

Marie-Maude Denis *Appellant*

v.

Marc-Yvan Côté *Respondent*

and

Her Majesty The Queen, Attorney General of Quebec, Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression, Reporters Without Borders, La Presse (2018) Inc., Canadian Civil Liberties Association, AD IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc. *Interveners*

INDEXED AS: DENIS v. CÔTÉ

2019 SCC 44

File No.: 38114.

2019: May 16; 2019: September 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Journalists — Disclosure of information that identifies or is likely to identify journalistic source — Accused charged with fraud, breach of trust and bribery of officers — Reports by journalist presenting information about investigation into accused that had been obtained from confidential sources — Subpoena served on journalist for purpose of obtaining evidence in support of motion by accused for stay of proceedings — New federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

Marie-Maude Denis *Appelante*

c.

Marc-Yvan Côté *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine, procureure générale du Québec, Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression, Reporters sans frontières, La Presse (2018) Inc., Association canadienne des libertés civiles, AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : DENIS c. CÔTÉ

2019 CSC 44

N° du greffe : 38114.

2019 : 16 mai; 2019 : 27 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Journalistes — Divulgence de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique — Accusé inculqué de fraude, d'abus de confiance et de corruption de fonctionnaires — Reportages d'une journaliste faisant état d'informations au sujet de l'enquête sur l'accusé obtenues de sources confidentielles — Assignation à témoigner signifiée à la journaliste en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d'une requête en arrêt des procédures présentée par l'accusé — Nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

Courts — Jurisdiction — Subpoena served on journalist — Court of Québec quashing subpoena pursuant to new federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Superior Court confirming on appeal that subpoena valid — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rule on merits of appeal from Superior Court’s decision — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

C was arrested and charged with numerous offences, including fraud, breach of trust and bribery of officers. C sought to have the proceedings stayed on the ground that they were abusive in that there had been state conduct that risked undermining the integrity of the justice system. C submitted that high-ranking government representatives had provided journalists with a significant quantity of confidential information for the purpose of prejudicing him. C therefore served a subpoena on D, a journalist who had published information from the leaks. He hoped that the disclosure of the sources would make it possible to identify those who were responsible for the leaks. D contested her subpoena. The Court of Québec proceeded to the balancing exercise required by the new federal statutory scheme for the protection of journalistic sources set out in s. 39.1 of the *Canada Evidence Act* (“CEA”) — a new provision that had been enacted by the *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 — and quashed the subpoena. The Superior Court, hearing an appeal, applied s. 39.1 CEA anew and confirmed that the subpoena was valid. That decision was appealed to the Quebec Court of Appeal, which held that it did not have jurisdiction to rule on the appeal.

Held (Abella J. dissenting): The appeal against the Superior Court’s decision should be allowed in part, the order authorizing disclosure should be set aside, and the case should be remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration. The appeal against the Court of Appeal’s decision should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Section 39.1 CEA concerns subpoenas to give testimony or orders to produce documents that are issued to journalists and are likely to reveal the identities of confidential sources. In carrying out its plan to modernize the law by including s. 39.1 in the CEA, Parliament drew upon the various decisions of the Court, but modified the structure of the test and the weights of the identified criteria. It thus created a scheme of new law from which a clear intention emerges: to afford enhanced protection to the confidentiality of journalistic sources in the context of journalists’ relations with those sources.

Tribunaux — Compétence — Assignation à témoigner signifiée à une journaliste — Assignation annulée par la Cour du Québec en application du nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Validité de l’assignation confirmée en appel par la Cour supérieure — La Cour d’appel a-t-elle compétence pour statuer au fond sur un appel de la décision de la Cour supérieure? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

C est arrêté et fait l’objet de nombreux chefs d’accusation, notamment de fraude, d’abus de confiance et de corruption de fonctionnaires. C sollicite l’arrêt des procédures au motif qu’elles seraient abusives, puisqu’il y a eu une conduite étatique qui risque de miner l’intégrité du système de justice. C prétend que des représentants de haut rang de l’État ont transmis à des journalistes une quantité importante d’informations confidentielles dans le but de lui nuire. C fait donc parvenir une assignation à témoigner à D, une journaliste ayant diffusé des informations provenant des fuites. Il espère que le dévoilement des sources permettra de découvrir l’identité des responsables des fuites. D conteste son assignation à témoigner. Procédant à la mise en balance requise par le nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques qui figure à l’art. 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* (« LPC »), une nouvelle disposition édictée par la *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, la Cour du Québec annule l’assignation à témoigner. Siégeant en appel, la Cour supérieure procède à une nouvelle application de l’art. 39.1 LPC et confirme la validité de l’assignation à témoigner. Cette décision est portée en appel devant la Cour d’appel du Québec, qui juge qu’elle n’a pas compétence pour trancher l’appel.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi visant la décision de la Cour supérieure est accueilli en partie, l’ordonnance qui autorise la divulgation est infirmée et l’affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen. Le pourvoi visant la décision de la Cour d’appel est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin : L’article 39.1 LPC concerne les assignations à témoigner ou à produire des documents adressées à des journalistes et susceptibles de révéler l’identité d’une source confidentielle. Pour réaliser son projet de modernisation du droit en insérant l’art. 39.1 dans la LPC, le Parlement s’est inspiré des diverses décisions rendues par la Cour, mais a modifié la structure de l’analyse et la prépondérance des critères identifiés. Il a donc créé un régime de droit nouveau, duquel se dégage une intention claire : accorder une protection accrue à la confidentialité des sources journalistiques dans le cadre des rapports qu’entretiennent les journalistes avec ces sources.

A threshold requirement for the application of the new scheme is that the person objecting to the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that he or she is a “journalist”, and his or her source a “journalistic source”, as defined in the CEA. Next, if the person succeeds in doing so, it is the party who seeks to know the source’s identity who must then prove that the conditions for judicial authorization of the disclosure are met. If a journalist objects to the disclosure of information on the ground that it is likely to identify a confidential source, non-disclosure should be the starting point for the analysis. It is then up to the party seeking to obtain the information to rebut this presumption. This shifting of the burden of proof is the most important difference between the former common law scheme and the new federal statutory scheme. Whereas the applicability of the journalist-source privilege was the exception in the former scheme, it has now become the rule. The court may not authorize the disclosure of information unless the party seeking its disclosure shows that the condition based on reasonable necessity is met and that the balancing exercise under the CEA weighs in favour of disclosure.

The party seeking the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that the disclosure is reasonably necessary, that is, that the information being sought cannot be produced in evidence by any other reasonable means. If this is not shown, the case is closed, and the application for disclosure will be dismissed. If the party seeking the disclosure of information meets this requirement, he or she must then convince the court that the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source. This balancing exercise requires considering, on the one hand, the importance of the document or information being sought to a central issue in the proceeding and, on the other hand, the impact on freedom of the press and on the journalist and the source. To be successful, a party must convince the court that the document or information at issue is so important that this balancing exercise weighs in favour of disclosure. The court must bear in mind that disclosing information that identifies or is likely to identify a source is an appropriate remedy only where the advantages of doing so outweigh the disadvantages. It is only as a last resort that a court should require a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source.

Comme condition préalable à l’application du nouveau régime, la personne qui s’oppose à la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer qu’elle est un « journaliste » et que sa source est une « source journalistique » au sens de la LPC. Ensuite, si elle y parvient, il incombe alors à la partie qui souhaite connaître l’identité de la source de faire la preuve des conditions requises pour que le tribunal autorise la divulgation. Si un journaliste s’oppose à la divulgation d’une information au motif qu’elle est susceptible d’identifier une source confidentielle, la non-divulgation devrait marquer le point de départ de l’analyse. Le fardeau de renverser cette présomption revient à la partie cherchant à obtenir l’information. Ce renversement du fardeau de la preuve est la différence la plus importante entre l’ancien régime de common law et le nouveau régime légal fédéral. Alors que sous l’ancien régime, l’applicabilité du privilège journalistique constituait l’exception, elle est maintenant devenue la règle. En effet, le tribunal ne peut autoriser la divulgation de renseignements que si la partie qui en demande la divulgation démontre que la condition fondée sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable est remplie et que la mise en balance requise par la LPC milite en faveur de la divulgation.

La partie qui demande la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer l’existence d’un état de nécessité raisonnable, à savoir que le renseignement recherché ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable. Si elle ne parvient pas à faire cette démonstration, cela met fin aux débats et la demande de divulgation est rejetée. Si la partie sollicitant la divulgation des renseignements satisfait à cette condition, elle doit alors convaincre le tribunal que l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique. Il s’agit d’un exercice de pondération prenant en compte d’un côté l’importance du document ou du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle de l’instance et de l’autre les impacts sur la liberté de la presse et les conséquences sur le journaliste et la source. Pour réussir, une partie doit convaincre le tribunal que l’importance du document ou du renseignement dans un cas donné est telle que cette mise en balance milite en faveur de la divulgation. Le tribunal doit garder à l’esprit que la divulgation des renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une source constitue un remède approprié uniquement dans les cas où les avantages qu’elle présente dépassent ses inconvénients. Ce n’est qu’en dernier recours que le tribunal doit contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source.

In the Court, the Crown abandoned its original position with respect to C's motion for a stay of proceedings, and it now maintains that the disclosure of new information alters the factual matrix. The Crown's change of position is serious enough to justify an intervention by the Court, but it precludes appellate review of the Superior Court's decision on the merits. This change of position instead justifies remanding the case to the court of original jurisdiction in order to have that court conduct anew, once the new evidence has been adduced by the Crown, the analysis required by s. 39.1 CEA.

The Court of Appeal was right to find that it did not have jurisdiction to hear the appeal from the Superior Court's decision confirming that the subpoena was valid. First, the right of appeal is a statutory right. It is an exceptional right that cannot exist if no legislation provides for it. Second, where there are two levels of appeal, they are provided for in legislation, which is not the case here with the CEA. The existence of a single level of appeal is, moreover, consistent with the purpose of efficiency and expeditiousness being pursued in s. 39.1 CEA.

Per Abella J. (dissenting): The *Journalistic Sources Protection Act* is legislation of historic weight. The new scheme anticipates that absent exceptional circumstances, a presumption of protection for journalistic sources will prevail. The burden is on the party seeking disclosure to demonstrate both that there is no other reasonable means of getting the information and that the public interest in preserving the confidentiality of journalistic sources is outweighed by the public interest in the administration of justice. Through the *Act*, Parliament clearly asserted its intention to provide journalists with more robust statutory protections than existed under the common law.

While the factual terrain in this appeal may have shifted, the legal foundation for the Superior Court of Quebec's conclusion that a disclosure authorization was appropriate is unsustainable in light of the language and purposes of the *Act*. The Superior Court effectively placed a burden on the journalist to demonstrate why she should not be forced to reveal her sources, rather than requiring the party seeking disclosure to prove why those sources should be revealed. Moreover, the Superior Court applied the new legislation in a way that mirrored, rather than departed from, the former common law regime, and failed to recognize the paramount objective of protecting

Devant la Cour, le ministère public a répudié sa position initiale relativement à la requête en arrêt des procédures de C et soutient désormais que la communication de renseignements nouveaux est de nature à modifier le cadre factuel. Le changement de position du ministère public est suffisamment sérieux pour justifier l'intervention de la Cour mais il fait obstacle à l'examen en appel de la décision de la Cour supérieure sur le fond. Ce changement de position justifie plutôt le renvoi de l'affaire au tribunal de première instance, afin qu'il procède à nouveau, une fois la preuve nouvelle communiquée par le ministère public, à l'analyse requise par l'art. 39.1 LPC.

La Cour d'appel était bien fondée à conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour supérieure confirmant la validité de l'assignation à témoigner. Premièrement, le droit d'appel est un droit d'origine législative. Il s'agit d'un droit exceptionnel, qui ne peut exister en l'absence d'un texte le prévoyant. Deuxièmement, lorsqu'il existe deux paliers d'appel, la loi le précise, ce qui n'est pas le cas en l'espèce en ce qui concerne la LPC. L'existence d'un seul palier d'appel est en outre compatible avec l'objectif d'efficacité et de célérité visé par l'art. 39.1 LPC.

La juge Abella (dissidente) : La *Loi sur la protection des sources journalistiques* est une mesure législative ayant une valeur historique. Le nouveau régime prévoit qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles, la présomption de protection des sources journalistiques aura préséance. C'est à la partie sollicitant la divulgation de renseignements qu'incombe le fardeau de démontrer, d'une part, qu'il n'y a aucun autre moyen raisonnable d'obtenir ceux-ci et, d'autre part, que l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques est surpassé par l'intérêt public dans l'administration de la justice. Au moyen de la *Loi*, le Parlement a clairement affirmé son intention de fournir aux journalistes des protections légales plus robustes que celles qui existaient sous le régime de la common law.

Bien que les assises factuelles du présent pourvoi puissent avoir changé, le fondement juridique de la conclusion de la Cour supérieure du Québec selon laquelle une autorisation de divulgation était indiquée est insoutenable à la lumière du libellé et des objectifs de la *Loi*. La Cour supérieure a effectivement imposé à la journaliste le fardeau de démontrer pourquoi elle ne devrait pas être contrainte de révéler l'identité de ses sources, plutôt que d'obliger la partie sollicitant la divulgation à prouver pourquoi l'identité des sources en question devrait être révélée. De plus, la Cour supérieure a appliqué la nouvelle loi d'une manière qui reflétait l'ancien régime de common law — et non qui

journalistic sources. Given these fundamental legal errors in the interpretation and application of the legislation, the disclosure authorization issued against the journalist should be set aside and the subpoena quashed.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

By Abella J. (dissenting)

R. v. National Post, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.01.
Journalistic Sources Protection Act, S.C. 2017, c. 22, ss. 2, 3.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. 148, No. 191, 1st Sess., 42nd Parl., June 9, 2017, pp. 12447-48.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 86, 1st Sess., 42nd Parl., December 12, 2016, pp. 2056-59.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, pp. 2738-40.
 Oliphant, Benjamin. "Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee" (2013), 59 *McGill L.J.* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*. Québec: Publications du Québec, 2017.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Bich and Ruel J.J.A.), 2018 QCCA 611,

s'en écartait —, et elle n'a pas reconnu l'objectif primordial que constitue la protection des sources journalistiques. Compte tenu de ces erreurs de droit fondamentales dans l'interprétation et l'application de la loi, il y a lieu d'infirmer l'autorisation de divulgation émise contre la journaliste et d'annuler l'assignation à comparaître.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. National Post, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 488.01.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.
Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22, art. 2, 3.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 191, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 juin 2017, p. 12447-12448.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 86, 1^{re} sess., 42^e lég., 12 décembre 2016, p. 2056-2059.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2738-2740.
 Oliphant, Benjamin. « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*, Québec, Publications du Québec, 2017.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Bich et Ruel), 2018 QCCA

[2018] AZ-51484765, [2018] J.Q. n° 3149 (QL), 2018 CarswellQue 2585 (WL Can.), affirming a decision of Émond J., 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), setting aside a decision of Perreault J.C.Q., 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] Q.J. No. 809 (QL), 2018 CarswellQue 3098 (WL Can.). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Superior Court of Quebec (Émond J.), 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), setting aside a decision of Perreault J.C.Q., 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] Q.J. No. 809 (QL), 2018 CarswellQue 3098 (WL Can.). Appeal allowed in part, Abella J. dissenting.

