

A-699-99

A-699-99

Atomic Energy of Canada Limited (*Appellant*)**Énergie atomique du Canada Limitée** (*appelante*)

v.

c.

Sierra Club of Canada (*Respondent*)**Sierra Club du Canada** (*intimé*)

and

et

The Minister of Finance of Canada, The Minister of Foreign Affairs of Canada, The Minister of International Trade of Canada and The Attorney General of Canada (*Respondents*)**Le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada** (*intimés*)*INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (C.A.)*Court of Appeal, Robertson, Evans and Sharlow JJ.A.
—Ottawa, March 28 and May 15, 2000.Cour d'appel, juges Robertson, Evans et Sharlow,
J.C.A.—Ottawa, 28 mars et 15 mai 2000.

Practice — Affidavits — Cross-appeal from order granting leave to file supplementary affidavit, additional documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5(1)(b) — Sierra Club seeking declaration construction in China subject to environmental assessment in accordance with Canadian legislation — Atomic Energy of Canada Limited (AECL), government respondents submitting either CEAA not applicable, or relying on statutory defences under ss. 8, 54 — Documents technical, voluminous — Cross-appeal dismissed — Documents relevant to AECL's defence under s. 54(2)(b) exemption from processes otherwise required by Act where arrangements between countries that environmental assessment consistent with CEAA to be conducted — Sufficient to demonstrate relevance to any one issue — Documents also potentially relevant to exercise of Court's discretion to refuse remedy (i.e. order quashing decision to grant financial assistance) — If defence established, purpose of CEAA met, wasteful to require another assessment — Discretionary remedies not granted if serve no useful purpose — Benefit to intervenor of being able to file documents, assistance will provide to Court, outweighing any prejudice to applicant as result of delay.

Pratique — Affidavits — Appel incident d'une ordonnance accordant l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire et de nouveaux documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de l'art. 5(1)(b) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCÉE) — Le Sierra Club demande une déclaration portant que la construction en Chine doit être soumise à une évaluation environnementale en vertu de la loi canadienne — Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL) et le gouvernement, intimés, soutiennent que la LCÉE ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont des moyens de défense valables en vertu des art. 8, 54 — Les documents sont techniques et volumineux — L'appel incident est rejeté — Les documents sont pertinents dans le cadre de la défense présentée par ÉACL en vertu de l'exemption prévue à l'art. 54(2)(b), qui prévoit l'équivalence des processus prévus à la Loi lorsque des ententes sont prises entre pays pour la tenue d'une évaluation environnementale compatible avec la LCÉE — Il suffit de démontrer la pertinence quant à une des questions en litige — Les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation (c.-à.-d. une ordonnance annulant la décision de fournir une aide financière) — Si le moyen de défense est démontré, l'objectif de la LCÉE est atteint et ce serait du gaspillage d'exiger une autre évaluation — Les réparations discrétionnaires ne sont pas accordées lorsqu'elles ne servent pas une fin utile — L'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen, compense tout préjudice qui pourrait être causé à la demanderesse par le retard.

Practice — Confidentiality Orders — Appeal from refusal to grant confidentiality order with respect to documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents allegedly containing commercially sensitive information — Prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Appeal dismissed (Robertson J.A. dissenting) — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight even though confidentiality claimed for only three documents, and content highly technical — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in CEAA — Motions Judge attaching too much weight to “voluntariness” of AECL's introduction of documents, but not vitiating decision because (1) in this case great weight attached to openness; (2) summaries may somewhat compensate for absence of originals; (3) claim for confidentiality based on fear of loss of business towards low end of confidential spectrum — Motions Judge not required to inspect documents before considering confidentiality request given volume, complexity, availability of summaries.

Judges and Courts — Open justice — Appeal from refusal to grant confidentiality order for documents describing environmental assessment undertaken under Chinese laws — Documents prepared by or with assistance of Chinese — Litigation seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance for sale, construction of nuclear reactors in China without subjecting project to environmental assessment in accordance with Canadian Environmental Assessment Act — Openness, public participation in assessment process of fundamental importance in Act — Although commercial interests of AECL directly implicated in outcome of litigation, focus of application alleged breach of statutory duty — Having considered nature of litigation, extent of public interest in openness of proceedings, Motions Judge not giving public interest factor undue weight.

This was an appeal from the Motions Judge's refusal of Atomic Energy of Canada Limited (AECL) request to treat certain documents as confidential, and a cross-appeal from the order granting leave to file a supplementary affidavit and three additional documents referred to in affidavits that had already been filed, and providing that AECL could file an

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents sont allégués contenir des renseignements commerciaux délicats — Ils ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Appel rejeté (juge Robertson, J.C.A., dissident) — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents dont le contenu est très technique — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans le cadre de la LCÉE — Le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que ÉACL voulait déposer les documents «volontairement», erreur qui n'entache pas sa décision du fait que 1) en l'instance, une très grande importance doit être accordée à la publicité; 2) un résumé des rapports peut dans une certaine mesure compenser l'absence des originaux; 3) la demande de confidentialité reposant sur la crainte de perdre des occasions d'affaires se situe au bas de l'échelle de la confidentialité — Le juge des requêtes n'était pas tenu d'examiner les documents avant d'examiner la demande d'ordonnance de confidentialité, compte tenu de leur volume, de leur complexité et du fait qu'ils étaient disponibles sous forme de précis.

Juges et tribunaux — Publicité du processus judiciaire — Appel du refus d'accorder une ordonnance de confidentialité au sujet des documents décrivant l'évaluation environnementale entreprise en vertu des lois chinoises — Les documents ont été préparés par les Chinois ou avec leur aide — La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans le cadre de la Loi — Même si les intérêts commerciaux d'ÉACL sont directement mis en cause dans ce litige, la demande porte sur l'allégation de manquement aux obligations découlant de la loi — Après examen de la nature du litige et évaluation de l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire, le juge des requêtes n'a pas accordé trop d'importance à ce facteur.

L'appel porte sur le refus du juge des requêtes d'accéder à une demande d'Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL) de traiter certains documents comme confidentiels, alors que l'appel incident porte sur l'ordonnance autorisant le dépôt d'un affidavit supplémentaire ainsi que de trois documents dont il est question dans les affidavits déjà

edited version of the documents, omitting sensitive information.

The litigation seeks judicial review of the federal government's decision to provide financial assistance for the sale and construction of nuclear reactors in China without subjecting the project to an environmental assessment in accordance with *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), paragraph 5(1)(b). Sierra Club seeks a declaration that ongoing construction in China is subject to an environmental assessment in accordance with the Canadian legislation. AECL and the government respondents submitted that the CEAA does not apply, or that if it does, there are statutory defences available under sections 8 and 54. Finally, they argued that even if the legislation was breached, the Court should not grant the relief sought because the Chinese authorities have undertaken an environmental assessment which is equivalent to that required under the federal legislation.

The documents in question were either prepared by Chinese authorities and are in Chinese, or by AECL with assistance from the Chinese participants in the project. They contain a mass of technical information describing the environmental assessment being undertaken by Chinese authorities under laws of the People's Republic of China, and are said to contain commercially sensitive material. They are referred to and summarized in affidavits already filed. The Sierra Club contended that its right to cross-examine on these affidavits was rendered nugatory by the absence of the supporting documents to which they referred, and that the summary provided in the affidavits was insufficient for this purpose.

In deciding to admit the documents, the Motions Judge held that they were potentially relevant to the Court's exercise of its discretion to refuse a remedy notwithstanding a violation of the CEAA. In refusing the confidentiality order, the Motions Judge considered the harm that AECL might suffer if it filed the documents without the protection of a confidentiality order, and AECL's submission that it would not be able to mount a full answer and defence if it decided not to file them because a confidentiality order was refused. He weighed these considerations against the principle of open public access to court documents, particularly noting that the subject-matter of this litigation was important to the public interest and had generated considerable media attention.

Held (Robertson J.A. *dissenting* as to the appeal), the appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring): (1) The documents are clearly relevant to the defence under paragraph 54(2)(b), which provides an exemption from the

dépôts, dans une version modifiée par ÉACL en supprimant les passages délicats.

La demande porte sur le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière en vue de la vente à la Chine de réacteurs nucléaires et de leur construction, sans soumettre le projet à une évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCÉE). Le Sierra Club demande une déclaration portant que la construction en Chine doit être soumise à une évaluation environnementale en vertu de la loi canadienne. L'ÉACL et le gouvernement, intimés, soutiennent que la LCÉE ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont des moyens de défense valables en vertu des articles 8 et 54. Finalement, ils soutiennent que même s'il y a eu infraction à la législation, la Cour ne devrait pas accorder la réparation demandée étant donné que les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale qui équivaut à celle exigée par la législation fédérale.

Les documents en cause ont été préparés soit par les autorités chinoises en chinois, soit par ÉACL avec la participation des responsables chinois du projet. Ils contiennent une quantité considérable de renseignements techniques décrivant l'évaluation environnementale du projet qui est conduite par les autorités chinoises en vertu des lois de la République populaire de Chine. On a déclaré qu'ils contiennent des renseignements commerciaux délicats. Ces documents sont mentionnés et résumés dans les affidavits déjà déposés. Le Sierra Club a soutenu que son droit de contre-interroger sur les affidavits serait sans valeur en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent, et que les résumés contenus dans les affidavits ne suffiraient pas à cette fin.

En décidant d'autoriser le dépôt des documents, le juge des requêtes a conclu qu'ils pouvaient être pertinents dans le cadre de l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder des réparations nonobstant la violation de la LCÉE. En refusant d'accorder l'ordonnance de confidentialité, le juge des requêtes a examiné le préjudice qui pourrait être causé à ÉACL si elle devait déposer les documents sans avoir obtenu la protection d'une ordonnance de confidentialité, ainsi que la prétention d'ÉACL portant que, si elle décidait de ne pas les déposer en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, elle n'aurait pas la possibilité de se défendre de façon adéquate. Il a examiné ces arguments au vu du principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux, indiquant notamment que la question en litige intéresse le public au plus haut point et qu'elle a soulevé beaucoup de commentaires dans les médias.

