au par. 32) :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l’accusé à un procès public et équitable, et sur l’efficacité de l’administration de la justice.

La Cour souligne que dans le premier volet de l’analyse, trois éléments importants sont subsumés sous la notion de « nécessité ». En premier lieu, le risque en question doit être sérieux et bien étayé par la preuve. En deuxième lieu, l’expression « bonne administration de la justice » doit être interprétée

allow the concealment of an excessive amount of information. Third, the test requires the judge ordering the ban to consider not only whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the ban as far as possible without sacrificing the prevention of the risk.

At para. 31, the Court also made the important observation that the proper administration of justice will not necessarily involve *Charter* rights, and that the ability to invoke the *Charter* is not a necessary condition for a publication ban to be granted:

The [common law publication ban] rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. As the test is intended to “reflec[t] the substance of the *Oakes* test”, we cannot require that *Charter* rights be the only legitimate objective of such orders any more than we require that government action or legislation in violation of the *Charter* be justified exclusively by the pursuit of another *Charter* right. [Emphasis added.]

The Court also anticipated that, in appropriate circumstances, the *Dagenais* framework could be expanded even further in order to address requests for publication bans where interests other than the administration of justice were involved.

Mentuck is illustrative of the flexibility of the *Dagenais* approach. Since its basic purpose is to ensure that the judicial discretion to deny public access to the courts is exercised in accordance with *Charter* principles, in my view, the *Dagenais* model can and should be adapted to the situation in the case at bar where the central issue is whether judicial discretion should be exercised so as to exclude confidential information from a public proceeding. As in *Dagenais*, *New Brunswick* and *Mentuck*, granting the confidentiality order will have a negative effect on the *Charter* right to freedom of expression, as well as the principle of open and accessible court proceedings, and, as in those cases, courts must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles.

judicieusement de façon à ne pas empêcher la divulgation d’un nombre excessif de renseignements. En troisième lieu, le critère exige non seulement que le juge qui prononce l’ordonnance détermine s’il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu’il limite l’ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.

Au paragraphe 31, la Cour fait aussi l’importante observation que la bonne administration de la justice n’implique pas nécessairement des droits protégés par la *Charte*, et que la possibilité d’invoquer la *Charte* n’est pas une condition nécessaire à l’obtention d’une interdiction de publication :

Elle [la règle de common law] peut s’appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l’intérêt de l’administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. Comme on veut que le critère « reflète [. . .] l’essence du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* », nous ne pouvons pas exiger que ces ordonnances aient pour seul objectif légitime les droits garantis par la *Charte*, pas plus que nous exigeons que les actes gouvernementaux et les dispositions législatives contrevenant à la *Charte* soient justifiés exclusivement par la recherche d’un autre droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

La Cour prévoit aussi que, dans les cas voulus, le critère de *Dagenais* pourrait être élargi encore davantage pour régir des requêtes en interdiction de publication mettant en jeu des questions autres que l’administration de la justice.

Mentuck illustre bien la souplesse de la méthode *Dagenais*. Comme elle a pour objet fondamental de garantir que le pouvoir discrétionnaire d’interdire l’accès du public aux tribunaux est exercé conformément aux principes de la *Charte*, à mon avis, le modèle *Dagenais* peut et devrait être adapté à la situation de la présente espèce, où la question centrale est l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d’exclure des renseignements confidentiels au cours d’une procédure publique. Comme dans *Dagenais*, *Nouveau-Brunswick* et *Mentuck*, une ordonnance de confidentialité aura un effet négatif sur le droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte*, de même que sur le principe de la publicité des débats judiciaires et, comme dans ces affaires, les tribunaux doivent veiller à ce que le

However, in order to adapt the test to the context of this case, it is first necessary to determine the particular rights and interests engaged by this application.

(2) The Rights and Interests of the Parties

49

The immediate purpose for AECL's confidentiality request relates to its commercial interests. The information in question is the property of the Chinese authorities. If the appellant were to disclose the Confidential Documents, it would be in breach of its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. This is clear from the findings of fact of the motions judge that AECL was bound by its commercial interests and its customer's property rights not to disclose the information (para. 27), and that such disclosure could harm the appellant's commercial interests (para. 23).

50

Aside from this direct commercial interest, if the confidentiality order is denied, then in order to protect its commercial interests, the appellant will have to withhold the documents. This raises the important matter of the litigation context in which the order is sought. As both the motions judge and the Federal Court of Appeal found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders the appellant's capacity to make full answer and defence, or, expressed more generally, the appellant's right, as a civil litigant, to present its case. In that sense, preventing the appellant from disclosing these documents on a confidential basis infringes its right to a fair trial. Although in the context of a civil proceeding this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial generally can be viewed as a fundamental principle of justice: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 84, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting, but not on that point). Although this fair trial right is directly relevant to the appellant, there is also a general public interest in protecting the right to a fair trial. Indeed, as a general proposition, all disputes in the courts should be decided under a fair trial standard. The legitimacy of the judicial process alone

pouvoir discrétionnaire d'accorder l'ordonnance soit exercé conformément aux principes de la *Charte*. Toutefois, pour adapter le critère au contexte de la présente espèce, il faut d'abord définir les droits et intérêts particuliers qui entrent en jeu.

(2) Les droits et les intérêts des parties

L'objet immédiat de la demande d'ordonnance de confidentialité d'ÉACL a trait à ses intérêts commerciaux. Les renseignements en question appartiennent aux autorités chinoises. Si l'appelante divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Il ressort clairement des conclusions de fait du juge des requêtes qu'ÉACL est tenue, par ses intérêts commerciaux et par les droits de propriété de son client, de ne pas divulguer ces renseignements (par. 27), et que leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l'appelante (par. 23).

Indépendamment de cet intérêt commercial direct, en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité, l'appelante devra, pour protéger ses intérêts commerciaux, s'abstenir de produire les documents. Cela soulève l'importante question du contexte de la présentation de la demande. Comme le juge des requêtes et la Cour d'appel fédérale concluent tous deux que l'information contenue dans les documents confidentiels est pertinente pour les moyens de défense prévus par la *LCÉE*, le fait de ne pouvoir la produire nuit à la capacité de l'appelante de présenter une défense pleine et entière ou, plus généralement, au droit de l'appelante, en sa qualité de justiciable civile, de défendre sa cause. En ce sens, empêcher l'appelante de divulguer ces documents pour des raisons de confidentialité porte atteinte à son droit à un procès équitable. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable peut généralement être considéré comme un principe de justice fondamentale : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 84, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point). Le droit à un procès équitable intéresse directement l'appelante, mais le public a aussi un intérêt général à la protection du droit à un procès équitable. À vrai dire, le principe

demands as much. Similarly, courts have an interest in having all relevant evidence before them in order to ensure that justice is done.