Christian Leblanc, Patricia Hénault and Geneviève McSween, for the appellant.

Jacques Larochelle and Olivier Desjardins, for the respondent.

Robert Rouleau, Julie Desbiens and Richard Rougeau, for the intervener Her Majesty The Queen.

Michel Déom and Vincent Riendeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Mark Bantey and Sandra Lando, for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, the Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression and Reporters Without Borders.

Sébastien Pierre-Roy, for the intervener La Presse (2018) Inc.

Jamie Cameron, Christopher D. Bredt and Pierre N. Gemson, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David A. Crerar and Iain A. C. MacKinnon, for the interveners the AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited

611, [2018] AZ-51484765, [2018] J.Q. n° 3149 (QL), 2018 CarswellQue 2585 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Émond, 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), qui avait infirmé une décision du juge Perreault, 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] J.Q. n° 809 (QL), 2018 CarswellQue 1019 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec (le juge Émond), 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Perreault, 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] J.Q. n° 809 (QL), 2018 CarswellQue 1019 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, la juge Abella est dissidente.

Christian Leblanc, Patricia Hénault et Geneviève McSween, pour l'appelante.

Jacques Larochelle et Olivier Desjardins, pour l'intimé.

Robert Rouleau, Julie Desbiens et Richard Rougeau, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine.

Michel Déom et Vincent Riendeau, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Mark Bantey et Sandra Lando, pour les intervenantes la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, l'Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression et Reporters sans frontières.

Sébastien Pierre-Roy, pour l'intervenante La Presse (2018) Inc.

Jamie Cameron, Christopher D. Bredt et Pierre N. Gemson, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David A. Crerar et Iain A. C. MacKinnon, pour les intervenantes AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited

Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin J.J. delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In this case, the Court is considering rare interlocutory appeals in the criminal law context. The main appeal concerns the validity of a subpoena served on a journalist, namely the appellant, Marie-Maude Denis, for the purpose of obtaining evidence in support of a motion for a stay of proceedings falling into the “residual” category described in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73. Ms. Denis’s testimony was likely to reveal the identities of certain of her confidential journalistic sources.

[2] This appeal on the merits of the case, which concerns freedom of the press and the limits of that freedom, is an opportunity for the Court to consider, for the first time, the new statutory scheme for the protection of journalistic sources set out in s. 39.1 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”). This new federal scheme comprises both existing common law rules and new features.

[3] The Court of Québec quashed the subpoena against Ms. Denis, concluding in particular that she did not know the identities of the sources in question. The Superior Court, hearing an appeal from the Court of Québec’s decision, held that this conclusion was an error that was not only palpable — a point on which the parties agreed — but also overriding, and it then applied s. 39.1 CEA anew, which led it to confirm that the subpoena issued to Ms. Denis was valid.

[4] That decision was appealed to the Quebec Court of Appeal, which held, relying on the words of the relevant provision as well as on the provision’s purpose of efficiency and expeditiousness, that it did not have jurisdiction to rule on the merits of the

Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin a été rendu par

[1] LE JUGE EN CHEF — La Cour est saisie en l’espèce de rares pourvois interlocutoires en matière criminelle. Le pourvoi principal porte sur la validité d’une assignation à témoigner qui a été signifiée à une journaliste, en l’espèce l’appelante, madame Marie-Maude Denis, en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d’une requête en arrêt des procédures relevant de la catégorie dite « résiduelle » décrite dans l’arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73. Ce témoignage est susceptible de révéler l’identité de certaines sources journalistiques confidentielles de M^{me} Denis.

[2] Ce pourvoi sur le fond de l’affaire, qui concerne la liberté de la presse et ses limites, est l’occasion pour la Cour de se prononcer pour la première fois sur le nouveau régime légal de protection des sources journalistiques qui figure à l’art. 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 (« LPC »). Ce nouveau régime fédéral se compose à la fois de règles de common law existantes et d’éléments nouveaux.

[3] La Cour du Québec a annulé l’assignation à comparaître visant M^{me} Denis, concluant notamment que cette dernière ignorait l’identité des sources en question. Siégeant en appel de cette décision, la Cour supérieure a statué que cette conclusion constituait une erreur non seulement manifeste — ce dont convenaient les parties — mais également déterminante, et elle a procédé à une nouvelle application de l’art. 39.1 LPC. À l’issue de cette application, la Cour supérieure a confirmé la validité de l’assignation à comparaître adressée à M^{me} Denis.

[4] Cette décision a été portée en appel devant la Cour d’appel du Québec qui, se fondant sur le texte de la disposition pertinente et sur l’objectif d’efficacité et de célérité visé par celle-ci, a jugé qu’elle n’avait pas compétence pour statuer au fond

appeal. It accordingly granted the motion brought by the respondent, Marc-Yvan Côté, to dismiss the appeal.

[5] Ms. Denis was granted leave to appeal to this Court from both those decisions, that of the Court of Appeal with respect to jurisdiction and that of the Superior Court on the merits. These are thus two separate, but related, appeals. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal with respect to jurisdiction, but would allow in part the appeal on the merits and remand the case to the court of original jurisdiction for reconsideration. In my opinion, the remanding of the case means that the parties must be restored to the positions they were in before the decisions of the courts below.

I. Facts

[6] Mr. Côté was a member of the Quebec National Assembly who was responsible for various ministerial portfolios in Liberal Party governments until 1994. After that, he was vice-president of Roche Ltd., Consulting Group, a consulting engineering company, from 1994 to 2005. In 2016, Mr. Côté was arrested and charged, together with a number of co-accused, with numerous offences, including fraud, breach of trust and bribery of officers, in relation to events that had taken place between 2000 and 2012. They were alleged to have set up an elaborate system of secret political financing in Quebec in which consulting engineering and construction companies had made unlawful political contributions for the purpose of gaining undue advantages in public calls for tenders and applications for subsidies.

[7] Mr. Côté sought to have the proceedings stayed on the ground that they were abusive, and his co-accused supported his motion orally at the initial hearing. According to *Babos*, there are two types of abuse of process that can justify a stay of proceedings: state conduct that compromises the fairness of the trial of the accused (the “main” category); and state conduct that does not compromise trial fairness but risks undermining the integrity of the justice system (the “residual” category). Mr. Côté, who hardly mentioned the first of these categories, argued primarily that the instant case concerns abuse

sur l’appel. Elle a en conséquence accueilli la requête en rejet d’appel présentée par l’intimé, monsieur Marc-Yvan Côté.

[5] Madame Denis a obtenu l’autorisation de se pourvoir contre ces deux décisions — celle de la Cour d’appel sur la compétence et celle de la Cour supérieure sur le fond — devant notre Cour. Il s’agit donc de deux pourvois distincts mais connexes. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi sur la compétence, mais d’accueillir en partie le pourvoi sur le fond et de renvoyer l’affaire en première instance pour réexamen. En raison du renvoi de l’affaire en première instance, je suis d’avis qu’il est nécessaire de remettre les parties dans l’état où elles étaient avant les décisions des juridictions inférieures.

I. Les faits

[6] Monsieur Côté a été député à l’Assemblée nationale du Québec et a dirigé divers ministères au sein de gouvernements du Parti libéral jusqu’en 1994. Il a par la suite été vice-président de la firme de génie-conseil Roche ltée, Groupe-conseil, de 1994 à 2005. En 2016, M. Côté est arrêté et fait l’objet, avec d’autres coaccusés, de nombreux chefs d’accusation, notamment de fraude, d’abus de confiance et de corruption de fonctionnaires, concernant des faits survenus au cours des années 2000 à 2012. Il leur est reproché d’avoir mis en place un système élaboré de financement politique occulte au Québec, dans le cadre duquel des cabinets de génie-conseil et des entreprises de construction auraient versé des contributions politiques illicites afin de bénéficier d’avantages indus lors d’appels d’offres publiques et de demandes de subventions.

[7] Monsieur Côté sollicite l’arrêt des procédures au motif qu’elles seraient abusives, requête à laquelle se sont ralliés verbalement ses coaccusés lors de l’audience initiale. Suivant l’arrêt *Babos*, deux types d’abus de procédure peuvent justifier un arrêt des procédures : une conduite étatique qui compromet l’équité du procès de l’accusé (la catégorie « principale »); et une conduite étatique qui ne compromet pas l’équité du procès mais risque de miner l’intégrité du système de justice (la catégorie « résiduelle »). Insistant peu sur la première catégorie, M. Côté plaide principalement que la présente

of the second type, and thus stressed the impact on the integrity of the justice system as a whole. He acknowledged that, as far as the burden of proof is concerned, the threshold in such a case is a high one. He had to show state conduct that was “so troublesome that having a trial — even a fair one — will leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency”: *Babos*, at para. 35.

[8] In support of his motion for a stay of proceedings, Mr. Côté submitted that high-ranking government representatives had, between 2012 and 2017, provided journalists with a significant quantity of confidential information (hereinafter the “leaks”) for the purpose of prejudicing his co-accused and himself. This information came in large part from active investigation files of the Unité permanente anticorruption (“UPAC”), a Quebec government organization whose mandate is to coordinate actions to prevent and fight corruption in the public sector. Mr. Côté maintained that the information had been leaked for improper tactical purposes. In his opinion, these leaks were intended to, among other things, deny him the right to a fair trial by judge and jury, as potential jurors had been [TRANSLATION] “contaminated by the numerous leaks of evidence”, and deprive him of the presumption of innocence, “as the government has used the media to ensure his *de facto* conviction”: motion for a stay of proceedings, A.R., vol. II, at pp. 26-27.

[9] Mr. Côté asserted, citing various pieces of circumstantial evidence, that the leakers were acting on the government’s behalf. In his opinion, the coincidental timing of the leaks and certain specific events, the highly sensitive nature of the disclosed information, the failure of all the government’s investigations to determine who was responsible, and the failure to seek injunctions and publication bans were all factors that suggested that the leaks represented a concerted action by high-ranking individuals.

[10] In her initial response to Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings, the intervener Her Majesty the

affaire constitue un abus du second type et met donc l’accent sur l’atteinte à l’intégrité du système de justice dans son ensemble. Monsieur Côté reconnaît que, du point de vue de la preuve à apporter, la barre est haute en semblable matière. En effet, ce dernier doit démontrer l’existence d’une conduite étatique « si troublante que la tenue d’un procès — même un procès équitable — donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » : *Babos*, par. 35.

[8] Au soutien de sa requête en arrêt des procédures, M. Côté prétend que des représentants de haut rang de l’État ont transmis à des journalistes une quantité importante d’informations confidentielles (ci-après les « fuites ») entre 2012 et 2017, et ce, dans le but de nuire à ses coaccusés ainsi qu’à lui-même. Ces informations proviennent en grande partie de dossiers d’enquête actifs de l’Unité permanente anticorruption (« UPAC »), l’organisation au sein du gouvernement québécois qui a pour mandat de coordonner les actions de prévention et de lutte contre la corruption dans le secteur public. Monsieur Côté soutient que ces fuites visent des fins stratégiques illicites. Il estime que ces fuites ont notamment pour but de le priver du droit à un procès juste et équitable devant juge et jury, les jurés potentiels étant « contaminé[s] par les nombreuses fuites d’éléments de preuve », et de le priver de la présomption d’innocence, « l’État s’étant assuré par les médias de sa condamnation *de facto* » : requête en arrêt des procédures, d.a., vol. II, p. 26-27.

[9] Monsieur Côté s’appuie sur divers éléments de preuve circonstancielle pour affirmer que les auteurs de ces fuites agissent au nom de l’État. Selon lui, la coïncidence temporelle entre les fuites et certains événements particuliers, la nature hautement sensible des informations révélées, l’échec de toutes les enquêtes menées par l’État en vue d’identifier les responsables et l’absence de recours en injonction et non-publication sont autant de facteurs qui suggèrent que les fuites constituent une action concertée provenant d’individus haut placés.

[10] Dans sa réponse initiale à la requête en arrêt des procédures de M. Côté, l’intervenante Sa Majesté

Queen — that is to say, Quebec’s Director of Criminal and Penal Prosecutions (hereinafter “Crown”) — conceded that the leaks seemed to come from one or more government employees, but rejected the argument that those employees were of sufficiently high rank to be acting on the government’s behalf. More specifically, the Crown agreed that, [TRANSLATION] “on a balance of probabilities”, at least one government employee had been involved in leaking secret information: A.R., vol. II, at p. 66. But the Crown maintained that this “undesirable leak of confidential information” was the work of a “rogue official” in UPAC or a “group of individuals” (summary statement, A.R., vol. II, at p. 94) whose personal goals were incompatible with those of the government and whose acts could not be imputed to it.

[11] Aware of his onerous burden of proof, Mr. Côté wished to adduce, in addition to his circumstantial evidence, direct evidence of the identities of the leakers. After filing his motion for a stay of proceedings, he therefore served subpoenas on two journalists who had published information from the leaks: Louis Lacroix (*L’Actualité*) and Ms. Denis (*Canadian Broadcasting Corporation*). He hoped that the disclosure of their sources would make it possible to identify those who were responsible for the leaks and thereby to establish the great extent of the government’s involvement, which was essential to the success of his *Babos* motion. The subpoena issued to Mr. Lacroix was quashed after he had declared in an affidavit that he did not know the identity of his source. The case involving Mr. Lacroix is now closed.