Arrêt (juge Robertson, J.C.A., *dissident* pour l'appel): l'appel et l'appel incident sont rejetés.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Sharlow, J.C.A. souscrit à ses motifs): 1) Les documents en cause sont clairement pertinents quant aux moyens de défense en vertu de

processes otherwise required by the Act if there is an arrangement between the Government of Canada and an organization in the country where the project is to be carried out that an environmental assessment of the project will be conducted in that country in accordance with an assessment process that is consistent with the requirements of the Act and is in effect in that country. Whether AECL will be able to establish this defence before the Motions Judge could not be determined at this stage, but it was sufficient for AECL, as it did, to demonstrate the potential relevance of the documents to one of the issues in dispute.

The documents are also potentially relevant to the exercise of the Court's discretion to refuse a remedy, particularly the order to quash the decision to provide financial assistance and to order a halt to further payments under the contract. If an adequate environmental assessment has been conducted in China, the purpose of the Act will arguably have been met and it would be wasteful to require another assessment to be conducted under the CEAA. Discretionary remedies are not granted on an application for judicial review if they would serve no useful purpose, especially when to grant the relief requested would have serious adverse consequences for both the public and the private interests involved in this major project. Of course, for this argument to be given credence it will be necessary for AECL to demonstrate that the assessment conducted in China is broadly similar to that mandated under the CEAA so as to constitute an adequate alternative. The documents describing the environmental assessment carried out by Chinese authorities are said to be relevant to establishing this.

Relief for breach of the CEAA should not be refused because it would have no practical effect just because the project is outside Canada. The financing provided by the respondents may give the Canadian government sufficient leverage to persuade Chinese authorities to correct problems identified by CEAA assessment.

The benefit to the intervener of being granted leave to file these documents, and the assistance that they will provide to the Court outweigh any prejudice to the Sierra Club as a result of delay. The delays were not all attributable to the intervener and the respondents. Moreover, since dates have now been fixed for the hearing of the application, which the Sierra Club has stated that it will meet even if the additional documents are filed, it seems unlikely that the Sierra Club will be prejudiced by further delay as a result of the grant of leave to AECL to file them.

(2) Before granting a confidentiality order, the Court must consider what harm could be caused to the party seeking it if the documents are disclosed, as well as the public interest

l'alinéa 54(2)b), qui prévoit une exemption face aux exigences de la Loi en cas d'accord entre le gouvernement du Canada et un organisme du pays où le projet doit être réalisé portant que l'évaluation environnementale sera effectuée dans ce pays conformément à un processus compatible avec la Loi et applicable dans ce pays. La Cour ne peut décider maintenant si ÉACL pourra établir ce moyen de défense devant le juge des requêtes, mais il suffisait qu'ÉACL démontre, comme elle l'a fait, que les documents sont potentiellement pertinents quant au règlement d'une des questions en litige.

Les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation, notamment les ordonnances annulant la décision de fournir une aide financière et ordonnant qu'on arrête tout paiement prévu par le contrat. Si une évaluation environnementale suffisante a été menée en Chine, on peut soutenir que l'objectif de la Loi est atteint et que d'exiger une autre évaluation en vertu de la LCÉE serait une forme de gaspillage. Les réparations discrétionnaires demandées par la voie du contrôle judiciaire ne sont pas accordées lorsqu'elles ne servent pas une fin utile, surtout lorsque le fait de les accorder aurait des conséquences négatives sérieuses pour les intérêts privés et publics en cause dans ce projet d'envergure. Bien sûr, pour que cet argument soit retenu, il sera essentiel qu'ÉACL fasse la démonstration que l'évaluation réalisée en Chine est compatible avec celle qui est prévue dans la LCÉE et constitue donc une solution de rechange valable. On a déclaré que c'est aux fins de cette démonstration que les documents qui décrivent l'évaluation environnementale entreprise par les autorités chinoises sont pertinents.

Il n'y avait pas lieu de refuser d'accorder une réparation pour la violation de la LCÉE, au motif qu'elle n'aurait aucune incidence sur le plan pratique étant donné que le projet était situé à l'extérieur du Canada. Le financement fourni par les intimés peut donner au gouvernement canadien un moyen de pression suffisant pour persuader les autorités chinoises de régler les problèmes décelés lors d'une évaluation en vertu de la LCÉE.

L'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen du dossier, compense nettement tout préjudice qui pourrait être causé au Sierra Club par le retard. Les retards ne sont pas tous attribuables à l'intervenante ou aux intimés. De plus, comme les dates pour l'audition de la demande ont maintenant été fixées et que le Sierra Club a déclaré qu'il serait prêt même si les documents complémentaires sont déposés, il semble peu probable que le Sierra Club aurait à subir un préjudice causé par un retard additionnel lié à l'autorisation accordée à ÉACL de les déposer.

2) Avant d'accorder une ordonnance de confidentialité, la Cour doit évaluer le préjudice que la divulgation des documents pourrait causer à la partie en faisant la demande,

in the openness of the judicial process in the case. Openness and public participation in the assessment process are of fundamental importance in the CEEA. Moreover, although the commercial interests of AECL are directly implicated in the outcome of the litigation, the focus of the application is an alleged breach of statutory duty by the respondent Ministers. Thus, having considered the nature of the litigation and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings, the Motions Judge did not give the public interest factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but a few.

The Motions Judge attached too much weight to the voluntariness of AECL's introduction of the documents as a factor militating toward refusing to grant the confidentiality order. However, that error did not vitiate the ultimate conclusion because: (1) in this case great weight must be attached to the principle of openness to every aspect of the proceedings, including the documentary evidence; (2) the inclusion in the affidavits of a summary of the reports may somewhat compensate for the absence of the originals; and (3) if AECL submits an edited version of the documents with the commercially sensitive information expunged, the claim for confidentiality will rest largely on AECL's fear of a loss of business if, in order to protect its interests it discloses parts of documents in breach of an undertaking given to the Chinese authorities. In the circumstances, such a claim would rank towards the low end of the confidentiality spectrum. The offer to AECL of an opportunity to file an edited version of the confidential documents was well within the Motions Judge's discretion to fashion an order that balanced the competing interests. Protestations of unworkability were premature.

The Motions Judge was not required to inspect the documents before considering the request for confidentiality: the documents were voluminous, highly technical and not completely translated, and the Judge had summaries available to him.

Per Robertson J.A. (*dissenting* as to the appeal): The Motions Judge erred in refusing to grant the confidentiality order because: (1) it is not the nature of the litigation, the identities of the parties or the degree of media coverage which is relevant, but the nature of the evidence for which a protective order is sought; (2) without a confidentiality order, the moving party must choose between two unacceptable options: an "unfair trial" or "economic loss"; and (3) the analytical framework basing the granting of confidentiality orders largely on the subjective views of a motions judge, rather than on the application of objective criteria, is

ainsi que l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire dans chaque affaire. La transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale dans la LCÉE. De plus, même si les intérêts commerciaux d'ÉACL sont directement mis en cause dans ce litige, la demande porte sur l'allégation que les ministres intimes auraient manqué à leurs obligations découlant de la loi. Par conséquent, on ne peut dire qu'après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l'importance de l'intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de l'immense majorité des gens.

Le juge des requêtes a accordé trop de poids au fait qu'ÉACL voulait déposer les documents «volontairement», en tant que facteur allant dans le sens du rejet de la demande d'ordonnance de confidentialité. Toutefois, cette erreur n'entache pas irrémédiablement sa conclusion, parce que: 1) dans les circonstances de l'affaire, il faut attacher une très grande importance à la publicité de tout le débat judiciaire, y compris la preuve documentaire; 2) le fait d'inclure dans les affidavits un résumé des rapports peut, dans une certaine mesure, compenser cette absence; 3) si ÉACL dépose une version modifiée des documents dont on aurait retranché les renseignements commerciaux délicats, la demande de confidentialité reposera surtout sur la crainte d'ÉACL de perdre des occasions d'affaires si, pour protéger ses intérêts, elle doit divulguer certains documents en violation de l'engagement qu'elle a pris envers les autorités chinoises. Dans les circonstances, une telle prétention se situe au bas de l'échelle de la confidentialité. L'occasion offerte à ÉACL de déposer une version modifiée des documents confidentiels se situe tout à fait dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes de rendre une ordonnance tenant compte des divers intérêts en cause. Les protestations portant que ce n'est pas possible sont prématurées.

Le juge des requêtes n'était pas tenu d'avoir d'abord examiné les documents avant d'examiner la demande d'ordonnance de confidentialité: il s'agit d'une documentation volumineuse et hautement technique, qui n'est pas entièrement traduite, et elle a été mise à la disposition du juge sous forme de précis.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent* pour l'appel): Le juge des requêtes a commis une erreur en refusant d'accorder une ordonnance de confidentialité parce que: 1) ce n'est ni la nature du litige, ni l'identité des parties, ni l'importance de la couverture médiatique qui sont les facteurs pertinents; c'est la nature de la preuve que l'ordonnance de confidentialité viendrait protéger; 2) à défaut d'une ordonnance de confidentialité, la partie requérante doit choisir entre deux options inacceptables: un «procès inéquitable» et «une perte financière»; et 3) le cadre analytique utilisé dans lequel l'octroi des ordonnances de confidentialité est fondé en

fundamentally flawed. Where an objective model is available it must be preferred. There is no reason why the principles applying to commercial or scientific information which was acquired on a confidential basis should not apply herein. The following is a more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information by applying these criteria as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order.

(1) The information for which a confidentiality order is sought must be of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential. On the facts herein, this criterion was satisfied. The information which AECL wanted to keep confidential was of a commercial nature and of interest to its competitors. The claim of confidentiality had a sound footing; it was not one where a litigant is asking that essential facts be withheld from the public.

(2) The information for which confidentiality is sought must not already be in the public domain. The requirement that the information has always been treated as confidential extends to third parties who may have accumulated the information and provided the litigant with a copy for limited purposes. AECL and the Chinese authorities have always treated the exhibits in a confidential manner.

(3) The party seeking the confidentiality order must establish on a balance of probabilities that it would suffer irreparable harm by the disclosure of the information. It is sufficient if the moving party establishes irreparable harm on an objective basis. AECL will be exposed to irreparable financial harm if the confidential information in question is made public since it would provide AECL's competitors with technical and financial information otherwise unavailable to them. There is also the potential for harm to AECL's relations with its Chinese customers and other existing and potential customers and, in turn to AECL's reputation. AECL's ability to maintain the confidentiality of such material is important to its commercial success. This case adds a further dimension to the notion of irreparable harm in that the refusal to grant a confidentiality order harms not only the legitimate interests of AECL, but also those of a third party and non-litigant, the Chinese authorities.