Thus, the interests which would be promoted by a confidentiality order are the preservation of commercial and contractual relations, as well as the right of civil litigants to a fair trial. Related to the latter are the public and judicial interests in seeking the truth and achieving a just result in civil proceedings.

In opposition to the confidentiality order lies the fundamental principle of open and accessible court proceedings. This principle is inextricably tied to freedom of expression enshrined in s. 2(b) of the *Charter: New Brunswick, supra*, at para. 23. The importance of public and media access to the courts cannot be understated, as this access is the method by which the judicial process is scrutinized and criticized. Because it is essential to the administration of justice that justice is done and is seen to be done, such public scrutiny is fundamental. The open court principle has been described as “the very soul of justice”, guaranteeing that justice is administered in a non-arbitrary manner: *New Brunswick*, at para. 22.

(3) Adapting the *Dagenais* Test to the Rights and Interests of the Parties

Applying the rights and interests engaged in this case to the analytical framework of *Dagenais* and subsequent cases discussed above, the test for whether a confidentiality order ought to be granted in a case such as this one should be framed as follows:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

général est que tout litige porté devant les tribunaux doit être tranché selon la norme du procès équitable. La légitimité du processus judiciaire n'exige pas moins. **De même, les tribunaux ont intérêt à ce que toutes les preuves pertinentes leur soient présentées pour veiller à ce que justice soit faite.**

Ainsi, les intérêts que favoriserait l'ordonnance de confidentialité seraient le maintien de relations commerciales et contractuelles, de même que le droit des justiciables civils à un procès équitable. Est lié à ce dernier droit l'intérêt du public et du judiciaire dans la recherche de la vérité et la solution juste des litiges civils.

Milite contre l'ordonnance de confidentialité le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires. Ce principe est inextricablement lié à la liberté d'expression constitutionnalisée à l'al. 2b) de la *Charte : Nouveau-Brunswick*, précité, par. 23. L'importance de l'accès du public et des médias aux tribunaux ne peut être sous-estimée puisque l'accès est le moyen grâce auquel le processus judiciaire est soumis à l'examen et à la critique. Comme il est essentiel à l'administration de la justice que justice soit faite et soit perçue comme l'étant, cet examen public est fondamental. Le principe de la publicité des procédures judiciaires a été décrit comme le « souffle même de la justice », la garantie de l'absence d'arbitraire dans l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, par. 22.

(3) Adaptation de l'analyse de *Dagenais* aux droits et intérêts des parties

Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de *Dagenais* et des arrêts subséquents précités, il convient d'énoncer de la façon suivante les conditions applicables à une ordonnance de confidentialité dans un cas comme l'espèce :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;

51

52

53

(b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

54 As in *Mentuck*, I would add that three important elements are subsumed under the first branch of this test. First, the risk in question must be real and substantial, in that the risk is well grounded in the evidence, and poses a serious threat to the commercial interest in question.

55 In addition, the phrase “important commercial interest” is in need of some clarification. In order to qualify as an “important commercial interest”, the interest in question cannot merely be specific to the party requesting the order; the interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality. For example, a private company could not argue simply that the existence of a particular contract should not be made public because to do so would cause the company to lose business, thus harming its commercial interests. However, if, as in this case, exposure of information would cause a breach of a confidentiality agreement, then the commercial interest affected can be characterized more broadly as the general commercial interest of preserving confidential information. Simply put, if there is no general principle at stake, there can be no “important commercial interest” for the purposes of this test. Or, in the words of Binnie J. in *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 10, the open court rule only yields “where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness” (emphasis added).

56 In addition to the above requirement, courts must be cautious in determining what constitutes an “important commercial interest”. It must be remembered that a confidentiality order involves an infringement on freedom of expression. Although the balancing of the commercial interest with freedom of expression takes place under the second

b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

Comme dans *Mentuck*, j'ajouterais que trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. En premier lieu, le risque en cause doit être réel et important, en ce qu'il est bien étayé par la preuve et menace gravement l'intérêt commercial en question.

De plus, l'expression « intérêt commercial important » exige une clarification. Pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Par exemple, une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux. Si toutefois, comme en l'espèce, la divulgation de renseignements doit entraîner un manquement à une entente de non-divulgence, on peut alors parler plus largement de l'intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels. Simplement, si aucun principe général n'entre en jeu, il ne peut y avoir d'« intérêt commercial important » pour les besoins de l'analyse. Ou, pour citer le juge Binnie dans *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 10, la règle de la publicité des débats judiciaires ne cède le pas que « dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité » (je souligne).

Outre l'exigence susmentionnée, les tribunaux doivent déterminer avec prudence ce qui constitue un « intérêt commercial important ». Il faut rappeler qu'une ordonnance de confidentialité implique une atteinte à la liberté d'expression. Même si la pondération de l'intérêt commercial et de la liberté d'expression intervient à la deuxième étape

branch of the test, courts must be alive to the fundamental importance of the open court rule. See generally Muldoon J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (F.C.T.D.), at p. 439.

Finally, the phrase “reasonably alternative measures” requires the judge to consider not only whether reasonable alternatives to a confidentiality order are available, but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

B. *Application of the Test to this Appeal*

(1) Necessity

At this stage, it must be determined whether disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and whether there are reasonable alternatives, either to the order itself, or to its terms.

The commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality. The appellant argues that it will suffer irreparable harm to its commercial interests if the Confidential Documents are disclosed. In my view, the preservation of confidential information constitutes a sufficiently important commercial interest to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met.

Pelletier J. noted that the order sought in this case was similar in nature to an application for a protective order which arises in the context of patent litigation. Such an order requires the applicant to demonstrate that the information in question has been treated at all relevant times as confidential and that on a balance of probabilities its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.), at p. 434. To this I would add the requirement proposed

de l’analyse, les tribunaux doivent avoir pleinement conscience de l’importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires. Voir généralement *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (C.F. 1^{re} inst.), p. 439, le juge Muldoon.

Enfin, l’expression « autres options raisonnables » oblige le juge non seulement à se demander s’il existe des mesures raisonnables autres que l’ordonnance de confidentialité, mais aussi à restreindre l’ordonnance autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt commercial en question.