[12] As for Ms. Denis, between 2012 and 2016, she presented four reports on the *Enquête* public affairs program about a possible system of corruption. Sensitive information obtained from confidential journalistic sources was disclosed in those reports. Because, as she declared in an affidavit, Ms. Denis does not know the identities of the sources for the reports broadcast in 2014 and 2016, only the ones from 2012 and 2015 are at issue here.

[13] The first of these reports, entitled *Anguille sous Roche* (2012), presented some of the evidence

la Reine — c.-à-d. le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec (ci-après « ministère public ») — concède que les fuites semblent provenir d’un ou plusieurs employés de l’État, mais rejette l’argument selon lequel ces employés sont suffisamment haut placés pour agir au nom de l’État. Plus spécifiquement, il convient que « selon la balance des probabilités », au moins un employé de l’État est impliqué dans les fuites d’informations secrètes : d.a., vol. II, p. 66. Cependant, le ministère public soutient que ce « coulage indésirable d’informations confidentielles » est l’œuvre d’un « ripou » au sein de l’UPAC ou d’un « groupe d’individus » (exposé sommaire, d.a., vol. II, p. 94), qui poursuivent des fins personnelles incompatibles avec celles de l’État et dont les actes ne peuvent lui être imputés.

[11] Conscient du lourd fardeau de preuve qui lui incombe, M. Côté souhaite présenter, en outre de sa preuve circonstancielle, une preuve directe de l’identité des auteurs des fuites. À la suite du dépôt de sa requête en arrêt des procédures, M. Côté fait donc parvenir une assignation à témoigner à deux journalistes ayant diffusé des informations provenant des fuites, soit M. Louis Lacroix (*L’Actualité*) et M^{me} Denis (*Radio-Canada*). Il espère que le dévoilement de leurs sources permettra de découvrir l’identité des responsables des fuites, et ainsi de démontrer le haut degré d’implication de l’État, condition essentielle au succès de sa requête fondée sur l’arrêt *Babos*. L’assignation à comparaître adressée à M. Lacroix a été annulée, ce dernier ayant déclaré sous serment ignorer l’identité de sa source. Monsieur Lacroix n’est maintenant plus en cause.

[12] Pour ce qui est de M^{me} Denis, de 2012 à 2016, cette dernière a présenté au cours de l’émission d’affaires publiques *Enquête* quatre reportages au sujet d’un possible système de corruption. Des informations sensibles, obtenues de sources journalistiques confidentielles, ont été divulguées lors de ces reportages. Étant donné que M^{me} Denis, ainsi qu’elle l’a déclaré sous serment, ignore l’identité des sources liées aux reportages diffusés en 2014 et 2016, seuls ceux diffusés en 2012 et 2015 font l’objet du présent débat.

[13] Le premier reportage, intitulé *Anguille sous Roche* (2012), présente une partie de la preuve

against eight persons who had been arrested by UPAC in February 2011, which included a letter addressed to Mr. Côté and a video clip of the questioning of one of his co-accused. The second report, entitled *Ratures et rupture* (2015), related the content of emails exchanged between the commissioners of the Commission of Inquiry on the Awarding and Management of Public Contracts in the Construction Industry, and of an annotated draft of the Commission's report.

[14] In response to the subpoena issued to Ms. Denis, the Crown originally argued in the courts below that Ms. Denis's testimony would be unnecessary. In its view, the leaks came from people at low levels of the hierarchy whose acts could not be attributed to the government. Mr. Côté's *Babos* motion for a stay of proceedings was therefore certain to fail regardless of Ms. Denis's testimony.

II. Statutory Provisions

[15] Section 39.1 CEA is reproduced in its entirety in the Appendix. The two key parts of s. 39.1 are subss. (2) and (7). Under s. 39.1(2), a journalist is entitled to contest a subpoena to give testimony or an order to produce a document in evidence on the basis that the subpoena or order "identifies or is likely to identify a journalistic source". It should be mentioned in this regard that s. 39.1(4) CEA provides that a court considering the disclosure of information that identifies or is likely to identify a journalistic source may raise the application of s. 39.1(2) CEA on its own initiative.

[16] As for s. 39.1(7), it establishes the test the court must apply to determine whether to authorize the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source. This test requires the court to determine, first, whether there is no other reasonable means by which to obtain the information being sought, and then, if this first condition is met, whether the public interest in the administration of justice outweighs the

recueillie contre huit personnes arrêtées par l'UPAC en février 2011, dont une lettre adressée à M. Côté, ainsi qu'un extrait vidéo de l'interrogatoire de l'une de ses coaccusés. Le second reportage, intitulé *Ratures et rupture* (2015), relate le contenu d'échanges courriel entre les commissaires de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, ainsi qu'une version préliminaire annotée du rapport d'enquête de la Commission.

[14] En réponse à l'assignation à témoigner de M^{me} Denis, le ministère public a initialement plaidé devant les juridictions inférieures que le témoignage de cette dernière était inutile. Selon le ministère public, les fuites provenaient de personnes situées au bas de l'échelle hiérarchique dont les actes ne peuvent être imputés à l'État. En conséquence, la requête en arrêt des procédures de type *Babos* de M. Côté était vouée à l'échec, peu importe le témoignage de M^{me} Denis.

II. Dispositions législatives

[15] Le texte intégral de l'art. 39.1 LPC est reproduit en annexe. Les deux éléments clés de l'art. 39.1 sont les par. (2) et (7). Le paragraphe 39.1(2) énonce le droit des journalistes de s'opposer à une assignation à témoigner ou à un ordre de produire en preuve un document, sur la base qu'une telle ordonnance « identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique ». À cet égard, il convient de signaler que, aux termes du par. 39.1(4) LPC, le tribunal devant qui se pose la question de la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique peut, de sa propre initiative, soulever l'application du par. 39.1(2) LPC.

[16] Pour ce qui est du par. 39.1(7), il établit l'analyse que doit appliquer le tribunal pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique. Suivant cette analyse, le tribunal doit d'abord décider s'il n'existe pas un autre moyen raisonnable d'obtenir les informations recherchées, puis, dans la mesure où cette première condition est remplie, si l'intérêt

public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source:

(7) The court . . . may authorize the disclosure of information or a document only if [it] consider[s] that

(a) the information or document cannot be produced in evidence by any other reasonable means; and

(b) the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source, having regard to, among other things,

(i) the importance of the information or document to a central issue in the proceeding,

(ii) freedom of the press, and

(iii) the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist.

III. Procedural History

A. *Court of Québec — 2018 QCCQ 547*

[17] Ms. Denis and Mr. Lacroix contested their subpoenas in the Court of Québec. Judge Perreault, who signed the court’s decision, found that Ms. Denis and Mr. Lacroix were both “journalists” as that term is defined in s. 39.1(1) CEA and that the information in question came from “journalistic sources” as defined in that same provision: paras. 206-7 (CanLII). He concluded that disclosure of the identities of the journalistic sources was the only reasonable means to obtain the information in question (para. 204) and that the “proceeding” (referred to in s. 39.1(7)(b)(i)) at issue in this case was Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings: para. 212. The importance of the information being sought (the identities of the journalistic sources) was thus to be assessed in light of the central issues raised in that motion rather than in terms of those of Mr. Côté’s criminal trial.

public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique :

(7) Le tribunal [. . .] ne peut autoriser la divulgation du renseignement ou du document que s’il estime que les conditions suivantes sont réunies :

a) le renseignement ou le document ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable;

b) l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique, compte tenu notamment :

(i) de l’importance du renseignement ou du document à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance,

(ii) de la liberté de la presse,

(iii) des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste.

III. Historique procédural

A. *Cour du Québec — 2018 QCCQ 547*

[17] Madame Denis et M. Lacroix contestent leurs assignations à témoigner devant la Cour du Québec. Le juge Perreault, qui signe la décision de la Cour du Québec, constate que M^{me} Denis et M. Lacroix sont tous deux des « journalistes » au sens de la définition de ce terme au par. 39.1(1) LPC et que les renseignements concernés émanent de « sources journalistiques » au sens de cette même disposition : par. 206-207 (CanLII). Il conclut que le dévoilement de l’identité des sources journalistiques constitue le seul moyen raisonnable d’obtenir les renseignements en question (par. 204), et que « l’instance » (visée au sous-al. 39.1(7)(b)(i)) en cause ici est la requête en arrêt des procédures déposée par M. Côté (par. 212). L’importance des renseignements recherchés (à savoir, l’identité des sources journalistiques) est donc évaluée au regard des questions essentielles que soulève cette requête, plutôt qu’à l’aune de celles visées par le procès criminel de M. Côté.

[18] Judge Perreault then proceeded to the balancing exercise required by s. 39.1(7)(b) CEA, concluding that in this case the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic sources outweighed the public interest in the administration of justice, because the information being sought could not be said to be important to a central issue in the motion (s. 39.1(7)(b)(i) CEA) insofar as the two journalists did not know the identities of their sources: paras. 215-16. He added that even if those sources could be identified, it was not certain that this would make it possible to trace the people who were originally responsible for the leaks: para. 219. Finally, he stressed that there were other arguments Mr. Côté could make or other evidence he could adduce in support of his *Babos* motion: para. 224. Judge Perreault accordingly declined to authorize the disclosure of the identities of the journalistic sources and quashed the subpoenas issued to the journalists.

B. *Superior Court — 2018 QCCS 1138*

[19] Mr. Côté appealed to the Superior Court, as is provided for in s. 39.1(10)(d) CEA. All the parties agreed that the application judge had made a palpable error of fact in stating that the journalists did not know the identities of their sources, because Ms. Denis was in fact aware of the identities of her sources for two of her four reports: paras. 98-99 (CanLII). Émond J., who heard the appeal, concluded that this was also an overriding error in that it was central to the application judge's reasons on the key question of the importance of the information being sought to a central issue in the proceeding: para. 137.

[20] Émond J. first agreed that Ms. Denis and Mr. Lacroix were “journalists”, and their sources “journalistic sources”, within the meaning of s. 39.1(1) CEA. He then proceeded to repeat the analysis required by s. 39.1(7). Pointing out that the leaks, about which the authorities were unable to do anything, had taken place over a long period and that this represented a real risk for the integrity of the judicial process and for the justice system (para. 178), and finding on this basis that the information being sought could not be obtained by any other reasonable means, Émond J.

[18] Procédant à la mise en balance requise par l'al. 39.1(7)(b) LPC, le juge Perreault conclut qu'en l'espèce, l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques l'emporte sur l'intérêt public dans l'administration de la justice, puisque les renseignements recherchés ne peuvent être qualifiés d'importants à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de la requête (sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC), dans la mesure où les deux journalistes ignorent l'identité de leurs sources : par. 215-216. En outre, le juge estime que, même si on parvenait à identifier ces sources, il n'est pas certain que cela permettrait de remonter aux premiers responsables des fuites : par. 219. Enfin, il souligne que M. Côté dispose d'autres arguments ou éléments à invoquer au soutien de sa requête fondée sur l'arrêt *Babos* : par. 224. En conséquence, le juge Perreault n'autorise pas la divulgation de l'identité des sources journalistiques et annule les assignations à comparaître visant les journalistes.

B. *Cour supérieure — 2018 QCCS 1138*

[19] Monsieur Côté fait appel devant la Cour supérieure, tel que le prévoit l'al. 39.1(10)(d) LPC. Les parties reconnaissent toutes que le premier juge a commis une erreur factuelle manifeste en affirmant que les journalistes ignoraient l'identité de leurs sources, puisqu'en réalité M^{me} Denis est au fait de l'identité de ses sources pour deux de ses quatre reportages : par. 98-99 (CanLII). Le juge Émond, qui entend l'appel, conclut que cette erreur est en outre déterminante, car elle touche au cœur des motifs du premier tribunal sur l'aspect névralgique du débat, soit l'importance des renseignements recherchés à l'égard de la question essentielle dans le cadre de l'instance : par. 137.

[20] Le juge Émond reconnaît d'abord que M^{me} Denis et M. Lacroix, ainsi que leurs sources, sont respectivement des « journalistes » et des « sources journalistiques » au sens de ces termes au par. 39.1(1) LPC. Il procède ensuite à nouveau à l'analyse requise au par. 39.1(7). Soulignant que les fuites se sont prolongées sur une longue période sans que les autorités puissent y faire quoi que ce soit et qu'il en découle un risque réel pour l'intégrité du processus judiciaire et pour le système de justice (par. 178), et estimant de ce fait que les renseignements recherchés

held that the criteria for disclosure of the sources' identities were met in the cases of Ms. Denis's two reports. In his view, the application judge had erred in concluding that the information being sought was not important to a central issue in the proceeding and that its absence did not justify a stay of proceedings. He found, rather, that the information in question was important, [TRANSLATION] "if not crucial": para. 137. Émond J. accordingly reformulated the disposition of the application judge's judgment and authorized the disclosure by Ms. Denis of information with respect to the content of the two reports for which she knew the identities of the sources.

C. *Quebec Court of Appeal — 2018 QCCA 611*

[21] Ms. Denis appealed Émond J.'s decision to the Quebec Court of Appeal. Mr. Côté then filed a motion to dismiss Ms. Denis's appeal on the ground that, according to his own interpretation of the words of s. 39.1(10) CEA, she had no right of appeal to the Court of Appeal.