(4) The information must be relevant to the legal issues raised in the pleadings. It must be determined whether the information is a necessary component of the moving party's case. The critical issue herein is whether the confidential

grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes, plutôt que sur l'utilisation de critères objectifs, est fondamentalement défectueux. Lorsqu'il existe un modèle objectif, il faut le privilégier. Rien ne justifie qu'on ne puisse appliquer ici les principes portant sur les renseignements commerciaux ou scientifiques acquis sur une base confidentielle. Ce qui suit est un cadre décisionnel plus objectif quant à l'octroi des ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques acquis sur une base confidentielle. Les critères suivants peuvent être adoptés lorsqu'il s'agit de justifier l'octroi d'une ordonnance de confidentialité.

1) Les renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité doivent être de nature confidentielle et non seulement des faits qu'une personne désire ne pas divulguer. Les faits de la présente affaire démontrent qu'on a satisfait à ce critère. Les renseignements qu'ÉACL ne veut pas voir divulguer sont de nature commerciale et ils présentent un intérêt pour ses concurrents. La demande de préserver la confidentialité est bien fondée, et non une affaire où une partie chercherait à cacher des faits essentiels au public.

2) Les renseignements qu'on veut protéger ne doivent pas être du domaine public. Cette exigence que les renseignements dont on demande la confidentialité doivent toujours avoir été traités de manière confidentielle vise aussi les tiers qui ont pu recueillir l'information et en fournir copie à une partie à certaines fins précises. ÉACL et les autorités chinoises ont toujours traité les pièces comme des documents confidentiels.

3) Selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentialité doit démontrer qu'elle subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics. Il suffit que le requérant démontre de façon objective l'existence du préjudice irréparable. ÉACL subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels en question sont divulgués, étant donné que ses concurrents obtiendraient alors des renseignements techniques et financiers qu'ils ne peuvent obtenir maintenant. Il peut aussi y avoir un préjudice dans les relations d'ÉACL avec ses clients chinois et avec ses autres clients existants ou potentiels, ainsi qu'à la réputation d'ÉACL. Le succès commercial d'ÉACL dépend en partie de sa capacité de garder de tels renseignements confidentiels. Cette affaire comprend une autre dimension à rattacher à la notion de préjudice irréparable, étant donné que le refus d'octroyer une ordonnance de confidentialité est au détriment non seulement des intérêts légitimes d'ÉACL, mais aussi de ceux de tiers qui ne sont pas partie au litige, savoir les autorités chinoises.

4) Les renseignements doivent être pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige. Il faut déterminer si les renseignements en cause sont une composante nécessaire dans la présentation

documents are necessary to AECL's successful defence of the allegation of wrongdoing on the part of the government. The information in question was relevant to the legal issues at hand.

(5) The information must be necessary to the resolution of the legal issues raised by the parties. The moving party must establish that the granting of the confidentiality order is necessary and that there is no other effective way of introducing essential evidence. If there is no viable alternative means by which the information could be introduced without breaching confidences and exposing AECL to irreparable harm then the issuance of a protective order arises as a matter of necessity. The expungement of confidential information from the documents is not a viable option. The documents are voluminous and highly technical and without the cooperation and approval of the Chinese authorities, any attempt by AECL to edit out sensitive information would be an exercise in frustration. The evidence did not support the suggestion that AECL could file an edited version in breach of its undertaking to the Chinese authorities, and it would be improper for the Court to decide this case on that basis. Nor was it established that the production of summaries of the confidential documents was an effective and alternative means by which AECL can introduce them into evidence without the benefit of a protective order. AECL will be denied the right to offer a full defence if such an order does not issue.

(6) The granting of a confidentiality order must not unduly prejudice the opposing party. This criterion is of no consequence so long as the confidentiality order permits the opposing party and its expert witnesses access to the confidential information, subject to the customary undertaking not to disclose the information to others. To the extent that it has full access to all of the appellant's evidence, Sierra Club cannot be prejudiced by the issuance of a confidentiality order.

(7) The public interest in open court proceedings must not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The Motions Judge appears to have equated public interest in open court proceedings with the fact that the underlying litigation involves an issue of public importance. Sierra Club built upon the Motions Judge's reasoning by asserting that the public interest in open court proceedings is to be equated with the level of interest expressed by Canadians in a public law proceeding. The risk of harm to AECL was determined under the third and sixth criteria. Thus it remained to be determined whether the circumstances support subordinating the principle of a fair trial to the principle of open justice. To answer that

du point de vue du requérant. La question fondamentale est de savoir si les documents confidentiels sont nécessaires pour qu'ÉACL soit en mesure de présenter une défense valable face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Les renseignements en cause sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige.

5) Les renseignements doivent être pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige. Le requérant doit démontrer que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire, en ce sens qu'il n'y a pas d'autre façon efficace de présenter une preuve essentielle. S'il n'y a pas d'autres moyens viables qui permettraient de produire ces renseignements sans faire une entorse à la confidentialité et sans exposer ÉACL à un préjudice irréparable, l'octroi de l'ordonnance de non-divulgence s'impose comme nécessaire. L'option de retirer les renseignements confidentiels des documents en cause n'est pas viable. Les documents en cause sont volumineux et très techniques. En l'absence de l'approbation des autorités chinoises et de leur participation, toute tentative d'ÉACL de retrancher les renseignements délicats ne pourrait mener qu'à de la frustration. La preuve n'appuie pas la suggestion qu'ÉACL pourrait déposer une version modifiée en violation de ses engagements envers les autorités chinoises et il n'est pas indiqué que notre Cour statue sur l'affaire en se fondant sur une telle option. On n'a pas non plus démontré que la production des documents confidentiels sous forme de résumés serait un moyen efficace par lequel ÉACL pourrait présenter sa preuve en l'absence d'une ordonnance de non-divulgence. Il s'ensuit qu'en l'absence d'une telle ordonnance, ÉACL se verra privé de son droit de présenter une défense pleine et entière.

6) L'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne doit pas causer un préjudice grave à la partie adverse. Ce critère est sans conséquence lorsque l'ordonnance de confidentialité autorise l'avocat de la partie adverse et ses témoins experts à prendre connaissance des renseignements confidentiels, sous réserve de l'engagement habituel de ne pas les communiquer à des tiers. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne peut porter préjudice au Sierra Club, dans la mesure où il aura pleinement accès à toute la preuve de l'appelante.

7) L'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne doit pas primer les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes semble confondre l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires avec le fait que le litige en cause ici porte sur une question qui est d'importance pour le public. Le Sierra Club s'appuie sur le raisonnement du juge des requêtes pour affirmer que l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires doit être établi en fonction du degré d'intérêt des Canadiens face à une procédure de droit public. En vertu des troisième et sixième critères, on a établi le risque de préjudice pour ÉACL. Il restait à déterminer si les circonstances de la présente affaire font qu'on doit subordonner le

question, one must return to the purposes underscoring the principle of open justice, including the right of the public to have access to the truth. At this point the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought becomes relevant. Neither the search for the truth in this case nor the nature of the debate is affected by the granting of a confidentiality order. There is no legal basis on which to hold that on the facts of this case the public interest in open proceedings overrides the risk of harm to which AECL would be exposed if a confidentiality order does not issue. The confidentiality order would not undermine the two primary objectives underscoring the principle of open justice: truth and the rule of law.

principe d'un procès équitable à celui de la publicité des débats judiciaires. Pour répondre à cette question, il faut retourner aux objectifs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires, notamment le droit du public à la vérité. C'est à ce point-ci que la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité devient pertinente. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité en l'instance ne nuira pas à la recherche de la vérité et ne modifiera pas le fond du débat. Il n'y a aucun fondement juridique qui permette, au vu des faits en l'instance, de conclure que l'intérêt du public à la publicité des débats prime le risque de préjudice qu'ÉACL court si l'ordonnance de confidentialité n'est pas accordée. L'ordonnance de confidentialité n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires: la vérité et la primauté du droit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1)(b), 8, 54.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 68(1), 151, 152, 306, 307, 312.
Manganese-based Fuel Additives Act, S.C. 1997, c. 11.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.
Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations, SOR/96-491.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

- Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879); *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630; 20 C.P.C. (3d) 137 (Gen. Div.); *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Ont. Gen. Div.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15; aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.); *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1)(b), 8, 54.
Loi sur les additifs à base de manganèse, L.C. 1997, ch. 11.
Règlement sur le processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada, DORS/96-491.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 68(1), 151, 152, 306, 307, 312.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879); *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630; 20 C.P.C. (3d) 137 (Div. gén.); *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Div. gén. Ont.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15; conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.); *Ethyl Canada Inc.*

(1998), 17 C.P.C. (4th) 278; 54 O.T.C. 57 (Ont. Gen. Div.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (T.D.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

AUTHORS CITED

Miller, Arthur R. "Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts" (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

APPEAL from the Motions Judge's refusal of AECL's request to treat certain documents as confidential, and CROSS-APPEAL from the order granting leave to file a supplementary affidavit and an edited version omitting sensitive information from three additional documents referred to in affidavits that had already been filed (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2000] 2 F.C. 400 (T.D.)). Appeal (Robertson J.A. *dissenting* as to the appeal) and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

J. Brett G. Ledger and *Peter J. Chapin* for appellant.
Timothy J. Howard for respondent Sierra Club of Canada.
J. Sanderson Graham for respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada, and the Attorney General of Canada.

v. Canada (Attorney General) (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; 54 O.T.C. 57 (Div. gén. Ont.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (1^{re} inst.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

DOCTRINE

Miller, Arthur R. «Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts» (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

APPEL du refus du juge des requêtes d'accéder à une demande d'ÉACL de traiter certains documents comme confidentiels, et APPEL INCIDENT de l'ordonnance autorisant le dépôt d'un affidavit supplémentaire ainsi que de la version modifiée (en supprimant les passages délicats) de trois documents dont il est question dans les affidavits déjà déposés (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2000] 2 C.F. 400 (1^{re} inst.)). L'appel (juge Robertson, J.C.A., *dissident* pour l'appel) et l'appel incident sont rejetés.

ONT COMPARU:

J. Brett G. Ledger et *Peter J. Chapin* pour l'appelante.
Timothy J. Howard pour l'intimé Sierra Club du Canada.
J. Sanderson Graham pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for respondent Sierra Club of Canada.