B. *Application de l’analyse en l’espèce*

(1) Nécessité

À cette étape, il faut déterminer si la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l’appelante, et s’il existe d’autres solutions raisonnables que l’ordonnance elle-même, ou ses modalités.

L’intérêt commercial en jeu en l’espèce a trait à la préservation d’obligations contractuelles de confidentialité. L’appelante fait valoir qu’un préjudice irréparable sera causé à ses intérêts commerciaux si les documents confidentiels sont divulgués. À mon avis, la préservation de renseignements confidentiels est un intérêt commercial suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l’analyse dès lors que certaines conditions relatives aux renseignements sont réunies.

Le juge Pelletier souligne que l’ordonnance sollicitée en l’espèce s’apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l’obtenir, le requérant doit démontrer que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n^o 1850 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), par. 29-30. J’ajouterais à cela

57

58

59

60

by Robertson J.A. that the information in question must be of a “confidential nature” in that it has been “accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential” as opposed to “facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed” (para. 14).

61 Pelletier J. found as a fact that the *AB Hassle* test had been satisfied in that the information had clearly been treated as confidential both by the appellant and by the Chinese authorities, and that, on a balance of probabilities, disclosure of the information could harm the appellant’s commercial interests (para. 23). As well, Robertson J.A. found that the information in question was clearly of a confidential nature as it was commercial information, consistently treated and regarded as confidential, that would be of interest to AECL’s competitors (para. 16). Thus, the order is sought to prevent a serious risk to an important commercial interest.

62 The first branch of the test also requires the consideration of alternative measures to the confidentiality order, as well as an examination of the scope of the order to ensure that it is not overly broad. Both courts below found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to potential defences available to the appellant under the *CEAA* and this finding was not appealed at this Court. Further, I agree with the Court of Appeal’s assertion (at para. 99) that, given the importance of the documents to the right to make full answer and defence, the appellant is, practically speaking, compelled to produce the documents. Given that the information is necessary to the appellant’s case, it remains only to determine whether there are reasonably alternative means by which the necessary information can be adduced without disclosing the confidential information.

63 Two alternatives to the confidentiality order were put forward by the courts below. The motions judge suggested that the Confidential Documents could be expunged of their commercially sensitive contents, and edited versions of the documents could be

l’exigence proposée par le juge Robertson que les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu’ils ont été « recueillis dans l’expectative raisonnable qu’ils resteront confidentiels », par opposition à « des faits qu’une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos » (par. 14).

Le juge Pelletier constate que le critère établi dans *AB Hassle* est respecté puisque tant l’appelante que les autorités chinoises ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l’appelante (par. 23). Le juge Robertson conclut lui aussi que les renseignements en question sont clairement confidentiels puisqu’il s’agit de renseignements commerciaux, uniformément reconnus comme étant confidentiels, qui présentent un intérêt pour les concurrents d’ÉACL (par. 16). Par conséquent, l’ordonnance est demandée afin de prévenir un risque sérieux de préjudice à un intérêt commercial important.

Le premier volet de l’analyse exige aussi l’examen d’options raisonnables autres que l’ordonnance de confidentialité, et de la portée de l’ordonnance pour s’assurer qu’elle n’est pas trop vaste. Les deux jugements antérieurs en l’espèce concluent que les renseignements figurant dans les documents confidentiels sont pertinents pour les moyens de défense offerts à l’appelante en vertu de la *LCÉE*, et cette conclusion n’est pas portée en appel devant notre Cour. **De plus, je suis d’accord avec la Cour d’appel lorsqu’elle affirme (au par. 99) que vu l’importance des documents pour le droit de présenter une défense pleine et entière, l’appelante est pratiquement forcée de les produire. Comme les renseignements sont nécessaires à la cause de l’appelante, il ne reste qu’à déterminer s’il existe d’autres options raisonnables pour communiquer les renseignements nécessaires sans divulguer de renseignements confidentiels.**

Deux options autres que l’ordonnance de confidentialité sont mentionnées dans les décisions antérieures. Le juge des requêtes suggère de retrancher des documents les passages commercialement délicats et de produire les versions ainsi modifiées.

filed. As well, the majority of the Court of Appeal, in addition to accepting the possibility of expungement, was of the opinion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits could go a long way to compensate for the absence of the originals. If either of these options is a reasonable alternative to submitting the Confidential Documents under a confidentiality order, then the order is not necessary, and the application does not pass the first branch of the test.

There are two possible options with respect to expungement, and in my view, there are problems with both of these. The first option would be for AECL to expunge the confidential information without disclosing the expunged material to the parties and the court. However, in this situation the filed material would still differ from the material used by the affiants. It must not be forgotten that this motion arose as a result of Sierra Club's position that the summaries contained in the affidavits should be accorded little or no weight without the presence of the underlying documents. Even if the relevant information and the confidential information were mutually exclusive, which would allow for the disclosure of all the information relied on in the affidavits, this relevancy determination could not be tested on cross-examination because the expunged material would not be available. Thus, even in the best case scenario, where only irrelevant information needed to be expunged, the parties would be put in essentially the same position as that which initially generated this appeal, in the sense that, at least some of the material relied on to prepare the affidavits in question would not be available to Sierra Club.

Further, I agree with Robertson J.A. that this best case scenario, where the relevant and the confidential information do not overlap, is an untested assumption (para. 28). Although the documents themselves were not put before the courts on this motion, given that they comprise thousands of pages of detailed information, this assumption is at best optimistic. The expungement alternative would be further complicated by the fact that the Chinese

La majorité en Cour d'appel estime que, outre cette possibilité d'épuration des documents, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pourrait, dans une large mesure, compenser l'absence des originaux. Si l'une ou l'autre de ces deux options peut raisonnablement se substituer au dépôt des documents confidentiels aux termes d'une ordonnance de confidentialité, alors l'ordonnance n'est pas nécessaire et la requête ne franchit pas la première étape de l'analyse.