[22] The Court of Appeal allowed Mr. Côté's motion to dismiss the appeal. Noting that there is [TRANSLATION] "no appeal without a provision" (para. 9 (CanLII)), it stated that s. 39.1(10) CEA indicates in what circumstances an appeal is possible and in what court the appeal must be brought. In the Court of Appeal's view, the effect of s. 39.1(10) is that the only decision that can be appealed is that of the court that first ruled on the original application for disclosure, because the "court, person or body" referred to in s. 39.1(7) CEA is the decision-maker — the Court of Québec here — before whom the journalist originally objected to the disclosure. In this case, therefore, the appeal to the Superior Court was the only recourse provided for in and permitted by s. 39.1(10) CEA. In the end, the Court of Appeal stated that it "lack[ed] jurisdiction" to rule on Ms. Denis's appeal (para. 32), but mentioned that she could nonetheless apply for leave to appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26: para. 31.

ne peuvent être obtenus par un autre moyen raisonnable, le juge Émond décide qu'il a été satisfait aux critères de divulgation de l'identité des sources dans le cas des deux reportages de M^{me} Denis. En effet, c'est à tort selon lui que le premier tribunal a conclu que les renseignements recherchés n'étaient pas importants relativement à une question essentielle dans le cadre de l'instance et que leur absence ne justifie pas un arrêt des procédures. Il est plutôt d'avis qu'il s'agit de renseignements importants, « pour ne pas dire capitaux » : par. 137. En conséquence, le juge Émond reformule le dispositif du jugement du premier tribunal et autorise la divulgation par M^{me} Denis de renseignements quant au contenu des deux reportages à l'égard desquels elle connaît l'identité des sources.

C. *Cour d'appel du Québec — 2018 QCCA 611*

[21] Madame Denis interjette appel de la décision du juge Émond devant la Cour d'appel du Québec. Monsieur Côté, pour sa part, présente une requête en rejet de l'appel formé par M^{me} Denis au motif que, suivant sa propre interprétation du libellé du par. 39.1(10) LPC, celle-ci ne dispose d'aucun droit d'appel à la Cour d'appel.

[22] La Cour d'appel accueille la requête de M. Côté en rejet d'appel. Rappelant qu'il n'existe « pas d'appel sans texte » (par. 9 (CanLII)), la Cour d'appel indique que le par. 39.1(10) LPC précise dans quelles circonstances un appel est permis et devant quel tribunal l'appel doit être déposé. Selon la Cour d'appel, il ressort de cette disposition que la décision qui peut être portée en appel ne peut être que celle du tribunal qui s'est prononcé en première instance sur la demande initiale de divulgation, puisque le « tribunal, l'organisme ou la personne » visé au par. 39.1(7) LPC est le décideur devant lequel le journaliste s'est opposé initialement à la divulgation, en l'occurrence la Cour du Québec. L'appel à la Cour supérieure constitue donc en l'espèce le seul recours prévu et permis par le par. 39.1(10) LPC. En définitive, la Cour d'appel se déclare « sans compétence » pour trancher l'appel interjeté par M^{me} Denis (par. 32), mais mentionne que cette dernière peut néanmoins demander l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26 : par. 31.

IV. Analysis

[23] The factual matrix has changed since the decisions of the courts below. In the fall of 2018, at a time when the hearing in this Court was scheduled for that December, the Crown cited new evidence that had recently been brought to its attention and indicated that it could no longer in this Court support the factual framework originally advanced in the Court of Québec and the Superior Court. It obtained an adjournment on that basis. It then sent the Court sealed information that it considered to be protected by the ongoing investigation privilege in order to explain this change in position to the Court. In March 2019, the Crown filed a second motion to adjourn, which was dismissed.

[24] This change of position by the Crown has serious consequences. Its effect is to deprive the Court of a basis in fact that is sufficient for it to adequately assess the Superior Court's decision on the merits, in particular because the Crown is now casting doubt on the fact, assumed to be true until this point, that Ms. Denis's testimony on the identities of her journalistic sources is needed in order to rule on Mr. Côté's motion for a stay of proceedings. This change justifies remanding the case to the court of original jurisdiction in order to have that court conduct anew, once the new evidence has been adduced by the Crown, the analysis required by s. 39.1 CEA. This is an exceptional remedy that is being granted in equally exceptional circumstances. I will not, therefore, proceed to review the merits of the Superior Court's decision. Nevertheless, I feel that it would be appropriate to define the scope of the new s. 39.1 CEA in order to provide decision-makers with guidance on the nature of the new federal scheme and on how it is to be applied.

A. *Appeal Regarding the Jurisdiction of the Court of Appeal*

[25] I would stress from the outset that the Court of Appeal was right to find that, in light of both the provisions and the purposes in question in this case, it did not have jurisdiction to rule on the merits of Ms. Denis's appeal. First, as the Court of Appeal

IV. Analyse

[23] Le contexte factuel a évolué depuis les jugements des juridictions inférieures. En effet, à l'automne 2018, alors que l'audience devant notre Cour doit avoir lieu en décembre, le ministère public invoque des éléments nouveaux récemment portés à sa connaissance et indique ne plus pouvoir soutenir devant cette Cour la trame factuelle initialement avancée devant la Cour du Québec et la Cour supérieure. Il obtient un ajournement sur cette base. Il transmet ensuite à la Cour, sous scellés, des renseignements qu'il estime protégés par le privilège relatif à l'enquête en cours, afin d'éclairer la Cour sur les fondements de ce changement de position. Au mois de mars 2019, le ministère public dépose une seconde demande d'ajournement; celle-ci est refusée.

[24] Ce changement de position du ministère public est lourd de conséquences. Il a pour effet de priver la Cour d'un fondement factuel suffisant pour lui permettre d'évaluer adéquatement la décision de la Cour supérieure sur le fond, notamment parce que le ministère public met maintenant en doute la nécessité, jusqu'ici tenue pour avérée, du témoignage de M^{me} Denis sur l'identité de ses sources journalistiques afin de pouvoir trancher la requête en arrêt des procédures de M. Côté. Ce changement justifie le renvoi de l'affaire au tribunal de première instance, afin qu'il procède à nouveau, une fois la preuve nouvelle communiquée par le ministère public, à l'analyse requise par l'art. 39.1 LPC. Il s'agit d'une réparation exceptionnelle, accordée dans un contexte qui l'est tout autant. Je ne procéderai donc pas à une révision au fond de la décision de la Cour supérieure. Toutefois, je considère qu'il est opportun de tracer les contours du nouvel art. 39.1 LPC, afin d'aiguiller les décideurs sur la nature et les modalités d'application du nouveau régime fédéral.

A. *Pourvoi relatif à la compétence de la Cour d'appel*

[25] D'entrée de jeu, je souligne que la Cour d'appel était bien fondée à conclure qu'elle n'avait pas compétence pour statuer au fond sur l'appel de M^{me} Denis, compte tenu des indices d'ordre textuel et téléologique présents en l'espèce. Premièrement,

pointed out, the right of appeal is a statutory right. It is an exceptional right that cannot exist if no legislation provides for it: C.A., at para. 9. Second, as the Court of Appeal observed, where there are two levels of appeal, as in the case of summary conviction offences, they are provided for in legislation: paras. 11-12.

[26] Finally, I agree with the Court of Appeal that the existence of a single level of appeal is, moreover, consistent with the concern to ensure efficient and expeditious judicial proceedings. This purpose can be seen not only in s. 39.1 CEA, which fixes a short time limit for an appeal and requires that it be heard in a summary way (s. 39.1(11) and (12)), but also in the sections of the CEA on related matters (e.g. objections to the disclosure of confidential information on grounds of a specified public interest, of information relating to international relations, national defence or national security, or of Cabinet confidences), which either make no provision for a right of appeal or reserve the initial decision to the Federal Court or a provincial superior court, thereby specifically excluding the possibility of two levels of review: C.A., at paras. 23-24. The appeal from the Court of Appeal's decision that it lacks jurisdiction must therefore be dismissed.

B. *Appeal Regarding Disclosure of the Sources' Identities*

[27] Section 39.1 CEA, the statutory provision at the heart of this case, was enacted by the *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 ("JSPA"). Sections 2 and 3 of the JSPA simultaneously amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the CEA with respect to two distinct fact scenarios that were until then governed by common law principles. One amendment, the addition of s. 488.01 Cr. C., applied to warrants issued with respect to a journalist's communications or to objects, documents or data relating to or in the possession of a journalist. The other amendment, the addition of s. 39.1 CEA, concerned subpoenas to give testimony or orders to produce documents that are issued to journalists and are likely to reveal the identities of confidential sources. As the majority of this Court

comme l'a rappelé la Cour d'appel, le droit d'appel est un droit d'origine législative. Il s'agit d'un droit exceptionnel, qui ne peut exister en l'absence d'un texte le prévoyant : C.A., par. 9. Deuxièmement, ainsi que l'a indiqué la Cour d'appel, lorsqu'il existe deux paliers d'appel, comme c'est le cas en matière de procédures sommaires, la loi le précise : par. 11-12.

[26] Enfin, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que l'existence d'un seul palier d'appel est en outre compatible avec le souci d'assurer l'efficacité et la célérité des procédures judiciaires. Un tel objectif ressort non seulement de l'art. 39.1 LPC, qui fixe un court délai d'appel et prescrit l'application d'une procédure sommaire (par. 39.1(11) et (12)), mais également des dispositions de la LPC régissant des matières connexes (p. ex., les oppositions à la divulgation de renseignements confidentiels d'intérêt public ou portant sur les relations internationales, la défense ou la sécurité nationale, ou encore les renseignements confidentiels du Cabinet) — dispositions qui soit ne prévoient pas de droit d'appel, soit réservent la première décision à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale, ce qui a pour effet d'exclure concrètement la possibilité de deux paliers de révision : C.A., par. 23-24. Le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel portant qu'elle n'a pas compétence doit donc être rejeté.

B. *Pourvoi relatif à la divulgation de l'identité des sources*

[27] La disposition législative au cœur du présent litige, l'art. 39.1 LPC, a été édictée par la *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 (« LPSJ »). Les modifications apportées simultanément au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et à la LPC par les art. 2 et 3 de la LPSJ visent deux scénarios factuels distincts, qui relevaient jusque-là de règles de common law. Une modification, soit l'ajout de l'art. 488.01 C. cr., porte sur les mandats décernés à l'égard de communications d'un journaliste, ou à l'égard d'objets, de documents ou de données concernant un journaliste ou en sa possession. L'autre modification, soit l'adjonction de l'art. 39.1 LPC, concerne les assignations à témoigner ou à produire des documents adressées à des journalistes et susceptibles de révéler l'identité d'une

indicated in the recent case of *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374, the purpose of these two amendments was to enhance the protection afforded to the confidentiality of journalistic sources: para. 6.

[28] Only s. 39.1 CEA is at issue in the instant case. It is important to stress that in carrying out its plan to modernize the law by including s. 39.1 in the CEA, Parliament drew upon the various decisions rendered by the Court on this subject over the years. However, it modified the structure of the test and the weights of the identified criteria. Thus, some criteria that were but considerations are now essential conditions, while others have become less important. By this meticulous reorganization, Parliament has created a scheme of new law from which a clear intention emerges: to afford enhanced protection to the confidentiality of journalistic sources in the context of journalists' relations with those sources. Although the clearest illustration of this intention lies in the shifting of the burden of proof provided for in s. 39.1(9) CEA, there are, as I will explain below, a number of other modifications that also attest to it. A brief overview of the two schemes — the old and the new — is needed in order to fully explain the scope of the change.

(1) Former Common Law Scheme

[29] In the scheme developed in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, and *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, the burden of proof was on a journalist who objected to the disclosure of information that might identify a source. The journalist was required to show that the four criteria of the Wigmore test were met: *National Post*, at paras. 50 et seq.

[30] The four Wigmore criteria were described as follows in *National Post*:

First, the communication must originate in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed. Second, the confidence must be essential to the relationship

source confidentielle. Comme l'ont indiqué les juges majoritaires de notre Cour dans le récent arrêt *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374, ces deux modifications ont pour but d'accroître la protection accordée à la confidentialité des sources journalistiques : par. 6.

[28] Seul l'art. 39.1 LPC est en cause en l'espèce. Il importe de souligner que, pour réaliser son projet de modernisation du droit en insérant l'art. 39.1 dans la LPC, le Parlement s'est inspiré des diverses décisions rendues par la Cour sur la question au fil des ans. Le législateur a cependant modifié la structure de l'analyse et la prépondérance des critères identifiés. Ainsi, certains critères qui n'étaient que de simples considérations sont désormais des conditions essentielles, alors que d'autres ont vu leur importance diminuer. Par ce minutieux réagencement, le Parlement a créé un régime de droit nouveau, duquel se dégage une intention claire : accorder une protection accrue à la confidentialité des sources journalistiques dans le cadre des rapports qu'entretiennent les journalistes avec ces sources. Si l'illustration la plus manifeste de cette intention réside dans le renversement du fardeau de la preuve prévu au par. 39.1(9) LPC, comme je l'explique plus loin, plusieurs autres modifications en témoignent également. Afin de saisir pleinement la portée du changement, un bref survol des deux régimes — l'ancien et le nouveau — s'impose.

(1) L'ancien régime de common law

[29] Suivant le régime créé par les arrêts *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, et *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, le fardeau de la preuve reposait sur les épaules du journaliste qui s'opposait à la divulgation de renseignements pouvant identifier une source. Celui-ci devait établir que les quatre volets du test de Wigmore étaient respectés : *National Post*, par. 50 et suiv.

[30] Voici comment les quatre volets du test de Wigmore étaient énoncés dans l'arrêt *National Post* :

Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée. Deuxièmement,

in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined . . . as “diligent[ly] . . . deliberately and consciously”). Finally, if all of these requirements are met, the court must consider whether in the instant case the public interest served by protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. [para. 53]

The first three criteria were essential. If any one of them was not met, the journalist’s objection was certain to fail. But if the first three criteria were all met, the court proceeded to the balancing exercise required by the fourth.

[31] The balancing exercise required by the final criterion was based on a non-exhaustive list of factors, including the nature and the seriousness of the offence under investigation, the importance of the issue to the proceeding, the status of the journalist in the proceeding (third party or party), the probative value of the evidence being sought, the importance of the journalist’s report for the public, and freedom of the press: *National Post*, at paras. 61 et seq.; *Globe and Mail*, at paras. 57 et seq.

(2) New Federal Statutory Scheme

[32] Although the new statutory scheme under s. 39.1 CEA is based on the former common law scheme, it differs from that scheme in significant ways, including a shifting of the burden of proof (s. 39.1(9)), and the adoption of new threshold requirements (the statutory definitions of “journalist” and “journalistic source” (s. 39.1(1))) and the criterion of reasonable necessity (s. 39.1(7)(a)). A few words are also in order on the new balancing exercise provided for in s. 39.1(7)(b) CEA, which is different from the one that was required before the enactment of the new legislation. I will begin by reviewing the new statutory scheme and its various components, after which I will conclude by summarizing the procedure to follow in applying s. 39.1 CEA.

le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adverbe qui évoque l’application constante et la persévérance [. . .] Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en soustrayant l’identité à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité. [par. 53]

Les trois premiers volets revêtaient un caractère essentiel. En effet, en l’absence de l’un ou l’autre d’entre eux, l’opposition du journaliste était vouée à l’échec. Si les trois premiers volets étaient réunis, le tribunal procédait à la mise en balance requise par le quatrième.