Deputy Attorney General of Canada for respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada, and the Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A. (*dissenting*): The principle of open justice recognizes the basic right of the public to an open court. That principle includes a corollary right of access to court documents and the right of the press to publish what transpires in the courtroom by limiting the ability of litigants to pursue *in camera* proceedings. The principle of open justice constitutes a cornerstone of our democratic and legal system and one which long predates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The main appeal brings into issue fundamental questions relating to the basis on which “confidentiality” or “protective” orders should issue—orders which on their face conflict with the values underscoring our commitment to the principle of open justice.

[2] On the facts of this case, my colleagues have concluded that the Motions Judge [[2000] 2 F.C. 400 (T.D.)] did not err in refusing to grant the confidentiality order sought. As I understand it, their position consists of three threads. First, the weight to be assigned to the principle of open justice varies with the context. Second, it is necessary to determine the degree of “public interest in the openness of the judicial process” by reference to the public importance of the case. In turn, public importance is to be inferred by examining the cumulative effect of: (1) the nature

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l’appelante.

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for l’intimé le Sierra Club du Canada.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): Le principe de la publicité des débats judiciaires reconnaît le droit fondamental du public à l’accès aux tribunaux. Ce principe comprend comme corollaire le droit d’accès aux documents des tribunaux et le droit de la presse de publier les débats judiciaires, en limitant la possibilité pour les parties à un litige de procéder à huis clos. Le principe de la publicité des débats judiciaires est une des pierres d’angle de notre système juridique et de notre démocratie, et il s’applique depuis bien avant la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L’appel principal porte sur des questions fondamentales relatives au fondement pouvant justifier l’octroi d’ordonnances de «confidentialité» ou de «non-divulgence», puisque ces ordonnances sont *prima facie* en conflit avec les valeurs qui fondent notre engagement envers le principe de la publicité des débats judiciaires.

[2] Au vu des faits de la présente affaire, mes collègues en sont venus à la conclusion que le juge des requêtes [[2000] 2 C.F. 400 (1^{re} inst.)] n’a pas commis une erreur en refusant d’octroyer l’ordonnance de confidentialité demandée. Si je le comprends bien, leur point de vue s’articule en trois volets. Premièrement, le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires varie selon le contexte. Deuxièmement, il est nécessaire de déterminer quel est le degré «d’intérêt du public à la publicité du processus judiciaire» en se référant à l’importance de l’affaire

of the litigation; (2) the nature of the evidence; (3) the extent of media coverage; and (4) the identity of the litigants. Third, one must weigh a party's interest in a confidentiality order against the degree of public importance of the case and determine which of the two is to prevail. With respect, I disagree with both the result and the analytical framework offered for three reasons.

[3] First, while the principle of open justice is concerned with the preservation of "the public interest in open court proceedings", that objective should not be equated with, nor made dependent on, the fact that this is a case involving an allegation of government wrongdoing made by a litigant with public interest standing. Nor should the public importance of a case be measured, for example, by reference to the level of media coverage which admittedly is extensive in this case. In my opinion, it is not the nature of the litigation, the identities of the parties or the degree of media coverage which is of relevance, but rather the nature of the evidence for which a protective order is sought. Second, without a confidentiality order, the moving party in this case (the appellant) must choose between two unacceptable options. If the confidential information is offered into evidence, the appellant will suffer irreparable financial harm. If, on the other hand, it elects not to file the evidence, it will be denied the right to a "fair trial" in the sense that it is impossible to mount a full defence to the allegations of government wrongdoing. In short, the absence of a confidentiality order forces the appellant to choose between an "unfair trial" or "economic loss". This is not to suggest that the private interests of a party will always trump the principle of open justice. As will be explained, this is not an appropriate case in which to permit the latter to override the former. Finally, it is my respectful opinion that the analytical framework adopted by the majority with respect to determining whether confidentiality orders should issue is fundamentally flawed. What is being offered is a framework in which the granting of confidentiality orders is based largely on the subjective views of a motions judge, rather than on the application of objective criteria.

pour le public. De son côté, l'importance de l'affaire pour le public doit être déterminée en examinant l'effet cumulatif de: 1) la nature du litige; 2) la nature de la preuve; 3) l'importance de la couverture médiatique; 4) l'identité des parties au litige. Troisièmement, il faut soupeser l'intérêt d'une partie à obtenir une ordonnance de confidentialité par rapport au degré d'importance de l'affaire pour le public et décider lequel des deux doit l'emporter. Avec égards, je suis en désaccord tant avec le résultat qu'avec le cadre analytique utilisé, et ce pour trois motifs.

[3] Premièrement, nonobstant le fait que le principe de la publicité des débats judiciaires porte sur la préservation de «l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire», cet objectif ne devrait pas être synonyme ou dépendre du fait qu'il s'agit ici d'une affaire où une partie qui déclare défendre l'intérêt public allègue une conduite fautive de la part du gouvernement. L'importance pour le public d'une affaire ne peut pas non plus être mesurée, par exemple, par rapport à l'importance de la couverture médiatique, qui est, de l'aveu général, très importante en l'instance. À mon avis, ce n'est ni la nature du litige, ni l'identité des parties, ni l'importance de la couverture médiatique qui sont les facteurs pertinents; ce qui compte, c'est la nature de la preuve que l'ordonnance de confidentialité viendrait protéger. Deuxièmement, à défaut d'une ordonnance de confidentialité, la requérante en l'occurrence (l'appelante) doit choisir entre deux options inacceptables. Si les renseignements confidentiels sont produits en preuve, l'appelante subira un préjudice financier irréparable. Si par contre elle décide de ne pas produire cette preuve, elle n'aura pas droit à un «procès équitable», en ce sens qu'il lui sera impossible de présenter une défense pleine et entière face aux allégations d'une conduite fautive de la part du gouvernement. En bref, en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, l'appelante devra choisir entre un «procès inéquitable» et «une perte financière». Je ne veux pas dire ici que les intérêts privés d'une partie auront toujours priorité sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je vais l'expliquer, cette affaire n'en est pas une où ce dernier principe doit l'emporter. Finalement, je suis d'avis, avec égards, que le cadre analytique utilisé par les juges majoritaires pour déterminer les

This issue is dealt with more fully commencing at paragraph 35 of my reasons. My analysis begins with a brief recitation of the facts.

[4] The respondent, Sierra Club of Canada, is a well-known environmental organization with public interest standing in the underlying litigation. It seeks judicial review of the federal government's decision to provide financial assistance in the form of a \$1.5 billion guaranteed loan tied to the sale and construction of two CANDU nuclear reactors to China by the appellant, Atomic Energy of Canada Limited. Although joined as an intervener, Atomic Energy was granted party status. Sierra Club maintains that the authorization of financial assistance effected through the Export Development Corporation by the three respondent Ministers triggers the application of paragraph 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act* [S.C. 1992, c. 37]. That provision requires that an environmental assessment be undertaken before a "federal authority" provides financial assistance in regard to construction projects as defined in that legislation. Sierra Club takes the position that the responsible authorities have breached this statutory duty and, that it is entitled to various forms of relief including a declaration that ongoing construction in China is subject to an environmental assessment undertaken in accordance with the Canadian legislation.

[5] On the facts of the present case, the appellant and the government respondents take the position that the *Canadian Environmental Assessment Act* has no application. Alternatively, they maintain that if that legislation does apply there are statutory defences available under sections 8 and 54 of that Act. Specifically, it is argued that subsection 54(2) recognizes the validity of an environmental assessment carried out by a foreign authority provided that it is consistent with the requirements of the Canadian legislation. Finally, the appellant and government respondents argue that

cas où il y a lieu d'octroyer des ordonnances de confidentialité est fondamentalement défectueux. Ce qu'on nous présente est un cadre dans lequel l'octroi des ordonnances de confidentialité est fondé en grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes, plutôt que sur l'utilisation de critères objectifs. Je traiterai de cette question plus longuement à partir du paragraphe 35 de mes motifs. Mon analyse commence avec un bref rappel des faits.

[4] Le Sierra Club du Canada, intimé, est une organisation environnementale bien connue qui a qualité pour agir dans l'intérêt du public dans le présent litige. Il demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière, sous forme d'une garantie d'emprunt de 1,5 milliard de dollars, pour la vente à la Chine et la construction par l'appelante, Énergie atomique du Canada Limitée, de deux réacteurs nucléaires CANDU. Bien qu'intervenante, Énergie atomique a reçu le statut de partie. Le Sierra Club soutient que l'autorisation d'aide financière des trois ministres intimés, mise en œuvre par la Société pour l'expansion des exportations, enclenche l'application de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37]. Cette disposition exige qu'une évaluation environnementale soit faite avant qu'une «autorité fédérale» fournisse une aide financière aux projets de construction précisés dans la législation. Le Sierra Club soutient que les autorités responsables n'ont pas respecté cette obligation prévue par la loi et qu'il a droit à diverses réparations, notamment une déclaration que la construction en cours en Chine doit être soumise à l'évaluation environnementale prévue par la législation canadienne.

[5] Au vu des faits de la présente affaire, l'appelante et les intimés membres du gouvernement soutiennent que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* ne s'applique pas en l'espèce. Subsidiairement, ils soutiennent que si cette Loi s'applique, ils peuvent utiliser les moyens de défense prévus par les articles 8 et 54 de la Loi. Plus précisément, ils soutiennent que le paragraphe 54(2) reconnaît la validité d'une évaluation environnementale conduite par une autorité étrangère, à condition qu'elle soit compatible avec les exigences de la législation canadienne. Finalement,

even if Sierra Club is successful in establishing that the legislation has been breached, the Court in the exercise of its discretion should not grant the remedial relief sought. They base this argument on the fact that the Chinese authorities had undertaken an environmental assessment which is the equivalent of that required under the federal legislation and since the granting of prerogative relief is discretionary in nature that discretion should be exercised in favour of Atomic Energy and the respondent Ministers. (For the most part, the government respondents adopted the submissions of the appellant (intervener) and thus I will refer only to the position of the latter in these reasons.)