Il existe deux possibilités pour l'épuration des documents et, selon moi, elles comportent toutes deux des problèmes. La première serait que ÉACL retranche les renseignements confidentiels sans divulguer les éléments retranchés ni aux parties ni au tribunal. Toutefois, dans cette situation, la documentation déposée serait encore différente de celle utilisée pour les affidavits. Il ne faut pas perdre de vue que la requête découle de l'argument de Sierra Club selon lequel le tribunal ne devrait accorder que peu ou pas de poids aux résumés sans la présence des documents de base. Même si on pouvait totalement séparer les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels, ce qui permettrait la divulgation de tous les renseignements sur lesquels se fondent les affidavits, l'appréciation de leur pertinence ne pourrait pas être mise à l'épreuve en contre-interrogatoire puisque la documentation retranchée ne serait pas disponible. Par conséquent, même dans le meilleur cas de figure, où l'on n'aurait qu'à retrancher les renseignements non pertinents, les parties se retrouveraient essentiellement dans la même situation que celle qui a donné lieu au pourvoi, en ce sens qu'au moins une partie des documents ayant servi à la préparation des affidavits en question ne serait pas mise à la disposition de Sierra Club.

De plus, je partage l'opinion du juge Robertson que ce meilleur cas de figure, où les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels ne se recoupent pas, est une hypothèse non confirmée (par. 28). Même si les documents eux-mêmes n'ont pas été produits devant les tribunaux dans le cadre de la présente requête, parce qu'ils comprennent des milliers de pages de renseignements détaillés, cette hypothèse est au mieux optimiste. L'option de

authorities require prior approval for any request by AECL to disclose information.

66 The second option is that the expunged material be made available to the court and the parties under a more narrowly drawn confidentiality order. Although this option would allow for slightly broader public access than the current confidentiality request, in my view, this minor restriction to the current confidentiality request is not a viable alternative given the difficulties associated with expungement in these circumstances. The test asks whether there are reasonably alternative measures; it does not require the adoption of the absolutely least restrictive option. With respect, in my view, expungement of the Confidential Documents would be a virtually unworkable and ineffective solution that is not reasonable in the circumstances.

67 A second alternative to a confidentiality order was Evans J.A.'s suggestion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits "may well go a long way to compensate for the absence of the originals" (para. 103). However, he appeared to take this fact into account merely as a factor to be considered when balancing the various interests at stake. I would agree that at this threshold stage to rely on the summaries alone, in light of the intention of Sierra Club to argue that they should be accorded little or no weight, does not appear to be a "reasonably alternative measure" to having the underlying documents available to the parties.

68 With the above considerations in mind, I find the confidentiality order necessary in that disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and that there are no reasonably alternative measures to granting the order.

(2) The Proportionality Stage

69 As stated above, at this stage, the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the appellant's right to a fair trial, must be weighed against the deleterious effects of the confidentiality order, including the effects on the right to free

l'épuration serait en outre compliquée par le fait que les autorités chinoises exigent l'approbation préalable de toute demande de divulgation de renseignements de la part d'ÉACL.

La deuxième possibilité serait de mettre les documents supprimés à la disposition du tribunal et des parties en vertu d'une ordonnance de confidentialité plus restreinte. Bien que cela permettrait un accès public un peu plus large que ne le ferait l'ordonnance de confidentialité sollicitée, selon moi, cette restriction mineure à la requête n'est pas une option viable étant donné les difficultés liées à l'épuration dans les circonstances. Il s'agit de savoir s'il y a d'autres options raisonnables et non d'adopter l'option qui soit absolument la moins restrictive. Avec égards, j'estime que l'épuration des documents confidentiels serait une solution virtuellement impraticable et inefficace qui n'est pas raisonnable dans les circonstances.

Une deuxième option autre que l'ordonnance de confidentialité serait, selon le juge Evans, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pour « dans une large mesure, compenser [leur] absence » (par. 103). Il ne semble toutefois envisager ce fait qu'à titre de facteur à considérer dans la pondération des divers intérêts en cause. Je conviens qu'à cette étape liminaire, se fonder uniquement sur les résumés en connaissant l'intention de Sierra Club de plaider leur faiblesse ou l'absence de valeur probante, ne semble pas être une « autre option raisonnable » à la communication aux parties des documents de base.

Vu les facteurs susmentionnés, je conclus que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire en ce que la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l'appelante, et qu'il n'existe pas d'autres options raisonnables.

(2) L'étape de la proportionnalité

Comme on le mentionne plus haut, à cette étape, les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité, y compris ses effets sur le droit de l'appelante à un procès équitable, doivent être pondérés avec ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur le droit

expression, which in turn is connected to the principle of open and accessible court proceedings. This balancing will ultimately determine whether the confidentiality order ought to be granted.

(a) *Salutary Effects of the Confidentiality Order*

As discussed above, the primary interest that would be promoted by the confidentiality order is the public interest in the right of a civil litigant to present its case, or, more generally, the fair trial right. Because the fair trial right is being invoked in this case in order to protect commercial, not liberty, interests of the appellant, the right to a fair trial in this context is not a *Charter* right; however, a fair trial for all litigants has been recognized as a fundamental principle of justice: *Ryan, supra*, at para. 84. It bears repeating that there are circumstances where, in the absence of an affected *Charter* right, the proper administration of justice calls for a confidentiality order: *Mentuck, supra*, at para. 31. In this case, the salutary effects that such an order would have on the administration of justice relate to the ability of the appellant to present its case, as encompassed by the broader fair trial right.

The Confidential Documents have been found to be relevant to defences that will be available to the appellant in the event that the *CEAA* is found to apply to the impugned transaction and, as discussed above, the appellant cannot disclose the documents without putting its commercial interests at serious risk of harm. As such, there is a very real risk that, without the confidentiality order, the ability of the appellant to mount a successful defence will be seriously curtailed. I conclude, therefore, that the confidentiality order would have significant salutary effects on the appellant's right to a fair trial.

Aside from the salutary effects on the fair trial interest, the confidentiality order would also have a beneficial impact on other important rights and interests. First, as I discuss in more detail below, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the Confidential Documents, and

à la liberté d'expression, qui à son tour est lié au principe de la publicité des débats judiciaires. Cette pondération déterminera finalement s'il y a lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité.

a) *Les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité*

Comme nous l'avons vu, le principal intérêt qui serait promu par l'ordonnance de confidentialité est l'intérêt du public à la protection du droit du justiciable civil de faire valoir sa cause ou, de façon plus générale, du droit à un procès équitable. Puisque l'appelante l'invoque en l'espèce pour protéger ses intérêts commerciaux et non son droit à la liberté, le droit à un procès équitable dans ce contexte n'est pas un droit visé par la *Charte*; toutefois, le droit à un procès équitable pour tous les justiciables a été reconnu comme un principe de justice fondamentale : *Ryan*, précité, par. 84. Il y a lieu de rappeler qu'il y a des circonstances où, en l'absence de violation d'un droit garanti par la *Charte*, la bonne administration de la justice exige une ordonnance de confidentialité : *Mentuck*, précité, par. 31. En l'espèce, les effets bénéfiques d'une telle ordonnance sur l'administration de la justice tiennent à la capacité de l'appelante de soutenir sa cause, dans le cadre du droit plus large à un procès équitable.