[31] La mise en balance commandée par le dernier volet s’effectuait à l’aide d’une liste non exhaustive de facteurs, dont la nature et la gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête, l’importance de la question pour l’instance, la qualité du journaliste dans le cadre de l’instance (comme tiers ou comme partie), la valeur probante de l’élément de preuve recherché, l’importance de la nouvelle journalistique pour le public et la liberté de la presse : *National Post*, par. 61 et suiv.; *Globe and Mail*, par. 57 et suiv.

(2) Le nouveau régime légal fédéral

[32] Bien qu’inspiré de l’ancien régime fondé sur la common law, le nouveau régime légal qui figure à l’art. 39.1 LPC présente des différences notables avec ce dernier, dont le renversement du fardeau de la preuve (par. 39.1(9)), l’adoption de nouvelles conditions préalables (soit les définitions légales de « journaliste » et de « source journalistique » (par. 39.1(1))) ainsi que l’état de nécessité raisonnable (al. 39.1(7)a)). Il convient également de dire quelques mots sur le nouvel exercice de pondération prévu à l’al. 39.1(7)b) LPC, qui s’écarte du test de mise en balance qui prévalait avant l’adoption de la nouvelle loi. Je vais d’abord faire un survol du nouveau régime légal et de ses différentes composantes, puis terminer en résumant la marche à suivre pour l’application de l’art. 39.1 LPC.

(a) *Burden of Proof*

[33] The common law scheme included an exceptional privilege against disclosure. Journalists claiming this privilege had to show that it applied on a case-by-case basis. There was thus a presumption in favour of disclosing the identity of a source that applied unless the journalist met the four criteria of the Wigmore test. Where the test under s. 39.1 CEA is concerned, on the other hand, the journalist's only burden is to prove that he or she is a "journalist", and his or her confidential source a "journalistic source", as defined in s. 39.1(1), and if the journalist discharges that burden, it is the other party — the one who seeks the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source — who must then prove that the conditions for judicial authorization of the disclosure are met.

[34] This shifting of the burden of proof is unquestionably the most important difference between the two schemes. If a journalist objects to the disclosure of information on the ground that it is likely to identify a confidential source, non-disclosure should be the starting point for the analysis. It is then up to the party seeking to obtain the information to rebut this presumption. Whereas the applicability of the journalist-source privilege was the exception in the former scheme, it has now become the rule. I note that this allocation of the burden of proof had already been considered in relation to the fourth criterion of the Wigmore test before ultimately being rejected by this Court: see *Globe and Mail*, at para. 24. I also note that the court now has the power to raise on its own initiative the issue of the disclosure, or non-disclosure, of information that is likely to identify a source: s. 39.1(4) CEA. These are two significant differences that illustrate the paradigm shift that has resulted from the enactment of s. 39.1 CEA.

[35] It is not unreasonable to consider that an inadequate protection of sources could contribute to their drying up. Their confidentiality must be protected in order to encourage their contributions and thereby

a) *Le fardeau de la preuve*

[33] Le régime de common law prévoyait un privilège de non-divulgence exceptionnel, dont l'applicabilité devait être démontrée au cas par cas par le journaliste qui le revendique. Il s'agissait donc d'une présomption en faveur de la divulgation de l'identité d'une source, à moins que le journaliste ne parvienne à satisfaire aux quatre volets du test de Wigmore. Par contraste, suivant l'analyse prescrite par l'art. 39.1 LPC, le journaliste a pour seul fardeau d'établir qu'il est un « journaliste » et sa source confidentielle, une « source journalistique », au sens du par. 39.1(1), et, s'il y parvient, il incombe alors à l'autre partie — celle qui souhaite la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique — de faire la preuve des conditions requises pour que le tribunal autorise la divulgation.

[34] Ce renversement du fardeau de la preuve est sans contredit la différence la plus importante entre les deux régimes. Si un journaliste s'oppose à la divulgation d'une information au motif qu'elle est susceptible d'identifier une source confidentielle, la non-divulgence devrait marquer le point de départ de l'analyse. Le fardeau de renverser cette présomption revient à la partie cherchant à obtenir l'information. Alors que sous l'ancien régime, l'applicabilité du privilège journalistique constituait l'exception, elle est maintenant devenue la règle. Je note que cette répartition du fardeau de la preuve avait déjà été envisagée relativement au quatrième volet du test de Wigmore, mais avait ultimement été rejetée par notre Cour : voir *Globe and Mail*, par. 24. Je note également que le tribunal dispose maintenant du pouvoir de soulever d'office la question de la communication, ou de la non-divulgence, d'informations susceptibles d'identifier une source : par. 39.1(4) LPC. Il s'agit de deux différences appréciables qui illustrent le changement de paradigme qu'a entraîné l'édiction de l'art. 39.1 LPC.

[35] Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'une protection inadéquate des sources pourrait contribuer à leur tarissement. La protection de leur confidentialité constitue un aspect nécessaire pour

favour the existence of strong and effective investigative journalism.

(b) *Threshold Requirements: Statutory Definitions and Reasonable Necessity*

(i) Statutory Definitions

[36] Parliament took a step that the Court had not taken in its decisions (*National Post*, at paras. 42 et seq.) in choosing to formally define the concepts of “journalist” and “journalistic source”:

39.1 (1) The following definitions apply in this section.

...

journalist means a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person.

journalistic source means a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist’s undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source.

Having the status of a “journalist” and a “journalistic source” within the meaning of the CEA is a threshold requirement for the application of the new scheme. Section 39.1(3) specifies that the word “journalist” includes “an individual who was a journalist when information that identifies or is likely to identify the journalistic source was transmitted to that individual”.

[37] These definitions overlap the first three criteria of the Wigmore test, whose role was essentially to determine whether the relationship at issue could correctly be characterized as being “journalistic”. The third criterion, that of the existence of a relationship that was “sedulously fostered”, was based on the premise that the maintenance of constant relationships between “journalist[s]” and “journalistic

susciter leur contribution et ainsi favoriser l’existence d’un journalisme d’enquête fort et efficace.

b) *Les conditions préalables : définitions légales et état de nécessité raisonnable*

(i) Les définitions légales

[36] Franchissant un pas que la Cour n’avait pas franchi dans sa jurisprudence (*National Post*, par. 42 et suiv.), le Parlement a fait le choix de définir formellement les concepts de « journaliste » et de « source journalistique » :

39.1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

...

journaliste Personne dont l’occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d’informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne.

source journalistique Source qui transmet confidentiellement de l’information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l’identité de la source, dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source.

Le statut de « journaliste » et de « source journalistique » au sens de la LPC est une condition préalable à l’application du nouveau régime. Le paragraphe 39.1(3) précise que le terme « journaliste » comprend « la personne qui était journaliste au moment où un renseignement identifiant ou susceptible d’identifier la source journalistique lui a été transmis ».

[37] Ces définitions recoupent les trois premiers éléments du test de Wigmore, lesquels visaient essentiellement à déterminer si la relation en cause pouvait à bon droit être qualifiée de « journalistique ». Le troisième de ces éléments, soit l’existence de rapports « entretenus assidûment », repose sur la prémisse selon laquelle le maintien de rapports assidus entre « journaliste » et « source journalistique » est

source[s]” is generally in the public interest. That being said, as we will see below, this premise does not bar a court, in the course of the balancing exercise, from assessing the importance of this relationship in the context of the actual facts of a specific case, especially where a clear attempt has been made to divert journalism from its legitimate purposes.

[38] At first blush, the definitions of “journalist” and “journalistic source” in the CEA limit the spectrum of persons who can claim the privilege against disclosure. I would stress that nothing in these reasons should be regarded as deciding the question — which, moreover, is not before the Court — whether participants in a public debate who do not fall within the scope of these definitions can nonetheless invoke the common law scheme on this point on a residual basis. This question is beyond the scope of this appeal, and I will therefore not answer it.

(ii) Reasonable Necessity

[39] Once it has been shown that the journalist and his or her journalistic source fall within the statutory definitions of those terms set out in s. 39.1(1) and (3) CEA, another threshold requirement for the court’s balancing exercise must be met: that of reasonable necessity (s. 39.1(7)(a) CEA). An applicant who wishes to obtain the disclosure of information or of a document must establish that the information or document “cannot be produced in evidence by any other reasonable means”.

[40] This criterion based on reasonable necessity existed in the former common law scheme in the context both of search warrants targeting the media (*Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, at pp. 431-32; *Vice Media*, at para. 16) and of the Wigmore test, of which it was one of the relevant factors (*National Post*, at paras. 66-67). Moreover, the idea that particular importance should be attached to this criterion, indeed that it should be an essential condition for the disclosure of confidential information, was expressed in two dissents: *Lessard*, at p. 455, per McLachlin J. (as she then was); see also *National Post*, at paras. 147-49, per

généralement dans l’intérêt public. Cela dit, comme nous le verrons plus loin, ce postulat n’empêche point le tribunal d’apprécier, dans le cadre de l’exercice de pondération, l’importance de ces rapports au regard des faits concrets d’une affaire donnée, notamment dans les cas clairs de tentative de détournement du journalisme de ses fins légitimes.

[38] Les définitions de « journaliste » et de « source journalistique » prévues dans la LPC restreignent à première vue le continuum des personnes pouvant revendiquer le privilège de non-divulgaration. Je souligne que rien dans les présents motifs ne doit être considéré comme ayant pour effet de trancher la question — dont la Cour n’est d’ailleurs pas saisie — de savoir si les participants au débat public qui n’entrent pas dans le champ d’application de ces définitions peuvent néanmoins invoquer, à titre résiduel, le régime de common law sur ce point. Cette question déborde du cadre du présent pourvoi, et je m’abstiendrai en conséquence d’y répondre.

(ii) L’état de nécessité raisonnable

[39] Une fois qu’il a été démontré que le journaliste et sa source journalistique sont visés par les définitions légales de ces termes énoncées aux par. 39.1(1) et (3) LPC, une autre condition préalable à l’exercice de pondération par le tribunal doit être respectée, soit l’existence d’un état de nécessité raisonnable : al. 39.1(7)a) LPC. Il s’agit pour le demandeur qui souhaite obtenir la divulgation d’un renseignement ou d’un document d’établir que ce renseignement ou document « ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable ».

[40] Ce critère fondé sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable faisait partie de l’ancien régime de common law, tant en matière de mandats de perquisition visant les médias (*Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 431-432; *Média Vice*, par. 16), que dans le contexte du test de Wigmore, où il figurait parmi les facteurs pertinents (*National Post*, par. 66-67). L’idée que ce critère devait occuper une place de choix, voire constituer une condition *sine qua non* de la divulgation de renseignements confidentiels, avait également été évoquée dans deux opinions dissidentes : *Lessard*, p. 455, la juge McLachlin (plus tard juge en

Abella J. These dissenting reasons seem to have been a source of inspiration for the reasons in *Globe and Mail*, in which the Court held that, although reasonable necessity was not explicitly found to be determinative, a court must determine whether the information is available by any other means. It is thus only as a last resort that a court should “[r]equir[e] a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source”: *Globe and Mail*, at paras. 62-63. The fact that the reasonable necessity criterion is provided for in s. 39.1(7)(a) CEA means that it is now a threshold requirement. If the applicant meets this requirement, the court will turn to the core of the analysis required by the new statutory scheme: the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA.

(c) *Balancing Exercise*

[41] The court proceeds to this balancing exercise only after the conditions with respect to the statutory definitions and to the need for the journalist’s participation in order for the information to be obtained are met. Section 39.1(7)(b) CEA, which is in fact the heart of the new statutory scheme, requires that the court decide whether “the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source” in question. The court must take account of the following criteria, among others: (i) “the importance of the information . . . to a central issue in the proceeding” before it; (ii) “freedom of the press”; and (iii) “the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist”. In the balancing exercise, the disclosure must be considered in light of the actual circumstances, taking into account, among other things, the conditions that might accompany it: s. 39.1(8) CEA. I will now consider the meaning of these various criteria.

(i) Importance of the Information to a Central Issue in the Proceeding

[42] In the courts below, the parties presented arguments on the meaning to be given to the word

chef du Canada); voir aussi *National Post*, par. 147-149, la juge Abella. Ces opinions semblent avoir inspiré les motifs exposés dans l’arrêt *Globe and Mail*. Dans cette affaire, la Cour a décidé que bien que l’état de nécessité raisonnable ne se soit pas vu reconnaître formellement un caractère déterminant, il est nécessaire que les tribunaux vérifient si les renseignements peuvent être connus par d’autres moyens. Ainsi, ce n’est qu’en dernier recours que les tribunaux doivent « contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source » : *Globe and Mail*, par. 62-63. Du fait de son inscription à l’al. 39.1(7)a LPC, le critère de l’état de nécessité raisonnable est désormais une condition essentielle. Si le requérant parvient à satisfaire à cette condition préalable, le tribunal passe au cœur de l’analyse prescrite par le nouveau régime légal : la mise en balance requise à l’al. 39.1(7)b) LPC.

c) *L’exercice de mise en balance*

[41] Le tribunal procède à cette mise en balance uniquement après que les conditions relatives aux définitions légales et à la nécessité de la participation du journaliste en vue de l’obtention du renseignement recherché sont respectées. Aux termes de l’al. 39.1(7)b) LPC, qui constitue en effet le cœur du nouveau régime légal, le tribunal doit alors décider si « l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique » en cause. Le tribunal doit tenir compte, notamment, des critères suivants : (i) « l’importance du renseignement [. . .] à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance » en l’espèce; (ii) « la liberté de la presse »; et (iii) les « conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste ». Dans le cadre de l’exercice de mise en balance, la divulgation doit être considérée dans le concret, en tenant compte notamment des conditions qui pourront être assorties à la divulgation : par. 39.1(8) LPC. Examinons maintenant ce que signifient ces divers critères.