[6] This appeal is tied to only one of the 12 interlocutory proceedings initiated by either Sierra Club or Atomic Energy. It stems from a motion by the latter to introduce a supplementary affidavit together with three exhibits referred to in that document. Those exhibits pertain to an environmental assessment carried out by Chinese authorities in anticipation of the construction of the nuclear reactors and were provided to Atomic Energy on a confidential basis. The Chinese authorities granted Atomic Energy permission to use the information in order to make full defence to the allegation of wrongdoing levelled by Sierra Club so long as its confidentiality was preserved. Atomic Energy moved to have the supplementary affidavit introduced together with the three exhibits and for an order of confidentiality. The Motions Judge granted the request to file the affidavit and exhibits under rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], but denied the request for a confidentiality order brought under rule 151. The Motions Judge, however, did make an order enabling Atomic Energy to file edited versions of the confidential materials if it so wished. Atomic Energy appeals the refusal to grant the confidentiality order. Sierra Club cross-appeals the decision to allow Atomic Energy to file the supplementary affidavit and exhibits, in either edited or unedited form.

l'appelante et les intimés membres du gouvernement soutiennent que même si le Sierra Club pouvait démontrer qu'il y a eu infraction à la législation, la Cour devrait utiliser son pouvoir discrétionnaire et ne pas accorder la réparation demandée. Ils fondent cet argument sur le fait que les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale qui équivaut à celle exigée par la législation fédérale et que, comme l'octroi de réparations par voie de bref de prérogative est un acte discrétionnaire, ce pouvoir doit être exercé en faveur d'Énergie atomique et des ministres intimés. (Pour l'essentiel, les intimés membres du gouvernement ont adopté le point de vue de l'appelante (intervenante) et, par conséquent, je ne mentionnerai que ce point de vue dans mes motifs.)

[6] Le présent appel porte sur seulement une des 12 procédures interlocutoires engagées par le Sierra Club ou Énergie atomique. Il fait suite à la requête d'Énergie atomique de présenter un affidavit supplémentaire avec les trois pièces qui y sont mentionnées. Ces pièces portent sur l'évaluation environnementale à laquelle les autorités chinoises ont procédé en vue de la construction des réacteurs nucléaires. Elles ont été fournies à Énergie atomique sur une base confidentielle. Les autorités chinoises ont permis à Énergie atomique d'utiliser ces renseignements pour préparer une pleine défense face aux allégations de conduite fautive faites par le Sierra Club, à condition qu'on respecte leur confidentialité. Énergie atomique a demandé l'autorisation de déposer l'affidavit supplémentaire, avec les trois pièces en cause, ainsi que l'octroi d'une ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes a fait droit à la demande de déposer l'affidavit et les pièces en vertu de la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], mais il a rejeté la demande d'une ordonnance de confidentialité présentée en vertu de la règle 151. Toutefois, le juge des requêtes a délivré une ordonnance permettant à Énergie atomique de déposer des versions modifiées des documents confidentiels, si elle le désirait. Énergie atomique en appelle du refus de lui octroyer l'ordonnance de confidentialité. Le Sierra Club présente un appel incident contre la décision d'autoriser Énergie atomique à déposer l'affidavit supplémentaire et les pièces jointes, sous leur forme originale ou modifiée.

[7] My colleagues have concluded that the cross-appeal should be dismissed. I agree. Thus, the only question is whether the Motions Judge erred in refusing to grant the confidentiality order sought by Atomic Energy. In addressing this issue, my colleagues have adopted a contextual approach, one which requires consideration of several factors followed by an assignment of the “proper” weight to be given to each. In other words, they look upon the decision whether to grant a confidentiality order under rule 151 as one involving the exercise of judicial discretion as is required, for example, when a litigant is seeking an extension of time in which to file documents. Moreover, at paragraph 89 of their reasons, my colleagues maintain that the degree of public importance in any given case is a relevant factor “in the discretionary exercise of weighing the claims for confidentiality against the principle of openness in the administration of justice.” They also conclude that the Motions Judge assigned proper weight to this factor and, although he erred in another respect, that error did not vitiate his decision to deny the confidentiality order sought.

[8] In my respectful view, the analytical framework adopted by my colleagues is impracticable. What is proposed is a contextual framework empowering a motions judge to exercise his or her subjective appreciation as to the relevancy and weight of certain factors. The law, however, has always been vigilant in seeking out and adopting objective frameworks of analysis, if only for the purpose of combatting the perception that justice is a relative concept driven more by the ideological bent of the decision-maker than the need for consistency and certainty in the law. This very point was made by Viscount Haldane in *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), which remains a leading authority on the application of the principle of open justice. At page 438, Viscount Haldane stated: “The question [of confidentiality] is by no means one which, consistently with the spirit of our jurisprudence, can be dealt with by the judge as resting in his mere discretion as to what is expedient”. This is not to suggest that flexibility in the law is not a desirable

[7] Mes collègues ont conclu au rejet de l’appel incident et je partage leur avis. Par conséquent, la seule question qui reste est de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en n’accordant pas l’ordonnance de confidentialité demandée par Énergie atomique. En examinant cette question, mes collègues ont adopté une approche contextuelle, par laquelle il y a lieu d’examiner divers facteurs pour ensuite leur accorder un poids «approprié». En d’autres mots, ils abordent la décision quant à savoir si on doit accorder une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 comme si elle impliquait l’exercice du même pouvoir discrétionnaire utilisé, par exemple, lorsqu’une partie demande une prorogation du délai pour déposer des documents. De plus, au paragraphe 89 de leurs motifs, mes collègues soutiennent que le degré d’importance pour le public d’une affaire donnée est un facteur pertinent «dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de soupeser une demande de confidentialité par rapport au principe de publicité dans l’administration de la justice». Ils arrivent aussi à la conclusion que le juge des requêtes a donné un poids approprié à ce facteur et que, même s’il a commis une erreur par rapport à un autre aspect, cette erreur ne vient pas invalider sa décision de refuser l’ordonnance de confidentialité demandée.

[8] Avec égards, je suis d’avis que le cadre d’analyse adopté par mes collègues est impracticable. Ce qu’ils proposent est un cadre contextuel qui permettrait au juge des requêtes d’utiliser son évaluation subjective quant à la pertinence de certains facteurs et au poids à leur donner. Toutefois, on a toujours été très vigilants en droit dans la recherche et l’utilisation de cadres d’analyse objectifs, ne serait-ce que pour combattre la perception que la justice est un concept relatif qui dépend plus du point de vue idéologique du décideur que du besoin de cohérence et de certitude en droit. Le vicomte Haldane s’est penché sur cette question précise dans *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), un arrêt qui continue à faire jurisprudence au sujet de l’application du principe de la publicité des débats judiciaires. Le vicomte Haldane déclare, à la page 438: [TRADUCTION] «Selon notre conception du droit, cette question [de la confidentialité] ne saurait relever du simple pouvoir discrétionnaire du juge qui la trancherait en se fondant sur des considérations

attribute. But flexibility should never be confused with fluidity. The classic formulation of this view was eloquently stated in *Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879), at page 268:

For the sake of fixedness and uniformity, law must be treated as a solid, not as a fluid. It must have, and always retain, a certain degree of hardness, to keep its outlines firm and constant. Water changes shape with every vessel into which it is poured; and a liquid law would vary with the mental conformation of judges, and become a synonym for vagueness and instability.

[9] Admittedly, there are instances where a contextual approach is required as a matter of practical necessity. But where an objective model is available it must be preferred. In the reasons that follow, I offer what I regard as a more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information.

[10] I begin this portion of my analysis by turning briefly to the legal rationale underscoring our commitment to the principle of open justice. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the Supreme Court acknowledged two of the purposes underlying that principle. The first is tied to the belief that open proceedings foster the search for “truth” in both civil and criminal cases. The second is that the principle reflects the “importance of the public scrutiny of the courts”. Thus, for example, it is said that as freedom of the press is of fundamental significance to a democratic society “[t]he press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny” (*per* Cory J. at page 1339). In that same decision Wilson J. commented at page 1361 that the public interest in open trials is the ability of the press, and hence the public, to have complete reports of what takes place in the courtroom which is said to be rooted in the need: (1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by society; (3) to promote the sense that courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide the

pragmatiques». Je ne veux pas dire ici qu’il n’est pas nécessaire que le droit ait une certaine souplesse. Mais il ne faut pas confondre souplesse avec fluidité. La formulation classique de ce point de vue est exprimée de façon éloquente dans *Southern Star Lighting Rod Co. v. Duvall*, 64 Ga. 262 (1879), à la page 268:

[TRADUCTION] Pour garantir sa permanence et son uniformité, il faut traiter le droit comme un solide et non comme un fluide. Il doit avoir et conserver un certain degré de dureté pour garder une configuration ferme et constante. L’eau change sa forme au gré du contenant dans lequel on la verse; si le droit était liquide, il prendrait la forme de l’esprit des juges et deviendrait synonyme de flou et d’instabilité.

[9] Bien sûr, il y a des cas où une approche contextuelle s’imposera en pratique. Mais lorsqu’il existe un modèle objectif, il faut le privilégier. Dans mes motifs, je présente ce que je considère être un cadre décisionnel plus objectif quant à l’octroi des ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques.

[10] Je veux commencer cette partie de mon analyse en me penchant brièvement sur le raisonnement juridique qui sous-tend notre adhésion au principe de la publicité du processus judiciaire. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la Cour suprême a fait état de deux des objectifs qui sous-tendent ce principe. Le premier est relatif à la croyance que la publicité des débats dans les affaires civiles et criminelles favorise la recherche de la «vérité». Le deuxième est que le principe reflète «qu’il [est] important que le public puisse examiner le travail des tribunaux». Par exemple, on y déclare que comme la liberté de la presse est fondamentale dans une société démocratique, «[l]a presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public» (le juge Cory, à la page 1339). Dans ce même arrêt, le juge Wilson déclare, à la page 1361, que l’intérêt du public dans la tenue de procès publics est dans la capacité de la presse, et donc du public, d’avoir des comptes rendus complets de ce qui se passe en salle d’audience. Ceci tire son origine du besoin: 1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; 2) d’avoir une

community with an opportunity to learn how the justice system operates and how the law being applied daily affects them. The same reasoning applies equally to judicial review proceedings.