Les documents confidentiels ont été jugés pertinents en ce qui a trait aux moyens de défense que l'appelante pourrait invoquer s'il est jugé que la *LCEE* s'applique à l'opération attaquée et, comme nous l'avons vu, l'appelante ne peut communiquer les documents sans risque sérieux pour ses intérêts commerciaux. De ce fait, il existe un risque bien réel que, sans l'ordonnance de confidentialité, la capacité de l'appelante à mener à bien sa défense soit gravement réduite. Je conclus par conséquent que l'ordonnance de confidentialité aurait d'importants effets bénéfiques pour le droit de l'appelante à un procès équitable.

En plus des effets bénéfiques pour le droit à un procès équitable, l'ordonnance de confidentialité aurait aussi des incidences favorables sur d'autres droits et intérêts importants. En premier lieu, comme je l'exposerai plus en détail ci-après, l'ordonnance de confidentialité permettrait aux parties ainsi qu'au

70

71

72

permit cross-examination based on their contents. By facilitating access to relevant documents in a judicial proceeding, the order sought would assist in the search for truth, a core value underlying freedom of expression.

73 Second, I agree with the observation of Robertson J.A. that, as the Confidential Documents contain detailed technical information pertaining to the construction and design of a nuclear installation, it may be in keeping with the public interest to prevent this information from entering the public domain (para. 44). Although the exact contents of the documents remain a mystery, it is apparent that they contain technical details of a nuclear installation, and there may well be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

(b) *Deleterious Effects of the Confidentiality Order*

74 Granting the confidentiality order would have a negative effect on the open court principle, as the public would be denied access to the contents of the Confidential Documents. As stated above, the principle of open courts is inextricably tied to the s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression, and public scrutiny of the courts is a fundamental aspect of the administration of justice: *New Brunswick, supra*, at paras. 22-23. Although as a general principle, the importance of open courts cannot be overstated, it is necessary to examine, in the context of this case, the particular deleterious effects on freedom of expression that the confidentiality order would have.

75 Underlying freedom of expression are the core values of (1) seeking the truth and the common good; (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit; and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu. En facilitant l'accès aux documents pertinents dans une procédure judiciaire, l'ordonnance sollicitée favoriserait la recherche de la vérité, qui est une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression.

En deuxième lieu, je suis d'accord avec l'observation du juge Robertson selon laquelle puisque les documents confidentiels contiennent des renseignements techniques détaillés touchant la construction et la conception d'une installation nucléaire, il peut être nécessaire, dans l'intérêt public, d'empêcher que ces renseignements tombent dans le domaine public (par. 44). Même si le contenu exact des documents demeure un mystère, il est évident qu'ils comprennent des détails techniques d'une installation nucléaire et il peut bien y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ces renseignements.

b) *Les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité*

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires, puisqu'elle priverait le public de l'accès au contenu des documents confidentiels. Comme on le dit plus haut, le principe de la publicité des débats judiciaires est inextricablement lié au droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*, et la vigilance du public envers les tribunaux est un aspect fondamental de l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, précité, par. 22-23. Même si, à titre de principe général, l'importance de la publicité des débats judiciaires ne peut être sous-estimée, il faut examiner, dans le contexte de l'espèce, les effets préjudiciables particuliers que l'ordonnance de confidentialité aurait sur la liberté d'expression.

Les valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d'expression sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun; (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées; et (3) la participation de tous au processus politique : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *R. c. Keegstra*, [1990]

927, at p. 976; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 762-64, *per* Dickson C.J. *Charter* jurisprudence has established that the closer the speech in question lies to these core values, the harder it will be to justify a s. 2(b) infringement of that speech under s. 1 of the *Charter*: *Keegstra*, at pp. 760-61. Since the main goal in this case is to exercise judicial discretion in a way which conforms to *Charter* principles, a discussion of the deleterious effects of the confidentiality order on freedom of expression should include an assessment of the effects such an order would have on the three core values. The more detrimental the order would be to these values, the more difficult it will be to justify the confidentiality order. Similarly, minor effects of the order on the core values will make the confidentiality order easier to justify.

Seeking the truth is not only at the core of freedom of expression, but it has also been recognized as a fundamental purpose behind the open court rule, as the open examination of witnesses promotes an effective evidentiary process: *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1357-58, *per* Wilson J. Clearly the confidentiality order, by denying public and media access to documents relied on in the proceedings, would impede the search for truth to some extent. Although the order would not exclude the public from the courtroom, the public and the media would be denied access to documents relevant to the evidentiary process.

However, as mentioned above, to some extent the search for truth may actually be promoted by the confidentiality order. This motion arises as a result of Sierra Club's argument that it must have access to the Confidential Documents in order to test the accuracy of Dr. Pang's evidence. If the order is denied, then the most likely scenario is that the appellant will not submit the documents with the unfortunate result that evidence which may be relevant to the proceedings will not be available to Sierra Club or the court. As a result, Sierra Club will not be able to fully test the accuracy of Dr. Pang's evidence on cross-examination. In addition, the court will not have the benefit of this cross-examination or

3 R.C.S. 697, p. 762-764, le juge en chef Dickson. La jurisprudence de la *Charte* établit que plus l'expression en cause est au cœur de ces valeurs fondamentales, plus il est difficile de justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une atteinte à l'al. 2b) à son égard : *Keegstra*, p. 760-761. Comme l'objectif principal en l'espèce est d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans le respect des principes de la *Charte*, l'examen des effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression devrait comprendre une appréciation des effets qu'elle aurait sur les trois valeurs fondamentales. Plus l'ordonnance de confidentialité porte préjudice à ces valeurs, plus il est difficile de la justifier. Inversement, des effets mineurs sur les valeurs fondamentales rendent l'ordonnance de confidentialité plus facile à justifier.

La recherche de la vérité est non seulement au cœur de la liberté d'expression, elle est aussi reconnue comme un objectif fondamental de la règle de la publicité des débats judiciaires, puisque l'examen public des témoins favorise l'efficacité du processus de présentation de la preuve : *Edmonton Journal*, précité, p. 1357-1358, le juge Wilson. À l'évidence, en enlevant au public et aux médias l'accès aux documents invoqués dans les procédures, l'ordonnance de confidentialité nuirait jusqu'à un certain point à la recherche de la vérité. L'ordonnance n'exclurait pas le public de la salle d'audience, mais le public et les médias n'auraient pas accès aux documents pertinents quant à la présentation de la preuve.

Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, la recherche de la vérité peut jusqu'à un certain point être favorisée par l'ordonnance de confidentialité. La présente requête résulte de l'argument de Sierra Club selon lequel il doit avoir accès aux documents confidentiels pour vérifier l'exactitude de la déposition de M. Pang. Si l'ordonnance est refusée, le scénario le plus probable est que l'appellante s'abstiendra de déposer les documents, avec la conséquence fâcheuse que des preuves qui peuvent être pertinentes ne seront pas portées à la connaissance de Sierra Club ou du tribunal. Par conséquent, Sierra Club ne sera pas en mesure de vérifier complètement l'exactitude de la preuve de M. Pang en contre-

documentary evidence, and will be required to draw conclusions based on an incomplete evidentiary record. This would clearly impede the search for truth in this case.

78

As well, it is important to remember that the confidentiality order would restrict access to a relatively small number of highly technical documents. The nature of these documents is such that the general public would be unlikely to understand their contents, and thus they would contribute little to the public interest in the search for truth in this case. However, in the hands of the parties and their respective experts, the documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would in turn assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the nature of the documents, in my view, the important value of the search for truth which underlies both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the Confidential Documents under the order sought than it would by denying the order, and thereby preventing the parties and the court from relying on the documents in the course of the litigation.

79

In addition, under the terms of the order sought, the only restrictions on these documents relate to their public distribution. The Confidential Documents would be available to the court and the parties, and public access to the proceedings would not be impeded. As such, the order represents a fairly minimal intrusion into the open court rule, and thus would not have significant deleterious effects on this principle.

80

The second core value underlying freedom of speech, namely, the promotion of individual self-fulfilment by allowing open development of thoughts and ideas, focusses on individual expression, and thus does not closely relate to the open court principle which involves institutional expression. Although the confidentiality order would

interrogatoire. De plus, le tribunal ne bénéficiera pas du contre-interrogatoire ou de cette preuve documentaire, et il lui faudra tirer des conclusions fondées sur un dossier de preuve incomplet. Cela nuira manifestement à la recherche de la vérité en l'espèce.

De plus, il importe de rappeler que l'ordonnance de confidentialité ne restreindrait l'accès qu'à un nombre relativement peu élevé de documents hautement techniques. La nature de ces documents est telle que le public en général est peu susceptible d'en comprendre le contenu, de sorte qu'ils contribueraient peu à l'intérêt du public à la recherche de la vérité en l'espèce. Toutefois, dans les mains des parties et de leurs experts respectifs, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, ce qui devrait aussi aider le tribunal à tirer des conclusions de fait exactes. À mon avis, compte tenu de leur nature, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance de confidentialité sollicitée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le rejet de la demande qui aurait pour effet d'empêcher les parties et le tribunal de se fonder sur les documents au cours de l'instance.

De plus, aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions imposées à l'égard de ces documents ont trait à leur distribution publique. Les documents confidentiels seraient mis à la disposition du tribunal et des parties, et il n'y aurait pas d'entrave à l'accès du public aux procédures. À ce titre, l'ordonnance représente une atteinte relativement minime à la règle de la publicité des débats judiciaires et elle n'aurait donc pas d'effets préjudiciables importants sur ce principe.

La deuxième valeur fondamentale sous-jacente à la liberté d'expression, la promotion de l'épanouissement personnel par le libre développement de la pensée et des idées, est centrée sur l'expression individuelle et n'est donc pas étroitement liée au principe de la publicité des débats judiciaires qui concerne l'expression institutionnelle. Même

restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, I find that this value would not be significantly affected by the confidentiality order.

The third core value, open participation in the political process, figures prominently in this appeal, as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. This connection was pointed out by Cory J. in *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1339:

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

Although there is no doubt as to the importance of open judicial proceedings to a democratic society, there was disagreement in the courts below as to whether the weight to be assigned to the open court principle should vary depending on the nature of the proceeding.

On this issue, Robertson J.A. was of the view that the nature of the case and the level of media interest were irrelevant considerations. On the other hand, Evans J.A. held that the motions judge was correct in taking into account that this judicial review application was one of significant public and media interest. In my view, although the public nature of the case may be a factor which strengthens the importance of open justice in a particular case, the level of media interest should not be taken into account as an independent consideration.

Since cases involving public institutions will generally relate more closely to the core value of public participation in the political process, the public nature of a proceeding should be taken into consideration when assessing the merits of a confidentiality order. It is important to note that this core value will always be engaged where the open court

si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, j'estime que cette valeur ne serait pas touchée de manière significative.

La troisième valeur fondamentale, la libre participation au processus politique, joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Ce lien est souligné par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1339 :

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Même si on ne peut douter de l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une société démocratique, les décisions antérieures divergent sur la question de savoir si le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires devrait varier en fonction de la nature de la procédure.

Sur ce point, le juge Robertson estime que la nature de l'affaire et le degré d'intérêt des médias sont des considérations dénuées de pertinence. Le juge Evans estime quant à lui que le juge des requêtes a eu raison de tenir compte du fait que la demande de contrôle judiciaire suscite beaucoup d'intérêt de la part du public et des médias. À mon avis, même si la nature publique de l'affaire peut être un facteur susceptible de renforcer l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une espèce particulière, le degré d'intérêt des médias ne devrait pas être considéré comme facteur indépendant.

Puisque les affaires concernant des institutions publiques ont généralement un lien plus étroit avec la valeur fondamentale de la participation du public au processus politique, la nature publique d'une instance devrait être prise en considération dans l'évaluation du bien-fondé d'une ordonnance de confidentialité. Il importe de noter que cette valeur

81

82

83

principle is engaged owing to the importance of open justice to a democratic society. However, where the political process is also engaged by the substance of the proceedings, the connection between open proceedings and public participation in the political process will increase. As such, I agree with Evans J.A. in the court below where he stated, at para. 87:

While all litigation is important to the parties, and there is a public interest in ensuring the fair and appropriate adjudication of all litigation that comes before the courts, some cases raise issues that transcend the immediate interests of the parties and the general public interest in the due administration of justice, and have a much wider public interest significance.