(i) L’importance de l’information à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance

[42] Devant les juridictions inférieures, les parties ont débattu du sens à donner au terme « instance »

“proceeding” in s. 39.1(7)(b)(i) CEA. Ms. Denis proposed a broad definition to the effect that the word “proceeding” means the whole of the criminal trial of Mr. Côté and his co-accused, while Mr. Côté replied that this word should instead be interpreted narrowly and that, in this case, the “proceeding” is solely his motion for a stay of proceedings. The Court of Québec and Superior Court judges both agreed with Mr. Côté on this point, and in my opinion, that is the right conclusion.

[43] First of all, I note that it was in the context of his motion for a stay of proceedings that Mr. Côté subpoenaed Ms. Denis. Mr. Côté’s motion is a proceeding that could put an end to the prosecution and prevent a trial from going forward. Furthermore, that motion is based on the “residual” category described in *Babos*, a category that requires evidence of state conduct that risks undermining the integrity of the justice system (a criterion that corresponds to the “public interest in the administration of justice” aspect of the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA). These factors suggest that the “proceeding” (s. 39.1(7)(b)(i) CEA) at issue in this case is Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings. The importance of the information being sought must therefore be assessed in light of the central issues raised in that motion rather than in terms of those of Mr. Côté’s criminal trial as a whole.

[44] Section 39.1(7)(b)(i) CEA introduces two elements: “the importance of the information or document” being sought and “a central issue in the proceeding”. I find that it will be helpful to consider these two elements and their interplay. Where a court must apply this provision, I would suggest that it proceed in stages. It must first be determined whether the issue for which a party seeks to obtain privileged journalistic information is a central issue. The requirement is not that it be “the” central issue in the proceeding, but merely that it be “a” central issue as indicated in the French version of s. 39.1(7)(b)(i) CEA: “. . . *une question essentielle dans le cadre de l’instance*”. Thus, a peripheral issue or one whose consequences for the proceeding are limited would not favour disclosure. Once it has

figurant au sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC. Madame Denis a préconisé une définition large de ce terme, où « l’instance » s’entendrait de l’ensemble du procès criminel de M. Côté et de ses coaccusés, alors que M. Côté a répliqué que ce terme devait plutôt recevoir une interprétation étroite et qu’en l’espèce « l’instance » désigne uniquement sa requête en arrêt des procédures. Les deux premiers juges ont donné raison à M. Côté sur ce point, et j’estime qu’il s’agit de la bonne conclusion.

[43] Il convient d’abord de rappeler que c’est dans le cadre de sa requête en arrêt des procédures que M. Côté a assigné M^{me} Denis à témoigner. Il s’agit d’une procédure susceptible de mettre fin aux poursuites et d’écarter la tenue d’un procès. De plus, cette requête est basée sur la catégorie « résiduelle » décrite dans l’arrêt *Babos*, catégorie requérant la preuve d’une conduite étatique qui risque de miner l’intégrité du système de justice (critère correspondant au facteur de « l’intérêt public dans l’administration de la justice », dans le cadre de la mise en balance requise à l’al. 39.1(7)(b) LPC). Voilà autant de considérations qui tendent à indiquer que « l’instance » (sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC) en cause dans la présente affaire est la requête en arrêt des procédures de M. Côté. L’importance des renseignements recherchés est donc évaluée au regard des questions essentielles que soulève cette requête, plutôt qu’à l’aune de celles visées par le procès criminel de M. Côté dans son ensemble.

[44] Le sous-alinéa 39.1(7)(b)(i) LPC introduit deux éléments, soit « l’importance du renseignement ou du document » recherché et « une question essentielle dans le cadre de l’instance ». J’estime utile d’examiner ces deux éléments et leur interaction. Lorsqu’un tribunal est appelé à appliquer cette disposition, je suggère de procéder par étapes. D’abord, on doit identifier si la question en litige pour laquelle une partie demande des informations journalistiques privilégiées est une question essentielle. La question en litige n’a pas besoin d’être « la » question essentielle de l’instance, mais bien « une » simple question essentielle, comme il est indiqué dans la version anglaise du sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC : « . . . *a central issue in the proceeding* ». Ainsi, une question périphérique ou une question dont l’issue a peu de

been determined that the issue is central to the proceeding, the importance of the information to that issue must then be considered. The more crucial the information being sought is to the resolution of a “central issue” in the proceeding, the more it can be characterized as important and the more the disclosure will be justified. By contrast, information that is quite simply not relevant cannot be characterized as important.

(ii) Freedom of the Press

[45] There is no doubt that the role of the media in our country is unique. By investigating, questioning, criticizing and publishing important information, the media contribute to the existence and maintenance of a free and democratic society. The work of journalists requires accountability for decisions and activities not only from public institutions such as courts (see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326) and governments (see *Globe and Mail*) — thus helping to “fill what has been described as a democratic deficit in the transparency and accountability” of such institutions (*National Post*, at para. 55) — but also from private sector entities (see *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640). By contributing to the free flow of information, journalists also help to ensure “[p]roductive debate” on questions of public interest: *Grant*, at para. 52.

[46] Freedom of the press encompasses the ability of the media to gather information, maintain confidential relationships with journalistic sources and produce and publish news without fear of obstacles to their activities. This Court’s decisions with respect to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* also confirm the principle that freedom of expression, which includes freedom of the press, protects both those who express ideas and opinions and those who read or hear them: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767; *Edmonton Journal*, at p. 1339; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1006, per McIntyre J., dissenting, but not on this point; *National Post*, at para. 28.

conséquences sur l’instance ne milite pas en faveur de la divulgation. Une fois que le caractère essentiel a été déterminé, il faut évaluer l’importance du renseignement par rapport à ladite question. Plus le renseignement recherché est crucial pour résoudre une « question essentielle » de l’instance, plus celui-ci peut être qualifié d’important et plus la divulgation est justifiée. Au contraire, un renseignement recherché qui n’est tout simplement pas pertinent ne peut être qualifié d’important.

(ii) La liberté de la presse

[45] Il ne fait aucun doute que les médias jouent un rôle unique dans notre pays. En enquêtant, en questionnant, en critiquant et en diffusant des informations d’importance, ils contribuent à l’existence et au maintien d’une société libre et démocratique. Le journalisme oblige à rendre compte de leurs décisions et activités non seulement les institutions publiques tels les tribunaux (voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326) et les gouvernements (voir *Globe and Mail*) — œuvrant ainsi à « combler ce qui a été décrit comme un déficit démocratique dans la transparence et l’obligation redditionnelle » de ces institutions (*National Post*, par. 55) —, mais également les acteurs privés (voir *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640). En contribuant à la libre circulation de l’information, le journalisme permet aussi d’assurer un « débat productif » sur les questions d’intérêt public : *Grant*, par. 52.

[46] La liberté de la presse englobe la capacité des médias de recueillir de l’information, d’entretenir des relations confidentielles avec des sources journalistiques et de produire et diffuser des nouvelles, le tout sans crainte d’entrave à leurs activités. La jurisprudence de notre Cour relative à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre de plus le principe suivant lequel la liberté d’expression, ce qui inclut la liberté de la presse, protège autant celui qui exprime des idées et des opinions, que ceux qui en prennent connaissance : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767; *Edmonton Journal*, p. 1339; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 1006, le juge McIntyre, dissident mais pas sur ce point; *National Post*, par. 28.

[47] In light of these founding values, it is easy to understand why mobilizing a journalist against his or her source is incompatible with freedom of the press. Without whistleblowers and other anonymous sources, it would be very difficult for journalists to perform their important mission. As this Court has rightly pointed out, many important controversies have been unearthed only with the help of sources who would not agree to speak other than on condition of confidentiality: *National Post*, at para. 28. This is why Parliament, fully aware of the possible consequences of disclosure orders both at the individual and the collective levels, clearly recognized by enacting the JSPA, and in particular by adding s. 39.1 to the CEA, that it was in the public interest to provide robust statutory protection to such confidential sources of information. It can in fact be said that without such protection, the public's very right to information would be jeopardized.

[48] It is thus clear that the freedom of the press criterion will quite often weigh against disclosure of the journalistic source's identity. This does not mean, however, that it is entirely inflexible and therefore of little assistance. In fact, given that s. 39.1 CEA is likely to apply in many different circumstances, this criterion will help the court identify news reports that relate fundamentally to the public's right to be informed because, for instance, they are central to the democratic experience of a free society.

[49] For example, it could happen that what motivated the journalistic source to disclose the information seems contrary to the public interest, in which case the court would be justified in paying closer attention to this factor in the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA. Great caution must of course always be exercised in such a case, given that the court asked to rule on such a question does not have the whole picture. That being said, it is possible that an applicant who seeks the disclosure of a journalistic source's identity will submit evidence capable of convincing the court that the source's purpose is contrary to the public interest. One such situation

[47] Au regard de ces valeurs fondatrices, il est aisé de comprendre pourquoi le fait de mobiliser un journaliste contre sa source est en porte-à-faux avec la liberté de la presse. Sans les lanceurs d'alertes et autres sources anonymes, il serait bien difficile pour les journalistes de s'acquitter de leur importante mission. Comme l'a rappelé à juste titre notre Cour, bon nombre de controverses importantes ont été mises au jour uniquement grâce à des sources qui n'ont accepté de parler que sous promesse de confidentialité : *National Post*, par. 28. Voilà pourquoi, pleinement conscient des conséquences potentielles des ordonnances de divulgation, tant sur le plan individuel que collectif, le Parlement a clairement reconnu, par l'adoption de la LPSJ, et surtout par l'ajout de l'art. 39.1 à la LPC, qu'il était dans l'intérêt public d'accorder à ces sources d'information confidentielles une robuste protection légale. En effet, il est possible d'affirmer que, en l'absence d'une telle protection, c'est le droit même du public à l'information qui est mis en péril.

[48] En conséquence, il est évident que le critère de la liberté de la presse militera bien souvent à l'encontre du dévoilement de l'identité de la source journalistique. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est totalement dénué de souplesse et en conséquence peu utile. En effet, étant donné que l'art. 39.1 LPC est susceptible de s'appliquer dans une multitude de circonstances, ce critère aide le tribunal à identifier les nouvelles qui relèvent fondamentalement du droit du public à l'information, par exemple parce qu'elles sont au cœur de l'expérience démocratique d'une société libre.

[49] À titre d'exemple, il pourrait arriver que le mobile pour lequel la source journalistique communique l'information paraisse contraire à l'intérêt public, auquel cas le tribunal serait justifié de se pencher sur ce facteur de façon plus particulière dans l'exercice de pondération visé par l'al. 39.1(7)(b) LPC. Une grande prudence sera évidemment toujours de mise dans un tel cas, vu le portrait partiel dont dispose le tribunal appelé à se prononcer sur une telle question. Cela dit, il demeure possible que le requérant souhaitant obtenir la divulgation de l'identité d'une source journalistique soumette une preuve propre à convaincre le tribunal que la source poursuit

might involve the communication of information the source knows to be deliberately false for the purpose of hindering the orderly progress of public business. In such a case, freedom of the press would in the end not have the same weight in the balancing exercise, because upholding that freedom would then be incompatible with the very interests it is intended to protect.

(iii) Impact of Disclosure on the Journalistic Source and on the Journalist

[50] Assessing the impact of disclosure on the journalistic source and on the journalist will be particularly challenging. Parliament made a conscious choice to impose on the applicant (i.e. the person who wishes to obtain the source's identity) the burden of proving that the impact of disclosure will be minimal or insignificant. This choice clearly reflects the fact that disclosing information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source will generally have an adverse impact on the source as well as on the journalist. The risk of such an impact is the very reason for the anonymity of journalistic sources, and the purpose of protecting their confidentiality is to ensure that the fear of legal or social sanctions will not deter them from making situations known where such knowledge would be in the public interest.

[51] Where a journalist objects to the disclosure of information that identifies or is likely to identify a journalistic source, the court will take into account the impact of the disclosure on the source and on the journalist in light of, among other things, the parties' submissions on the context of the case and the nature of the information being sought. Although, as I mentioned in the preceding paragraph, the burden of proof is on the party seeking to obtain the information in question, it goes without saying that the journalist can substantiate his or her objection to the extent that it is possible to do so without thereby compromising the source's anonymity that the objection is in fact intended to protect. It is possible to imagine various scenarios on a graduated scale of degrees of impact on the journalistic source. The impact could take the

une fin contraire à l'intérêt public. Un exemple d'une telle situation pourrait être la communication d'informations que l'on sait être délibérément fausses en vue de nuire au déroulement ordonné des affaires publiques. Au final, dans un tel cas, la liberté de la presse n'aurait pas le même poids dans le cadre de l'exercice de pondération, puisque le respect de cette liberté irait alors à l'encontre des intérêts mêmes qu'elle vise à protéger.

(iii) Les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et sur le journaliste

[50] L'appréciation des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et sur le journaliste pose un défi particulier. La décision du Parlement d'imposer au requérant (c.-à-d. à celui qui souhaite obtenir l'identité de la source) le fardeau de démontrer que les conséquences de la divulgation sont minimales ou négligeables découle d'un choix réfléchi. Ce choix reconnaît clairement le fait que, en règle générale, la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique emporte des conséquences négatives sur celle-ci ainsi que sur le journaliste. Le risque de telles conséquences est la raison même de l'anonymat des sources journalistiques, et la protection de leur confidentialité vise à faire en sorte que la crainte de sanctions légales ou sociales ne les dissuade pas de dénoncer des situations qu'il est dans l'intérêt du public de connaître.

[51] En cas d'opposition par un journaliste à la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique, le tribunal tient compte des conséquences de la divulgation sur cette source et sur le journaliste, à la lumière notamment des observations des parties sur le contexte de l'affaire et la nature des renseignements recherchés. Bien que, comme je l'ai indiqué au paragraphe précédent, le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande les renseignements en question, il va de soi que le journaliste pourra étayer son opposition, et ce, dans la mesure où il lui est possible de le faire sans compromettre, ce faisant, l'anonymat de sa source, qu'il s'efforce justement de protéger par son opposition. Il est possible d'imaginer divers scénarios, suivant une gradation ascendante

form of relatively minor personal or professional inconveniences (unwanted publicity, being sidelined at work), of more serious professional and therefore financial consequences (dismissal), of judicial proceedings, and even of violent reprisals.