[11] No one can disagree with the understanding that the principle of open justice is a reflection of the basic democratic value of accountability in the exercise of judicial power. That being said, the notion of judicial accountability is much more than a ritualistic incantation to be invoked, for example, whenever judicial opinions are perceived as conflicting with public opinion or the notion of parliamentary sovereignty. Rather it is a principle of fundamental significance to the preservation of the rule of law. That rule provides that no one person is above the law and, therefore, all who come before it are entitled to equal treatment. Equality can only be assured through the application of the principle of open justice. But it has long been accepted that that principle must, on occasion, yield to a paramount principle; namely that at the end of the day “justice” is secured. This was the position forcefully advocated by Viscount Haldane L.C. in *Scott v. Scott*, *supra*, of which more is said below. Moreover, justice as an overarching principle is not a pious platitude but rather a reflection of the understanding that rules or principles should rarely be cast as absolutes. After all, the court process is merely a means to an end. This is why the identification of acceptable exceptions to principles or rules has always presented itself as the true challenge in formulating the law. Unfortunately, and with great respect, the jurisprudence of the Supreme Court provides us with little guidance. It simply tells us that the exceptions will arise in those cases “where there is . . . a need to protect social values of superordinate importance”: see *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pages 186-187.

magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; 3) de favoriser le sentiment que les tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; 4) de permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l’application quotidienne du droit la touche. Ce raisonnement s’applique également aux demandes de contrôle judiciaire.

[11] Personne ne peut être en désaccord avec le fait que le principe de publicité du processus judiciaire reflète la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité pour l’exercice du pouvoir judiciaire. Ceci étant dit, l’imputabilité du pouvoir judiciaire n’est pas seulement une incantation rituelle à invoquer, par exemple, lorsque les décisions des tribunaux sont perçues comme étant en conflit avec l’opinion publique ou avec la souveraineté du Parlement. En fait, c’est un principe fondamental si l’on veut garantir le maintien de la primauté du droit. La règle de la primauté du droit établit que personne n’échappe à la loi et, par conséquent, que tous ceux qui y sont soumis ont droit au même traitement. Cette égalité de traitement ne peut être garantie que par la mise en œuvre du principe de publicité des débats judiciaires. On a toutefois accepté depuis longtemps qu’à l’occasion, ce principe doit céder le pas à un autre principe encore plus fondamental, savoir qu’en définitive, il faut que «justice» soit faite. C’est là le point de vue que défend avec force le vicomte Haldane, lord chancelier, dans *Scott v. Scott*, précité. Je reparlerai de cet arrêt plus loin. De plus, la justice vue comme un principe accepté de tous n’est pas de la nature d’un vœu pieux, mais elle reflète notre compréhension que les règles et les principes sont rarement absolus. Après tout, le processus judiciaire n’est qu’un moyen et non une fin. C’est pourquoi la détermination des exceptions pouvant être apportées aux règles ou principes est en fait le vrai défi lorsqu’il s’agit de dire le droit. Avec tous les égards dus à la Cour suprême, je me permets de regretter que ses arrêts ne nous éclairent pas beaucoup en l’instance. Elle nous dit seulement qu’il y aura des exceptions dans les affaires «s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance»: voir *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 186.

[12] There can be no one analytical framework for the granting of confidentiality or protective orders. For example, in the area of family law the issuance of confidentiality orders is more often than not driven by the need to protect the privacy interests of innocent parties—children. Obviously this overarching consideration has no application to the present case and so it is that the law governing the issuance of confidentiality orders must respond to a plethora of factual patterns. However, the task of isolating an analytical framework is greatly simplified in the present case once it is recognized that the present law already provides an exception for confidential information which qualifies as a “trade secret”. According to established principles, a trade secret constitutes a species of property which can be protected by way of injunction. For this reason, the law will not permit disclosure of a trade secret during the course of a trial when to do so would have the effect of destroying the owner’s proprietary right and exposing him or her to irreparable harm in the form of a financial loss. This explains why the jurisprudence holds that a confidentiality order must issue where “the subject matter of the action would be destroyed” if the doors of the courtroom were to remain open.

[13] While the present case does not involve a trade secret, I cannot think of any reason why similar treatment cannot be extended to cases involving commercial or scientific information which can be reasonably viewed as having been acquired or accumulated on a confidential basis. More often than not such information is of value to a party’s competitors. The present case falls within this narrow class. In my opinion the following criteria can be reasonably viewed as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order in cases where a party is seeking to prevent the disclosure of information: (1) the information is of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential; (2) the information for which confidentiality is sought is not already in the public domain; (3) on a balance of probabilities the party seeking the confidentiality order would suffer irreparable harm if the information were made public; (4) the information is relevant to the

[12] Il ne peut y avoir qu’un seul cadre d’analyse lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a lieu d’octroyer des ordonnances de confidentialité ou de non-divulgaration. Par exemple, l’octroi d’ordonnances de confidentialité dans des affaires de droit de la famille est souvent soumis au besoin de protéger la vie privée des innocents, en l’instance les enfants. Il est clair qu’il n’y a pas de facteur aussi clairement accepté de tous en l’instance, et donc que le droit gouvernant l’octroi d’ordonnances de confidentialité doit tenir compte d’une pléthore de faits. Toutefois, la tâche de déterminer le cadre analytique applicable en l’instance est grandement simplifiée si l’on tient compte du fait que le droit actuel fournit déjà une exception pour protéger la confidentialité des renseignements qui sont désignés comme des «secrets industriels». Selon les principes établis, les secrets industriels constituent une forme de propriété qui peut être protégée par une injonction. Pour ce motif, on ne permet pas en droit la divulgation de secrets industriels au cours d’un procès lorsque cela aurait pour effet de rendre sans objet les droits du propriétaire et l’exposerait à un préjudice financier irréparable. Ceci explique pourquoi la jurisprudence porte qu’il y a lieu d’octroyer une ordonnance de confidentialité lorsque [TRADUCTION] «l’objet même de l’action serait annihilée» si l’audience ne se tenait pas à huis clos.

[13] Bien que la présente affaire ne porte pas sur des secrets industriels, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas accorder un traitement similaire aux affaires portant sur des renseignements commerciaux et scientifiques qu’on peut raisonnablement considérer avoir été acquis ou recueillis sur une base confidentielle. Dans la plupart des cas, de tels renseignements ont une valeur pour les concurrents de la partie en cause. La présente affaire se situe dans ce créneau étroit. Selon moi, les critères suivants peuvent être raisonnablement adoptés lorsqu’il s’agit de justifier l’octroi d’une ordonnance de confidentialité dans les cas où une partie cherche à empêcher la divulgation de renseignements: 1) les renseignements sont de nature confidentielle et non seulement des faits qu’une personne désire ne pas divulguer; 2) les renseignements qu’on veut protéger ne sont pas du domaine public; 3) selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentia-

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

[14] The first criterion distinguishes between information which can reasonably be regarded as having been accumulated or acquired on the basis that it would remain confidential as opposed to factual information which a litigant wishes to keep confidential. The quintessential example of this distinction is found in *Scott v. Scott*, *supra*. In that case Mrs. Scott filed for divorce on the ground that the marriage to Mr. Scott was a nullity by reason of his impotence, it being established that she remained a virgin. The parties were able to persuade the divorce court to hear the petition *in camera*. Ultimately, a *decree absolute* issued but Mrs. Scott obtained and distributed a copy of the transcript of the proceedings to other persons after learning that Mr. Scott had allegedly been making unflattering comments about her sanity. Initially, the issue was whether the former Mrs. Scott should be held in contempt of court for disclosing what had transpired at the divorce hearing. The House of Lords answered the question in the negative on the basis that the divorce court was without jurisdiction to hear a nullity suit *in camera* and in “the interest of

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

[14] Le premier critère permet de faire la distinction entre les renseignements qui peuvent raisonnablement être considérés comme ayant été acquis ou recueillis sur une base de confidentialité et les faits qu’une partie à un litige voudrait ne pas vouloir dévoiler. L’exemple classique de cette distinction se trouve dans l’arrêt *Scott v. Scott*, précité. Dans cette affaire, M^{me} Scott a demandé le divorce au motif que son mariage était nul parce que M. Scott était impuissant, ce qu’elle a prouvé en démontrant qu’elle était restée vierge. Les parties ont obtenu que la cour saisie du divorce procède à huis clos. Un décret définitif a été rendu, mais M^{me} Scott a mis la main sur une copie de la transcription des débats et l’a distribuée à un certain nombre de personnes, après avoir appris que M. Scott aurait fait des commentaires peu élogieux au sujet de sa santé mentale. À l’origine, la question en litige portait sur le fait de savoir si l’ex-M^{me} Scott devait être déclarée coupable d’outrage au tribunal pour avoir communiqué le contenu des débats. La Chambre des lords a répondu à cette question par la négative, au motif que la cour saisie du divorce n’avait pas

public decency". The point is simply this. There is a difference between information which is accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential and facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed.

[15] While the *Scott* case is a family law case, there are two Ontario decisions dealing with the issuance of a protective order in which the litigants were commercial parties. In both cases confidentiality was being sought because of the potential for financial loss flowing from disclosure of the facts surrounding the lawsuit. In *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Gen. Div.), the corporate plaintiff, a publicly-traded company, argued that if the facts underlying its lawsuit became public it would lose the confidence of its customers and, therefore, there would be serious financial consequences for its shareholders. The plaintiff was unsuccessful in obtaining either of its requests: an order allowing the proposed action to proceed under a pseudonym and the sealing of the court record to keep confidential the fact of the commencement of the action, as well as to ensure that no publication would be made of any document filed in the action. In effect, *MDS, supra*, is an example of a case where the risk of financial loss did not arise from the disclosure of confidential information but rather from the factual matrix surrounding the lawsuit. The same can be said of the decision in *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Ont. Gen. Div.). In that case, a protective order was refused in circumstances where some of the parties might have suffered financial loss because of the publicity surrounding the lawsuit.

[16] On the facts of this case, the first criterion is easily satisfied. The information which Atomic Energy wishes to keep confidential is of a commercial nature and of interest to its competitors (see discussion *infra* dealing with the issue of irreparable harm). From the outset the information contained within the three exhibits would be recognized as being of a confiden-

compétence pour entendre une demande d'annulation à huis clos, ainsi que pour [TRADUCTION] «préserver les convenances». Ce que je veux illustrer ici est le fait qu'il y a une différence entre des renseignements recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteront confidentiels et des faits qu'une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos.