84

This motion relates to an application for judicial review of a decision by the government to fund a nuclear energy project. Such an application is clearly of a public nature, as it relates to the distribution of public funds in relation to an issue of demonstrated public interest. Moreover, as pointed out by Evans J.A., openness and public participation are of fundamental importance under the *CEAA*. Indeed, by their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection. In this regard, I agree with Evans J.A. that the public interest is engaged here more than it would be if this were an action between private parties relating to purely private interests.

85

However, with respect, to the extent that Evans J.A. relied on media interest as an indicium of public interest, this was an error. In my view, it is important to distinguish public interest, from media interest, and I agree with Robertson J.A. that media exposure cannot be viewed as an impartial measure of public interest. It is the public nature of the proceedings which increases the need for openness, and this public nature is not necessarily reflected by the media desire to probe the facts of the case.

fondamentale sera toujours engagée lorsque sera mis en cause le principe de la publicité des débats judiciaires, vu l'importance de la transparence judiciaire dans une société démocratique. Toutefois, le lien entre la publicité des débats judiciaires et la participation du public dans le processus politique s'accroît lorsque le processus politique est également engagé par la substance de la procédure. Sous ce rapport, je suis d'accord avec ce que dit le juge Evans (au par. 87) :

Bien que tous les litiges soient importants pour les parties, et qu'il en va de l'intérêt du public que les affaires soumises aux tribunaux soient traitées de façon équitable et appropriée, certaines affaires soulèvent des questions qui transcendent les intérêts immédiats des parties ainsi que l'intérêt du public en général dans la bonne administration de la justice, et qui ont une signification beaucoup plus grande pour le public.

La requête est liée à une demande de contrôle judiciaire d'une décision du gouvernement de financer un projet d'énergie nucléaire. La demande est clairement de nature publique, puisqu'elle a trait à la distribution de fonds publics en rapport avec une question dont l'intérêt public a été démontré. De plus, comme le souligne le juge Evans, la transparence du processus et la participation du public ont une importance fondamentale sous le régime de la *LCÉE*. En effet, par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Evans pour conclure que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés.

J'estime toutefois avec égards que, dans la mesure où il se fonde sur l'intérêt des médias comme indice de l'intérêt du public, le juge Evans fait erreur. À mon avis, il est important d'établir une distinction entre l'intérêt du public et l'intérêt des médias et, comme le juge Robertson, je note que la couverture médiatique ne peut être considérée comme une mesure impartiale de l'intérêt public. C'est la nature publique de l'instance qui accentue le besoin de transparence, et cette nature publique ne se reflète

I reiterate the caution given by Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at p. 760, where he stated that, while the speech in question must be examined in light of its relation to the core values, “we must guard carefully against judging expression according to its popularity”.

Although the public interest in open access to the judicial review application as a whole is substantial, in my view, it is also important to bear in mind the nature and scope of the information for which the order is sought in assigning weight to the public interest. With respect, the motions judge erred in failing to consider the narrow scope of the order when he considered the public interest in disclosure, and consequently attached excessive weight to this factor. In this connection, I respectfully disagree with the following conclusion of Evans J.A., at para. 97:

Thus, having considered the nature of this litigation, and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings in the case before him, the Motions Judge cannot be said in all the circumstances to have given this factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents among the small mountain of paper filed in this case, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise.

Open justice is a fundamentally important principle, particularly when the substance of the proceedings is public in nature. However, this does not detract from the duty to attach weight to this principle in accordance with the specific limitations on openness that the confidentiality order would have. As Wilson J. observed in *Edmonton Journal, supra*, at pp. 1353-54:

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight on the value developed at large than is appropriate in the context of the case.

pas nécessairement dans le désir des médias d'examiner les faits de l'affaire. Je réitère l'avertissement donné par le juge en chef Dickson dans *Keegstra, précité*, p. 760, où il dit que même si l'expression en cause doit être examinée dans ses rapports avec les valeurs fondamentales, « nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité ».

Même si l'intérêt du public à la publicité de la demande de contrôle judiciaire dans son ensemble est important, à mon avis, il importe tout autant de prendre en compte la nature et la portée des renseignements visés par l'ordonnance demandée, lorsqu'il s'agit d'apprécier le poids de l'intérêt public. Avec égards, le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte de la portée limitée de l'ordonnance dans son appréciation de l'intérêt du public à la communication et en accordant donc un poids excessif à ce facteur. Sous ce rapport, je ne partage pas la conclusion suivante du juge Evans (au par. 97) :

Par conséquent, on ne peut dire qu'après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l'importance de l'intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait dans les circonstances accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents parmi la montagne de documents déposés en l'instance et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n'ont pas l'expertise technique nécessaire.

La publicité des débats judiciaires est un principe fondamentalement important, surtout lorsque la substance de la procédure est de nature publique. Cela ne libère toutefois aucunement de l'obligation d'apprécier le poids à accorder à ce principe en fonction des limites particulières qu'imposerait l'ordonnance de confidentialité à la publicité des débats. Comme le dit le juge Wilson dans *Edmonton Journal, précité*, p. 1353-1354 :

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire.

87 In my view, it is important that, although there is significant public interest in these proceedings, open access to the judicial review application would be only slightly impeded by the order sought. The narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the Confidential Documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts.

88 In addressing the effects that the confidentiality order would have on freedom of expression, it should also be borne in mind that the appellant may not have to raise defences under the *CEAA*, in which case the Confidential Documents would be irrelevant to the proceedings, with the result that freedom of expression would be unaffected by the order. However, since the necessity of the Confidential Documents will not be determined for some time, in the absence of a confidentiality order, the appellant would be left with the choice of either submitting the documents in breach of its obligations, or withholding the documents in the hopes that either it will not have to present a defence under the *CEAA*, or that it will be able to mount a successful defence in the absence of these relevant documents. If it chooses the former option, and the defences under the *CEAA* are later found not to apply, then the appellant will have suffered the prejudice of having its confidential and sensitive information released into the public domain, with no corresponding benefit to the public. Although this scenario is far from certain, the possibility of such an occurrence also weighs in favour of granting the order sought.