(iv) Possible Additional Criteria

[52] It should be noted that the list of criteria that are relevant to the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA is not exhaustive, as is expressly indicated by the words “among other things” that are used in that provision. The court is therefore not barred from taking other factors into account, such as certain of the considerations that were formerly applied in relation to the fourth criterion of the Wigmore test. The case law from before the enactment of s. 39.1 CEA remains relevant, although the application of such additional considerations must not have the effect of eclipsing the ones explicitly retained by Parliament. Moreover, it is clear that the required balancing exercise is not a purely mathematical operation and that the weights of the statutory criteria — importance of the information being sought to a central issue in the proceeding, freedom of the press and impact of disclosure on the journalistic source and the journalist — will be assessed on a continuum of varying situations.

[53] Finally, when the court weighs the public interest in the administration of justice against the public interest in preserving the confidentiality of a journalistic source, it must bear in mind that disclosing information that identifies or is likely to identify such a source is an appropriate remedy only where the advantages of doing so outweigh the disadvantages. If the court decides in favour of disclosure, it should, so far as possible, keep the disadvantages of its decision to a strict minimum by accompanying the authorized disclosure with any conditions that are appropriate in the circumstances (s. 39.1(8) CEA), and in particular by limiting the scope of the disclosure.

des conséquences sur la source journalistique. Les conséquences peuvent en effet prendre la forme d’inconvénients d’ordre personnel ou professionnel relativement peu graves (publicité non souhaitée, mise sur la touche au travail), de répercussions plus sérieuses professionnellement (congédiement) et de ce fait financièrement, de poursuites judiciaires et même de représailles violentes.

(iv) Les critères additionnels possibles

[52] Rappelons que la liste des considérations pertinentes dans le cadre de la mise en balance requise par l’al. 39.1(7)b) LPC n’est pas exhaustive, comme l’indique expressément le mot « notamment » figurant dans cette disposition. Rien n’empêche donc le tribunal de considérer d’autres facteurs, par exemple certains des critères qui étaient appliqués auparavant au quatrième volet du test de Wigmore. La jurisprudence élaborée avant l’adoption de l’art. 39.1 LPC demeure pertinente. Cependant, le recours à de tels critères additionnels ne doit pas avoir pour effet d’éclipser ceux explicitement retenus par le Parlement. Par ailleurs, il est évident que la mise en balance requise ne constitue pas une opération purement mathématique et que le poids des critères légaux — à savoir l’importance du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance, la liberté de la presse et les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste — s’appréciera sur un continuum de situations variées.

[53] Enfin, lorsqu’il soupèse l’intérêt public dans l’administration de la justice et l’intérêt public à préserver la confidentialité d’une source journalistique, le tribunal doit garder à l’esprit que la divulgation des renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une telle source constitue un remède approprié uniquement dans les cas où les avantages qu’elle présente dépassent ses inconvénients. Si le tribunal décide en faveur de la divulgation, les inconvénients d’une telle décision devraient, autant que faire se peut, être réduits au strict minimum en assortissant la divulgation autorisée des conditions indiquées dans les circonstances (par. 39.1(8) LPC), notamment en limitant l’étendue de la divulgation.

(d) *Summary of the Steps to Take in Applying Section 39.1 CEA*

[54] As I mentioned above, although s. 39.1 CEA is based on several elements of the former common law scheme, the scheme it establishes is new law. Under the new scheme, enhanced protection is afforded to the anonymity of journalistic sources, and the party seeking the disclosure of information that identifies or is likely to identify such a source bears the burden of proof in this regard. If it has been shown that the case concerns a “journalist” and a “journalistic source” as defined in s. 39.1(1) and (3) CEA, the court may not authorize the disclosure of such information unless the party seeking its disclosure shows that the condition based on reasonable necessity (s. 39.1(7)(a) CEA) is met and that the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA weighs in favour of disclosure. I will now summarize the steps to take in applying these provisions.

(i) Threshold Requirements1. *Application of the Definitions of “Journalist” and “Journalistic Source”*

[55] The person objecting to the disclosure must show that he or she is a “journalist” as defined in s. 39.1(1) CEA (or a former journalist to whom s. 39.1(3) CEA applies) and that the source is a “journalistic source” as defined in s. 39.1(1) CEA.

2. *Reasonable Necessity*

[56] The party seeking the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that the disclosure is reasonably necessary, that is, that the information being sought (i.e. the source’s identity) “cannot be produced in evidence by any other reasonable means”: s. 39.1(7)(a) CEA. If this is not shown, the case is closed, and the application for disclosure will be dismissed.

d) *Résumé de la démarche applicable à l’égard de l’art. 39.1 LPC*

[54] Comme je l’ai indiqué plus tôt, bien qu’inspiré de plusieurs éléments de l’ancien régime de common law, l’art. 39.1 LPC instaure un régime de droit nouveau. Celui-ci confère une protection accrue à l’anonymat des sources journalistiques et impose à la partie qui demande la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une telle source le fardeau de la preuve à cet égard. En effet, lorsqu’il a été démontré que l’affaire concerne un « journaliste » et une « source journalistique » au sens des définitions énoncées aux par. 39.1(1) et (3) LPC, le tribunal ne peut autoriser la divulgation de tels renseignements que si la partie qui en demande la divulgation démontre que la condition fondée sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable (al. 39.1(7)a) LPC est remplie et que la mise en balance requise par l’al. 39.1(7)b) LPC milite en faveur de la divulgation. Voici un résumé de la démarche à suivre pour l’application de ces dispositions.

(i) Les conditions préalables1. *Respect des définitions de « journaliste » et de « source journalistique »*

[55] La personne qui s’oppose à la divulgation doit démontrer qu’elle est un « journaliste » au sens du par. 39.1(1) LPC (ou un ancien journaliste visé au par. 39.1(3) LPC), et que sa source est une « source journalistique » au sens du par. 39.1(1) LPC.

2. *L’état de nécessité raisonnable*

[56] La partie qui demande la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer l’existence d’un état de nécessité raisonnable, à savoir que le renseignement recherché (c.-à-d. l’identité de la source) « ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable » : al. 39.1(7)a) LPC. Si elle ne parvient pas à faire cette démonstration, cela met fin aux débats et la demande de divulgation est rejetée.

(ii) Balancing Exercise

[57] If the party seeking the disclosure of information meets the requirement of reasonable necessity set out in s. 39.1(7)(a) CEA, he or she must then convince the court, in accordance with s. 39.1(7)(b), that “the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source”. This balancing exercise requires considering, on the one hand, the importance of the document or information being sought to a central issue in the proceeding and, on the other hand, the impact on freedom of the press and on the journalist and the source. To be successful, a party must convince the court that the document or information at issue is so important that this balancing exercise weighs in favour of disclosure.

V. Appropriate Order in This Case

[58] The Crown’s change of position has no impact where the Court of Appeal’s decision on the jurisdiction issue is concerned. This issue is resolved in Mr. Côté’s favour, and Ms. Denis’s appeal against the Court of Appeal’s decision is dismissed.

[59] As for the Superior Court’s decision on the merits, this Court notes the Crown’s abandonment of its original position with respect to Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings and, by extension, of its position with respect to the application of s. 39.1 CEA: see affidavit in support of the Crown’s first motion to adjourn, at para. 22.

[60] In the courts below, the Crown claimed that the leaks had come from people at low levels of the government hierarchy who wanted to cause harm to the government and that, as a result, the information being sought by having Ms. Denis testify was of no consequence given that the motion was therefore certain to fail. It now maintains that the disclosure of new information alters the factual matrix as presented in the courts below. It stated in the factum it

(ii) L’exercice de mise en balance

[57] Si la partie sollicitant la divulgation des renseignements satisfait à la condition de l’état de nécessité raisonnable fixée à l’al. 39.1(7)a LPC, elle doit alors convaincre le tribunal, conformément à l’al. 39.1(7)b), que « l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique ». Il s’agit d’un exercice de pondération prenant en compte d’un côté l’importance du document ou du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle de l’instance et de l’autre les impacts sur la liberté de la presse et les conséquences sur le journaliste et la source. Pour réussir, une partie doit convaincre le tribunal que l’importance du document ou du renseignement dans un cas donné est telle que cette mise en balance milite en faveur de la divulgation.

V. Ordonnance appropriée en l’espèce

[58] Le changement de position du ministère public n’a pas d’incidence sur la décision de la Cour d’appel concernant la question de la compétence. Cette question est tranchée en faveur de M. Côté, et le pourvoi formé par M^{me} Denis à l’encontre de la décision de la Cour d’appel est rejeté.

[59] Pour ce qui est de la décision sur le fond rendue par la Cour supérieure, la Cour note la répudiation par le ministère public de sa position initiale relativement à la requête en arrêt des procédures de M. Côté et, par extension, de celle qu’il défendait relativement à l’application de l’art. 39.1 LPC : voir l’affidavit au soutien de la première requête en ajournement déposée par le ministère public, par. 22.

[60] Devant les juridictions inférieures, le ministère public prétendait que les fuites étaient le fait d’individus de rang peu élevé dans la hiérarchie étatique et cherchant à nuire à l’État, et que, de ce fait, le renseignement qu’on souhaitait obtenir en faisant témoigner M^{me} Denis était sans importance puisque la requête était dès lors vouée à l’échec. Il soutient désormais que la communication de renseignements nouveaux est de nature à modifier le cadre factuel

filed in this Court that the investigation begun by the Ministère de la Sécurité publique in October 2018 [TRANSLATION] “is still under way [and that that investigation] is producing results that are directly relevant to the *Babos* motion brought by the respondent”: Crown’s factum (“CF”), at para. 16. The Crown added that these results “are liable to shed relevant light on . . . the availability of other reasonable means to produce the information in evidence”: CF, at para. 17; see also para. 20. This change of position by the Crown thus precludes appellate review of the Superior Court’s decision on the merits.

[61] The case must be remanded to the application judge pending completion of the investigation into the media leaks in order to safeguard the parties’ rights. It is possible, as the Crown suggests, that after the case is remanded to the court of original jurisdiction, Mr. Côté will be in a position to examine new witnesses (other than Ms. Denis) and add evidence in support of his *Babos* motion. His application to examine Ms. Denis would thus become [TRANSLATION] “moot” (CF, at para. 22), as it would not meet the necessity criterion under s. 39.1(7)(a), and the rights of all the parties would then be safeguarded. As LeBel J. noted in *Globe and Mail*, “[r]equiring a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source should be done only as a last resort”: para. 63.

[62] The Crown has undertaken to communicate to the parties, [TRANSLATION] “as soon as possible”, a “substantial portion of the results of the investigation” into the media leaks: CF, at para. 22. It goes without saying that the existence of other procedures — such as an eventual application for disclosure of this evidence — and the Crown’s obligation to justify delays in excess of the ceiling established in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, are serious inducements to communicate those results as soon as possible.

[63] Remanding the case to the application judge means that the parties must be restored to the

tel que présenté devant les juridictions inférieures. En effet, il a affirmé dans le mémoire qu’il a déposé devant notre Cour que l’enquête déclenchée en octobre 2018 par le ministère de la Sécurité publique « se poursuit toujours [et] produit des fruits directement pertinent[s] à la requête de type *Babos* présentée par l’intimé » : mémoire du ministère public (« MMP »), par. 16. Il a ajouté que ces fruits « sont de nature à apporter un éclairage pertinent sur [. . .] la disponibilité d’autres moyens raisonnables pour mettre en preuve le renseignement » : MMP, par. 17; voir aussi par. 20. Ce changement de position du ministère public fait donc obstacle à l’examen en appel de la décision de la Cour supérieure sur le fond.

[61] Le renvoi de l’affaire devant le juge de première instance en attendant la fin de l’enquête sur les fuites médiatiques est nécessaire pour s’assurer que les droits des parties sont sauvegardés. En effet, à la suite du renvoi de l’affaire en première instance, il est possible, comme le mentionne le ministère public, que M. Côté soit à même d’interroger de nouveaux témoins (autres que M^{me} Denis) et d’ajouter à la preuve étayant sa requête de type *Babos*. Ainsi, la demande de celui-ci en vue d’interroger M^{me} Denis deviendrait « caduque » (MMP, par. 22), puisqu’elle ne satisferait pas au critère de nécessité prévu à l’al. 39.1(7)a), et les droits de toutes les parties s’en trouveraient alors sauvegardés. Comme l’a souligné le juge LeBel dans l’arrêt *Globe and Mail*, « [l]es tribunaux ne devraient contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source qu’en dernier recours » : par. 63.

[62] Le ministère public s’est engagé à communiquer « dès que possible » aux parties une « part significative des fruits de l’enquête » sur les fuites médiatiques : MMP, par. 22. Il va de soi que l’existence d’autres recours tel le dépôt éventuel d’une demande de communication de cette preuve, ainsi que l’obligation qu’a le ministère public de justifier les délais dépassant le plafond établi dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, constituent de sérieux incitatifs à procéder à cette communication dans les meilleurs délais.

[63] En raison du renvoi de l’affaire devant le juge de première instance, il est nécessaire de remettre les

positions they were in before the decisions of the courts below. The Superior Court's order authorizing the disclosure of information must therefore be set aside. The application judge must review the entire case, including the Crown's new evidence, assessing it in light of the principles established by this Court on the scope and application of s. 39.1 CEA before ruling on the legality of the subpoena served on Ms. Denis.

[64] In conclusion, the Crown's change of position is serious enough to justify an intervention by this Court. As a result, Ms. Denis's appeal against the Superior Court's decision on the merits is allowed in part, the order authorizing disclosure is set aside, and the case is remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration once the new evidence resulting from the investigation has been communicated.

[65] Given the qualified success of the parties, and in light of the unusual circumstances of these two appeals that I have described above, I would order that the parties bear their own costs in this Court and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

[66] ABELLA J. (dissenting) — The *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22, is legislation of “historic weight” (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at p. 2740 (Hon. Claude Carignan)). Through the *Act*, Parliament clearly asserted its intention to provide journalists with more robust statutory protections than existed under the common law.