[15] L'affaire *Scott* portait sur une question de droit familial, mais il existe deux décisions de l'Ontario qui traitent de l'octroi d'une ordonnance de non-divulgence dans un litige entre des parties en affaires. Dans les deux cas, on demandait la confidentialité pour éviter les pertes financières pouvant découler de la divulgation des faits en cause. Dans *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Div. gén.), la demanderesse, une société cotée en bourse, a soutenu que si les faits invoqués dans son action étaient divulgués au public, elle perdrait la confiance de ses clients et, par conséquent, qu'il en résulterait des conséquences financières négatives pour ses actionnaires. La demanderesse sollicitait une ordonnance permettant de procéder sous un pseudonyme ainsi que l'apposition de scellés au dossier de la cour, pour que l'existence de l'action reste confidentielle et pour garantir qu'on ne publierait aucun des documents déposés dans l'action. Elle n'a eu gain de cause sur aucun de ces deux aspects. En fait, *MDS*, précité, est un bon exemple d'une affaire où le risque de perte financière ne trouve pas sa source dans la divulgation de renseignements confidentiels, mais dans les faits mêmes à l'origine de l'affaire. On peut dire la même chose de la décision *McCreadie v. Rivard* (1995), 43 C.P.C. (3d) 209 (Div. gén. Ont.). Dans les circonstances de cette affaire, où certaines parties pouvaient subir des pertes financières par suite de la publicité entourant l'action en justice, on a refusé d'octroyer une ordonnance de non-divulgence.

[16] Les faits de la présente affaire démontrent qu'on a satisfait au premier critère. Les renseignements qu'Énergie atomique ne veut pas voir divulguer sont de nature commerciale et ils présentent un intérêt pour ses concurrents (voir plus loin l'analyse portant sur le préjudice irréparable). Dès le début, les renseignements contenus dans les trois pièces ont été

tial nature. This is a case where a claim of confidentiality has a sound footing; it is not one where a litigant is asking that essential facts or the truth be withheld from the public.

[17] The second criterion is whether the information to be given protective status has always been treated as such. This requirement must extend not only to the party seeking the confidentiality order but also to third parties who may have accumulated the information and who have provided the litigant with a copy for limited purposes. The rationale underlying this criterion is self-evident. No one may claim confidentiality for information which is already in the public domain. In circumstances where the person accumulating the information loses the right to control its dissemination, either because of a conscious decision or through inadvertence, the right of a litigant to a confidentiality order is also lost. On the facts of the present case, it is common ground that Atomic Energy and the Chinese authorities have always treated the exhibits in a confidential manner. For this reason I need not review the elaborate measures undertaken by Atomic Energy to preserve the confidentiality of the information provided by the Chinese authorities.

[18] The third criterion imposes an obligation on the party seeking the confidentiality order to establish on a balance of probabilities that its proprietary or commercial interests could be harmed by the disclosure of the information. In effect, this criterion involves the application of the irreparable harm test universally applied in injunctive proceedings, including those involving trade secrets. At this juncture, however, I must acknowledge that the jurisprudence emanating from the Trial Division of this Court includes both a subjective and an objective test: see *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.); *affd* on other grounds [2000] 3 F.C. 360 (C.A.). The subjective test requires the party seeking the confidentiality order to show that it believes that the information which it seeks to protect is confidential and would be harmful

reconnus comme étant confidentiels. Il s'agit donc ici d'une affaire où la demande de préserver la confidentialité est bien fondée, et non d'une affaire où une partie chercherait à cacher la vérité ou des faits essentiels au public.

[17] Le deuxième critère porte que les renseignements dont on demande la confidentialité doivent toujours avoir été traités de manière confidentielle. Cette exigence ne vise pas seulement la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité, mais aussi les tiers qui ont pu recueillir l'information et en fournir copie à une partie à certaines fins précises. La justification de ce critère est évidente. Personne ne peut demander qu'on garde confidentiels des renseignements qui sont déjà dans le domaine public. Dans les circonstances où la personne qui a recueilli les renseignements perd le droit d'en contrôler la diffusion, soit par suite d'une décision réfléchie ou par inadvertance, la partie concernée perd automatiquement son droit d'obtenir une ordonnance de confidentialité. Au vu des faits de la présente affaire, il est admis qu'Énergie atomique et les autorités chinoises ont toujours traité les pièces comme des documents confidentiels. Étant donné ce fait, il n'est pas nécessaire que j'examine les mesures très élaborées prises par Énergie atomique pour préserver la confidentialité des renseignements qui lui ont été transmis par les autorités chinoises.

[18] Le troisième critère exige que la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité démontre, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements nuirait à ses intérêts commerciaux ou à ses droits. En fait, ce critère implique l'utilisation du critère de préjudice irréparable qui est universellement appliqué dans les procédures de demande d'injonction, y compris celles qui portent sur des secrets industriels. Toutefois, je dois reconnaître ici que la jurisprudence de la Section de première instance de notre Cour comporte à la fois un critère subjectif et un critère objectif: voir *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1^{re} inst.); décision confirmée pour d'autres motifs [2000] 3 C.F. 360 (C.A.). Le critère subjectif exige que la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité démontre

to its interests if disclosed. Quite frankly, I am unable to appreciate the rationale underscoring the need for a subjective component of the irreparable harm test. If the moving party is able to establish irreparable harm on an objective basis, which it must, why would the law also impose an additional subjective component? In my respectful view, the objective test is sufficient.

[19] It bears repeating that the notion of irreparable harm does not apply to cases where a litigant is simply exposed to the risk of financial harm as a result of the factual matrix surrounding the lawsuit becoming public. The distinction outlined earlier between information of a confidential nature and facts which litigants would like to keep confidential is not to be overtaken by the plea of economic loss: see *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *McCreadie v. Rivard*, *supra*.

[20] Once again it is common ground that Atomic Energy will be exposed to irreparable financial harm if the confidential information in question is made public since it would provide Atomic Energy's competitors with technical and financial information otherwise unavailable to them. It contains site-specific plant layout and numerous matters relating to the efficiency of the Canadian reactors, e.g. fuel consumption and operational features, in short, the type of information which is of interest to Atomic Energy's competitors. There is also the potential for harm to Atomic Energy's relations with its Chinese customers and other existing and potential customers and, in turn, to Atomic Energy's reputation. This flows from the fact that Atomic Energy requires that its customers provide it with the type of confidential information contained in the documents in issue. In return Atomic Energy gives an undertaking to maintain confidentiality. Atomic Energy's ability to maintain the confidentiality of such material is understandably important to its commercial success.

qu'elle croit que les renseignements qu'elle désire protéger sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. Très franchement, je ne comprends pas pourquoi il est nécessaire d'établir une composante subjective au sein du critère du préjudice irréparable. Si le requérant peut démontrer de façon objective l'existence du préjudice irréparable, ce qu'il doit faire, pourquoi le droit exigerait-il qu'il démontre l'existence d'une composante subjective? Avec égards, je suis d'avis que le critère objectif est suffisant.

[19] Il n'est pas inutile de répéter ici que la notion de préjudice irréparable ne s'applique pas à des affaires où une partie est tout simplement exposée au risque de perte financière par suite de la divulgation des faits en cause dans l'affaire. La distinction expliquée plus tôt entre les renseignements de nature confidentielle et les faits que les parties voudraient ne pas voir divulguer ne peut être mise de côté pour cause de perte financière: voir *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, et *McCreadie v. Rivard*, précité.

[20] Encore une fois, il est admis qu'Énergie atomique subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels en question sont divulgués, étant donné que ses concurrents obtiendraient alors des renseignements techniques et financiers qu'ils ne peuvent obtenir maintenant. On y trouve des dessins d'usines détaillés faits en fonction de sites particuliers ainsi que plusieurs considérations portant sur le rendement des réacteurs canadiens, notamment leur consommation de carburant et autres caractéristiques opérationnelles. Bref, c'est là le genre de renseignements qui intéressent les concurrents d'Énergie atomique. Il peut aussi y avoir un préjudice dans les relations d'Énergie atomique avec ses clients chinois et avec ses autres clients existants ou potentiels, ainsi qu'à la réputation d'Énergie atomique. Ceci est dû au fait qu'Énergie atomique exige que ses clients lui fournissent les renseignements confidentiels contenus dans les documents en cause, en contrepartie de quoi elle s'engage à préserver leur confidentialité. Il va de soi que le succès commercial d'Énergie atomique dépend en partie de sa capacité de garder de tels renseignements confidentiels.

[21] This case adds a further dimension to the notion of irreparable harm in that the refusal to grant a confidentiality order harms not only the legitimate interests of Atomic Energy but also those of a third party and non-litigant, the Chinese authorities. Two of the three documents for which a confidentiality order is sought involve environmental impact studies prepared by the Chinese authorities. One is a comprehensive, detailed and site-specific analysis of the project. The other relates to construction and design aspects of the nuclear reactors. Both documents were prepared as part of an ongoing environmental assessment of the project and constitute conditions precedent to the issuance of a licence to operate a nuclear power plant under Chinese law. The third document, consisting of 18 volumes includes, for example, the site-specific plant layout and was prepared jointly by Atomic Energy and the Chinese authorities. Because of a confidentiality order issued by this Court there are other facts which I cannot reproduce in these reasons for judgment. Suffice it to say that it does not take a great deal of imagination to appreciate why any government would balk at the prospect of revealing the site-plans for its nuclear installations.

[22] The fourth criterion is whether the information for which a confidentiality order is sought is relevant to the legal issues raised in the pleadings. If not, the application for a confidentiality order should be summarily dismissed. Conversely, however, the fact that confidential information is relevant to the legal issues to be addressed in the judicial review application is not a sufficient ground for granting the confidentiality order. It remains to be determined whether the information is a necessary component of the moving party's case. In the present instance, it is common ground that the confidential information is relevant to the issues that will be placed before a motions judge. The critical issue is whether the confidential documents are necessary to Atomic Energy's successful defence of the allegation of wrongdoing on the part of the government. Before turning to that question it must be emphasized that in

[21] Cette affaire comprend une autre dimension à rattacher à la notion de préjudice irréparable, étant donné que le refus d'octroyer une ordonnance de confidentialité est au détriment non seulement des intérêts légitimes d'Énergie atomique, mais aussi de ceux d'un tiers qui n'est pas partie au litige, savoir les autorités chinoises. Deux des trois documents visés par la demande d'une ordonnance de confidentialité portent sur des études de répercussions environnementales préparées par les autorités chinoises. Un des documents est une analyse complète et détaillée du site du projet. L'autre porte sur la conception et la construction des réacteurs nucléaires. Ces deux documents ont été préparés dans le cadre d'une évaluation environnementale du projet qui est en cours et ils étaient nécessaires à l'obtention d'un permis d'exploiter une usine d'énergie nucléaire en vertu du droit chinois. Le troisième document, qui a 18 volumes, comprend notamment les dessins d'usines détaillés faits en fonction du site et il a été préparé conjointement par Énergie atomique et les autorités chinoises. L'existence d'une ordonnance de confidentialité délivrée par notre Cour fait que je ne peux mentionner certains autres faits dans ces motifs. Il suffit de dire qu'il n'est point besoin de beaucoup d'imagination pour comprendre pourquoi un gouvernement résisterait à l'idée de révéler les plans de site de ses installations nucléaires.