89 In coming to this conclusion, I note that if the appellant is not required to invoke the relevant defences under the *CEAA*, it is also true that the appellant's fair trial right will not be impeded, even if the confidentiality order is not granted. However, I do not take this into account as a factor which weighs in favour of denying the order because, if the order is granted and the Confidential Documents are not required, there will be no deleterious effects on either the public interest in freedom of expression or the appellant's commercial interests or fair trial right. This neutral result is in contrast with the

À mon avis, il importe de reconnaître que, malgré l'intérêt significatif que porte le public à ces procédures, l'ordonnance demandée n'entraverait que légèrement la publicité de la demande de contrôle judiciaire. La portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

Pour traiter des effets qu'aurait l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression, il faut aussi se rappeler qu'il se peut que l'appelante n'ait pas à soulever de moyens de défense visés par la *LCÉE*, auquel cas les documents confidentiels perdraient leur pertinence et la liberté d'expression ne serait pas touchée par l'ordonnance. Toutefois, puisque l'utilité des documents confidentiels ne sera pas déterminée avant un certain temps, l'appelante n'aurait plus, en l'absence d'ordonnance de confidentialité, que le choix entre soit produire les documents en violation de ses obligations, soit les retenir dans l'espoir de ne pas avoir à présenter de défense en vertu de la *LCÉE* ou de pouvoir assurer effectivement sa défense sans les documents pertinents. Si elle opte pour le premier choix et que le tribunal conclut par la suite que les moyens de défense visés par la *LCÉE* ne sont pas applicables, l'appelante aura subi le préjudice de voir ses renseignements confidentiels et délicats tomber dans le domaine public sans que le public n'en tire d'avantage correspondant. Même si sa réalisation est loin d'être certaine, la possibilité d'un tel scénario milite également en faveur de l'ordonnance sollicitée.

En arrivant à cette conclusion, je note que si l'appelante n'a pas à invoquer les moyens de défense pertinents en vertu de la *LCÉE*, il est également vrai que son droit à un procès équitable ne sera pas entravé même en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité. Je ne retiens toutefois pas cela comme facteur militant contre l'ordonnance parce que, si elle est accordée et que les documents confidentiels ne sont pas nécessaires, il n'y aura alors aucun effet préjudiciable ni sur l'intérêt du public à la liberté d'expression ni sur les droits commerciaux ou le droit de l'appelante à un procès

scenario discussed above where the order is denied and the possibility arises that the appellant's commercial interests will be prejudiced with no corresponding public benefit. As a result, the fact that the Confidential Documents may not be required is a factor which weighs in favour of granting the confidentiality order.

In summary, the core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. As such, the order would not have significant deleterious effects on freedom of expression.

VII. Conclusion

In balancing the various rights and interests engaged, I note that the confidentiality order would have substantial salutary effects on the appellant's right to a fair trial, and freedom of expression. On the other hand, the deleterious effects of the confidentiality order on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal. In addition, if the order is not granted and in the course of the judicial review application the appellant is not required to mount a defence under the *CEAA*, there is a possibility that the appellant will have suffered the harm of having disclosed confidential information in breach of its obligations with no corresponding benefit to the right of the public to freedom of expression. As a result, I find that the salutary effects of the order outweigh its deleterious effects, and the order should be granted.

Consequently, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and grant the confidentiality order on the terms requested by the appellant under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*.

équitable. Cette issue neutre contraste avec le scénario susmentionné où il y a un refus de l'ordonnance et possibilité d'atteinte aux droits commerciaux de l'appelante sans avantage correspondant pour le public. Par conséquent, le fait que les documents confidentiels puissent ne pas être nécessaires est un facteur en faveur de l'ordonnance de confidentialité.

En résumé, les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, dans le contexte en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. À ce titre, l'ordonnance n'aurait pas d'effets préjudiciables importants sur la liberté d'expression.

VII. Conclusion

Dans la pondération des divers droits et intérêts en jeu, je note que l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de l'appelante à un procès équitable et sur la liberté d'expression. D'autre part, les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes. En outre, si l'ordonnance est refusée et qu'au cours du contrôle judiciaire l'appelante n'est pas amenée à invoquer les moyens de défense prévus dans la *LCÉE*, il se peut qu'elle subisse le préjudice d'avoir communiqué des renseignements confidentiels en violation de ses obligations sans avantage correspondant pour le droit du public à la liberté d'expression. Je conclus donc que les effets bénéfiques de l'ordonnance l'emportent sur ses effets préjudiciables, et qu'il y a lieu d'accorder l'ordonnance.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, et d'accorder l'ordonnance de confidentialité selon les modalités demandées par l'appelante en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

90

91

92

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent Sierra Club of Canada: Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Solicitor for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimé Sierra Club du Canada : Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Procureur des intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Onglet 5

Commentaires de la ministre de la Justice

Les archives des tribunaux étant publiques, une nouvelle règle est ajoutée, qui fait obligation aux parties et à leurs représentants d'assurer la protection d'éléments d'identification généralement tenus pour confidentiels et d'éviter ainsi la dissémination de renseignements qui pourraient donner lieu à l'usurpation d'une identité ou porter inutilement atteinte à la vie privée ou à la dignité des parties et des autres personnes concernées. L'article 16 établit l'accès restreint aux dossiers en matière familiale, mais dans les autres cas où il est question de la santé ou de la situation psychosociale d'une personne, il revient aux parties et à leurs représentants de s'assurer que ces documents sont déposés sous pli cacheté.

Le deuxième alinéa reprend le droit antérieur qui prévoit que les documents versés au dossier du tribunal doivent y demeurer jusqu'à la fin de l'instance, mais il exige le consentement des parties pour faire un retrait. L'autorisation du greffier ne pourrait valoir en l'absence de consentement.

Il maintient également la règle qui oblige les parties à reprendre possession des pièces produites après la fin de l'instance, sous peine qu'elles soient détruites par le greffier, sous réserve néanmoins du pouvoir du juge en chef d'y surseoir.

Le dernier alinéa introduit une exception pour plusieurs documents déposés dans les dossiers où la décision est susceptible de révision ou de réévaluation, comme les affaires qui concernent la garde ou des aliments ou encore les affaires non contentieuses, puisque ces documents, dont le formulaire de fixation de la pension alimentaire, peuvent être nécessaires pour l'obtention d'une nouvelle décision.

Sources

CPC 1965 : art. 83, 331.9

Les Commentaires de la ministre de la Justice sont reproduits avec l'autorisation de l'Éditeur officiel du Québec.

Les lois du Québec et les Commentaires du ministre sont reproduits avec l'autorisation de l'Éditeur officiel du Québec et ne constituent pas la version officielle. © Éditeur officiel du Québec

Les Code civil du Bas Canada et Code civil du Québec (1980) sont reproduits avec l'autorisation de Wilson & Lafleur. © Wilson & Lafleur

© 2011-2022 Centre d'accès à l'information juridique - Tous droits réservés.