[67] The legislation was a response to revelations in the fall of 2016 that police in Quebec had for years been surveilling journalists (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 86, 1st Sess., 42nd Parl., December 12, 2016, at pp. 2056-59 (Hon. André Pratte); vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at

parties dans l'état dans lequel elles étaient avant le prononcé des jugements des instances inférieures. Alors, l'ordonnance de la Cour supérieure autorisant la divulgation des renseignements doit être infirmée. Le juge de première instance devra revoir tout le dossier, incluant la preuve nouvelle du ministère public, évaluée à l'aune des enseignements de cette Cour sur la portée et l'application de l'art. 39.1 LPC, avant de se prononcer sur la légalité de l'assignation à témoigner signifiée à M^{me} Denis.

[64] En conclusion, le changement de position du ministère public est suffisamment sérieux pour justifier l'intervention de notre Cour. En conséquence, le pourvoi de M^{me} Denis visant la décision de la Cour supérieure sur le fond est accueilli en partie, l'ordonnance qui autorise la divulgation est infirmée et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen lorsque les éléments de preuve nouveaux découlant de l'enquête auront été communiqués.

[65] Compte tenu du succès relatif obtenu par les parties, et à la lumière des circonstances inhabituelles de ces deux pourvois, circonstances que j'ai déjà décrites, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie assume ses propres dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs rendus par

[66] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, est une mesure législative ayant une « valeur historique » (*Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2740 (l'hon. Claude Carignan)). Au moyen de cette loi, le Parlement a clairement affirmé son intention de fournir aux journalistes des protections légales plus robustes que celles qui existaient sous le régime de la common law.

[67] La loi en question était la réponse du législateur aux révélations faites à l'automne 2016 selon lesquelles des journalistes avaient, pendant des années, fait l'objet d'une surveillance policière au Québec (*Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 86, 1^{re} sess., 42^e lég., 12 décembre 2016, p. 2056-2059 (l'hon. André

pp. 2738-39 (Hon. Claude Carignan); *Debates of the House of Commons*, vol. 148, No. 191, 1st Sess., 42nd Parl., June 9, 2017, at pp. 12447-48 (Marco Mendicino); Quebec, *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (Chamberland Report, 2017)*). The scandal galvanized multi-party support for the protection of journalistic sources that would extend well beyond the existing common law regime. The *Act* was adopted unanimously by the House of Commons on October 4, 2017, and received Royal Assent on October 18.

[68] The Senate debates over the legislation left little doubt about its purpose:

Journalists and their sources benefitted somewhat from the ruling in the *Globe and Mail* case. Today, with Bill S-231, their rights will be strengthened by legislation.

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at p. 2739 (Hon. Claude Carignan))

[69] Even a cursory review of the new legislation confirms that its pre-eminent purpose was to enhance protection for journalistic sources. The legislation, among other things, amended the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, by adding s. 39.1. Most notably, s. 39.1(9) of the *CEA* specifies that authorization is available *only* if the party requesting the disclosure has proven the conditions set out in s. 39.1(7)(a) and (b). Those conditions are:

- There is no other reasonable means of getting the information;
- and
- The public interest in preserving the confidentiality of journalistic sources is outweighed by the public interest in the administration of justice.

Pratte); vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2738-2739 (l'hon. Claude Carignan); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 191, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 juin 2017, p. 12447-12448 (Marco Mendicino); Québec, *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (rapport Chamberland, 2017)*). Le scandale a galvanisé les parlementaires et suscité un appui multipartite en faveur d'une protection des sources journalistiques allant bien au-delà de celle offerte par le régime de common law existant. La *Loi* a été adoptée à l'unanimité par la Chambre des communes le 4 octobre 2017 et a reçu la sanction royale le 18 octobre.

[68] Les débats du Sénat sur cette mesure législative ne laissent guère de doute quant à l'objet de celle-ci :

Les journalistes et leurs sources ont bénéficié de certaines avancées dans le cadre de l'arrêt *Globe and Mail*. Aujourd'hui, avec le projet de loi S-231, ils ont l'occasion de voir leurs droits renforcés dans la législation.

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2739 (l'hon. Claude Carignan))

[69] Même un examen superficiel de la nouvelle loi confirme que son objet prépondérant était d'accroître la protection accordée aux sources journalistiques. La loi a, entre autres, modifié la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, par l'adjonction de l'art. 39.1. Plus particulièrement, le par. 39.1(9) de la *LPC* précise qu'une autorisation peut être accordée *uniquement* si la partie qui demande la divulgation a démontré que les conditions énoncées aux al. 39.1(7)a) et b) sont remplies. Ces conditions sont les suivantes :

- il n'y a aucun autre moyen raisonnable d'obtenir les renseignements,
- et
- l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques est surpassé par l'intérêt public dans l'administration de la justice.

The burden is on the party seeking disclosure to demonstrate that *both* branches of this test are met before disclosure can be authorized.

[70] The dual burden on the party seeking disclosure under s. 39.1(7) is a marked departure from the former common law regime, which had placed the onus on the journalist to satisfy the court that the identity of the source should not be revealed (*R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 60). This created an onerous hurdle for journalists (Benjamin Oliphant, “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283, at pp. 325-26). Concerned that Canada was “lagging behind [other countries] when it [came] to protecting sources”, those promoting the legislation sought to remove this burden and limit the disclosure of confidential sources to

exceptional, grave and serious situations where the public interest will dictate that the protection must be lifted and the source’s identity disclosed. In other cases, the public interest will dictate that anonymity must be maintained.

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at pp. 2737-38 (Hon. Claude Carignan) (Emphasis added.))

[71] Far from requiring an even balancing of interests, therefore, the new scheme anticipates that absent exceptional circumstances, a presumption of protection for journalistic sources will prevail.

[72] While I accept that the factual terrain in this appeal may have shifted, the legal foundation for the Superior Court of Quebec’s conclusion that authorization was appropriate, is unsustainable in light of the language and purposes of the *Act*. The Superior Court effectively placed a burden on the journalist to demonstrate why she should not be forced to reveal her sources, rather than requiring the party seeking disclosure to prove why those sources should be revealed (2018 QCCS 1138, at paras. 113-14 and 160-62). Moreover, the Superior Court applied the

C’est à la partie sollicitant la divulgation qu’incombe le fardeau de démontrer qu’il a été satisfait aux *deux* volets de cette analyse pour que la divulgation puisse être autorisée.

[70] Le double fardeau qui incombe, aux termes du par. 39.1(7), à la partie sollicitant la divulgation constitue un écart marqué par rapport à l’ancien régime de common law, lequel imposait aux journalistes le fardeau de convaincre le tribunal que l’identité de la source ne devrait pas être révélée (*R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 60). Ce fardeau créait un obstacle important pour les journalistes (Benjamin Oliphant, « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283, p. 325-326). Craignant que le Canada ne « fa[ss]e figure de cancre [par rapport à d’autres pays] en matière de protection des sources », les tenants de la loi ont cherché à faire éliminer ce fardeau et limiter la divulgation des sources confidentielles aux

situations exceptionnelles, graves et sérieuses où l’intérêt public dictera qu’il faut lever la protection et divulguer l’identité de la source. Dans d’autres cas, l’intérêt public dictera qu’il faut maintenir l’anonymat.

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2737-2738 (l’hon. Claude Carignan) (Italique ajouté.))

[71] En conséquence, loin d’exiger une mise en balance équilibrée des intérêts en jeu, le nouveau régime prévoit qu’en l’absence de circonstances exceptionnelles, la présomption de protection des sources journalistiques aura préséance.

[72] Bien que je reconnaisse que les assises factuelles du présent pourvoi peuvent avoir changé, le fondement juridique de la conclusion de la Cour supérieure du Québec selon laquelle l’autorisation était indiquée est insoutenable à la lumière du libellé et des objectifs de la *Loi*. La Cour supérieure a effectivement imposé à la journaliste le fardeau de démontrer pourquoi elle ne devrait pas être contrainte de révéler l’identité de ses sources, plutôt que d’obliger la partie sollicitant la divulgation à prouver pourquoi l’identité des sources en question devrait être

new legislation in a way that mirrored, rather than departed from, the old common law and failed to recognize the paramount objective of protecting journalistic sources (paras. 74-77 and 81).

[73] Given these fundamental legal errors in the interpretation and application of the legislation, I would set aside the disclosure authorization issued against the journalist, Marie-Maude Denis, and quash the subpoena.

APPENDIX

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

39.1 (1) The following definitions apply in this section.

document has the same meaning as in section 487.011 of the *Criminal Code*.

journalist means a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person.

journalistic source means a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist's undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source.

(2) Subject to subsection (7), a journalist may object to the disclosure of information or a document before a court, person or body with the authority to compel the disclosure of information on the grounds that the information or document identifies or is likely to identify a journalistic source.

(3) For the purposes of subsections (2) and (7), **journalist** includes an individual who was a journalist when information that identifies or is likely to identify the journalistic source was transmitted to that individual.

(4) The court, person or body may raise the application of subsection (2) on their own initiative.

révélée (2018 QCCS 1138, par. 113-114 et 160-162). De plus, la Cour supérieure a appliqué la nouvelle loi d'une manière qui reflétait l'ancienne common law — et non qui s'en écartait —, et elle n'a pas reconnu l'objectif primordial que constitue la protection des sources journalistiques (par. 74-77 et 81).

[73] Compte tenu de ces erreurs de droit fondamentales dans l'interprétation et l'application de la loi, j'infirmes l'autorisation de divulgation émise contre la journaliste Marie-Maude Denis et j'annulerai l'assignation à comparaître.

ANNEXE

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5

39.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

document S'entend au sens de l'article 487.011 du *Code criminel*.

journaliste Personne dont l'occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne.

source journalistique Source qui transmet confidentiellement de l'information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l'identité de la source, dont l'anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source.

(2) Sous réserve du paragraphe (7), un journaliste peut s'opposer à divulguer un renseignement ou un document auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements pour le motif que le renseignement ou le document identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique.

(3) Pour l'application des paragraphes (2) et (7), **journaliste** comprend la personne qui était journaliste au moment où un renseignement identifiant ou susceptible d'identifier la source journalistique lui a été transmis.

(4) Le tribunal, l'organisme ou la personne peut soulever l'application du paragraphe (2) de sa propre initiative.

(5) When an objection or the application of subsection (2) is raised, the court, person or body shall ensure that the information or document is not disclosed other than in accordance with this section.

(6) Before determining the question, the court, person or body must give the parties and interested persons a reasonable opportunity to present observations.

(7) The court, person or body may authorize the disclosure of information or a document only if they consider that

(a) the information or document cannot be produced in evidence by any other reasonable means; and

(b) the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source, having regard to, among other things,

(i) the importance of the information or document to a central issue in the proceeding,

(ii) freedom of the press, and

(iii) the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist.

(8) An authorization under subsection (7) may contain any conditions that the court, person or body considers appropriate to protect the identity of the journalistic source.

(9) A person who requests the disclosure has the burden of proving that the conditions set out in subsection (7) are fulfilled.

(10) An appeal lies from a determination under subsection (7)

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

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a superior court of the province;

(c) to the Federal Court from a determination of a court, person or body vested with power to compel

(5) Lorsqu'une opposition ou l'application du paragraphe (2) est soulevée, le tribunal, l'organisme ou la personne veille à ce que le renseignement ou le document ne soit pas divulgué, sauf en conformité avec le présent article.

(6) Avant de décider la question, le tribunal, l'organisme ou la personne donne aux parties et aux personnes intéressées une occasion raisonnable de présenter des observations.

(7) Le tribunal, l'organisme ou la personne ne peut autoriser la divulgation du renseignement ou du document que s'il estime que les conditions suivantes sont réunies :

(a) le renseignement ou le document ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable;

(b) l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique, compte tenu notamment :

(i) de l'importance du renseignement ou du document à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de l'instance,

(ii) de la liberté de la presse,

(iii) des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste.

(8) La décision rendue en vertu du paragraphe (7) peut être assortie des conditions que le tribunal, l'organisme ou la personne estime indiquées afin de protéger l'identité de la source journalistique.

(9) Il incombe à la personne qui demande la divulgation de démontrer que les conditions énoncées au paragraphe (7) sont remplies.

(10) L'appel d'une décision rendue en vertu du paragraphe (7) se fait :

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

(b) devant la cour d'appel d'une province, s'agissant d'une décision d'une cour supérieure de la province;

(c) devant la Cour fédérale, s'agissant d'une décision d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne

production by or under an Act of Parliament if the court, person or body is not established under a law of a province; or

(d) to the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(11) An appeal under subsection (10) shall be brought within 10 days after the date of the determination appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(12) An appeal under subsection (10) shall be heard and determined without delay and in a summary way.

Appeal from the decision of the Quebec Court of Appeal dismissed. Appeal from the decision of the Superior Court of Quebec allowed in part, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Canadian Broadcasting Corporation, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jacques Larochelle avocat inc., Québec.

Solicitor for the intervener Her Majesty The Queen: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitors for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, the Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression and Reporters Without Borders: Gowling WLG, Montréal.

Solicitors for the intervener La Presse (2018) Inc.: Chenette, Boutique de litige inc., Montréal.

investi du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d'une loi fédérale qui ne constitue pas un tribunal, un organisme ou une personne régi par le droit d'une province;

d) devant la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne a compétence, dans les autres cas.

(11) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (10) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais le tribunal d'appel peut le proroger s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(12) L'appel interjeté en vertu du paragraphe (10) est entendu et tranché sans délai et selon une procédure sommaire.

Pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel du Québec rejeté. Pourvoi contre la décision de la Cour supérieure du Québec accueilli en partie, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Société Radio-Canada, Montréal.

Procureur de l'intimé : Jacques Larochelle avocat inc., Québec.

Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Procureurs des intervenantes la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, l'Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression et Reporters sans frontières : Gowling WLG, Montréal.

Procureurs de l'intervenante La Presse (2018) Inc. : Chenette, Boutique de litige inc., Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto; Jamie Cameron, Toronto.

Solicitors for the interveners the AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc.: Borden Ladner Gervais, Vancouver; Linden & Associates Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto; Jamie Cameron, Toronto.

Procureurs des intervenantes AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc. : Borden Ladner Gervais, Vancouver; Linden & Associates Professional Corporation, Toronto.