[22] Le quatrième critère porte sur la question de savoir si les renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées par les actes de procédure. Si ce n'est pas le cas, la demande d'ordonnance de confidentialité doit être rejetée sans formalités. Inversement, le fait que les renseignements confidentiels sont pertinents quant à la résolution des questions juridiques soulevées dans la demande de contrôle judiciaire n'est pas toutefois un motif suffisant d'octroyer l'ordonnance de confidentialité. Il faut d'abord déterminer si les renseignements en cause sont une composante nécessaire dans la présentation du point de vue du requérant. En l'instance, il est admis que les renseignements confidentiels sont pertinents quant aux questions qui seront soumises au juge des requêtes. La question fondamentale est de savoir si les documents

some cases the relevancy of the information for which a confidentiality order is sought will be in issue.

[23] The issue of relevancy is best exemplified by *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.), a case cited by my colleagues in support of the proposition that the level of public interest in a case is a relevant consideration when deciding whether to issue a confidentiality order. The facts of that case are relatively straightforward. The plaintiff, Ethyl Canada Ltd., sought a declaration that the *Manganese-based Fuel Additives Act*, S.C. 1997, c. 11, was *ultra vires* the federal government under the distribution of powers. That legislation bans the importation and interprovincial transportation of a certain gasoline additive used to increase octane levels. The Canadian Vehicle Manufacturers' Association was granted party intervener status and permitted to introduce evidence and cross-examine with respect to the negative impact of the additive on vehicle emission control systems and vehicle performance. Several car manufacturers, including Honda and General Motors, had provided confidential testing information to the intervener which revealed the negative impact of the additive on the manufacturers' cars, information which they did not want to make public. The intervener was willing to provide unedited versions to Ethyl Canada and the Court, provided the documents made available to the public were edited so as not to reveal the identity of specific makes of vehicles adversely affected by the additive. The plaintiff moved for full disclosure, the intervener brought a cross-motion for a partial-sealing order. The motion to compel disclosure was allowed, the cross-motion was dismissed.

[24] While doubting that disclosure would result in harm to the car manufacturers, the Motions Judge in

confidentiels sont nécessaires pour qu'Énergie atomique soit en mesure de présenter une défense valable face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Avant d'examiner cette question, il faut souligner que dans certains cas la pertinence des renseignements pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité sera litigieuse.

[23] On trouve un excellent exemple portant sur la pertinence dans *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Div. gén. Ont.), une affaire que mes collègues citent à l'appui de leur point de vue que le degré d'intérêt du public dans une affaire est une considération pertinente lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'octroyer une ordonnance de confidentialité. Les faits de cette affaire sont relativement simples. La demanderesse, Ethyl Canada Ltd., demandait un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, ch. 11, était *ultra vires* du gouvernement fédéral en vertu de la répartition des compétences. Cette Loi interdit l'importation et le transport entre les provinces d'une substance ajoutée à l'essence pour augmenter son indice d'octane. L'Association canadienne des constructeurs de véhicules a reçu le statut de partie comme intervenante et a été autorisée à présenter une preuve et à contre-interroger au sujet de l'impact négatif de l'additif sur les systèmes de contrôle de pollution des véhicules ainsi que sur leur rendement en général. Plusieurs constructeurs d'automobiles, y compris Honda et General Motors, avaient fourni à l'intervenante des renseignements confidentiels révélant l'impact négatif de l'additif en question sur leurs voitures et ils désiraient que ces renseignements ne soient pas divulgués. L'intervenante était disposée à fournir des versions intégrales des documents à Ethyl Canada et à la cour, sous réserve que les documents soient modifiés avant d'être rendus publics afin qu'on ne puisse savoir sur quels modèles de voitures l'additif avait eu un impact négatif. La demanderesse réclamait la pleine divulgation, alors que l'intervenante a présenté une requête incidente pour obtenir une ordonnance partielle de scellés. La requête sollicitant la divulgation a été accueillie, alors que la requête incidente était rejetée.

[24] Tout en exprimant des doutes que la divulgation causerait un préjudice aux fabricants d'automobiles, le

Ethyl Canada, supra, concluded that even if harm were a possibility it was not so great as to outweigh the public interest in disclosure for two reasons. First, the Motions Judge doubted that an interested citizen could appreciate the significance of the data and its implications. Second, in holding that public interest in full disclosure outweighed the private interest in confidentiality she alluded to the magnifying effect of the fact that the litigation involved “an important public law case”. In my respectful view, however, a more fundamental issue was whether the affidavit evidence from the car manufacturers was of any relevance to the constitutional issue at hand. Whether or not the federal government possesses the competence to adopt the legislation in question is not, as far as I am aware, dependent on whether the gasoline additive is or is not harmful to automobile engines. The wisdom of Parliament in passing the legislation is not a justiciable matter, only its competence to do so.

[25] Returning to the facts of this case, it is not open to question that the information in question is relevant to the legal issues at hand. The question is whether it is necessary to the resolution of the legal issues raised by the parties. The significance of the fifth criterion was affirmed by Viscount Haldane L.C. in *Scott v. Scott, supra*, at pages 437-439:

There it may well be that justice could not be done at all if it had to be done in public. As the paramount object must always be to do justice, the general rule as to publicity, after all only the means to an end, must accordingly yield. But the burden lies on those seeking to displace its application in the particular case to make out that the ordinary rule must as of necessity be superseded by this paramount consideration. The question is by no means one which, consistently with the spirit of our jurisprudence, can be dealt with by the judge as resting in his mere discretion as to what is expedient. The latter must treat it as one of principle, and as turning, not on convenience, but on necessity.

juge des requêtes dans *Ethyl Canada*, précité, a conclu que même s’il y avait possibilité de préjudice, cette possibilité n’était pas assez importante pour primer l’intérêt du public à la divulgation, pour les deux motifs suivants. Premièrement, le juge des requêtes a exprimé des doutes quant à savoir si un citoyen intéressé pouvait vraiment comprendre la signification des données et ce qu’elles supposaient. Deuxièmement, en concluant que l’intérêt du public à la pleine divulgation primait l’intérêt privé à la confidentialité, le juge des requêtes a fait mention de l’attention supplémentaire qu’attirait un litige impliquant [TRADUCTION] «une affaire importante de droit public». Toutefois, et avec égards, je suis d’avis que la vraie question fondamentale était de savoir si la preuve par affidavit en provenance des fabricants d’automobiles était pertinente quant au règlement de la question constitutionnelle posée. La question de savoir si le gouvernement fédéral a compétence pour adopter la législation en cause ne dépend aucunement, en autant que je sache, du fait de savoir si l’additif à l’essence avait un impact négatif ou non sur les moteurs des automobiles. C’est la compétence du Parlement pour adopter la législation qui peut faire l’objet d’une contestation devant les tribunaux et non le bien-fondé de son adoption.

[25] Pour en revenir à l’affaire en l’instance, on ne peut douter que les renseignements en cause sont pertinents dans la résolution des questions juridiques soulevées. La question est de savoir s’ils sont nécessaires à la résolution des questions juridiques soulevées par les parties. L’importance du cinquième critère a été énoncé par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans *Scott v. Scott*, précité, aux pages 437 à 439:

[TRADUCTION] Dans un tel cas, la publicité des débats pourrait bien empêcher que justice soit effectivement rendue. L’objectif fondamental étant toujours de faire justice, le principe général quant à la publicité des débats, qui n’est après tout qu’un moyen pour arriver à une fin, doit par conséquent céder le pas. Mais il incombe à ceux qui cherchent à déroger au principe général dans un cas donné de démontrer que la règle ordinaire doit, par nécessité, céder le pas à cette considération fondamentale. Selon notre conception du droit, cette question ne saurait relever du simple pouvoir discrétionnaire du juge qui la trancherait en se fondant sur des considérations pragmatiques. Il incombe au contraire à ce dernier de l’envisager sur le plan des principes, où doivent intervenir les considérations de nécessité et non d’expédient pratique.

But unless it be strictly necessary for the attainment of justice, there can be no power in the Court to hear in camera either a matrimonial cause or any other where there is contest between parties. He who maintains that by no other means than by such a hearing can justice be done may apply for an unusual procedure. But he must make out his case strictly, and bring it up to the standard which the underlying principle requires. He may be able to shew that the evidence can be effectively brought before the Court in no other fashion. . . . The mere consideration that the evidence is of an unsavoury character is not enough, any more than it would be in a criminal Court, and still less is it enough that the parties agree in being reluctant to have their case tried with open doors.

If the evidence to be given is of such a character that it would be impracticable to force an unwilling witness to give it in public, the case may come within the exception to the principle that in these proceedings, and not the less because they involve an adjudication on status as distinguished from mere private right, a public hearing must be insisted on in accordance with the rules which govern the general procedure in English Courts of justice. A mere desire to consider feelings of delicacy or to exclude from publicity details which it would be desirable not to publish is not, I repeat, enough as the law now stands. I think that to justify an order for hearing in camera it must be shewn that the paramount object of securing that justice is done would really be rendered doubtful of attainment if the order were not made.

[26] In summary, Viscount Haldane posits that the general principle of openness in court proceedings cannot be displaced unless it is shown that justice can be achieved only by closing the courtroom doors. Thus, the moving party must establish that the granting of the confidentiality order is necessary in the sense that there is no other effective way of introducing essential evidence. It cannot be doubted that the information for which Atomic Energy seeks a confidentiality order is essential to the defence of its case. Assuming that the *Canadian Environmental Assessment Act* is triggered by the loan transaction, Atomic Energy is entitled to raise subsection 54(2) of that legislation which recognizes the validity of an environmental assessment carried out by foreign authorities, provided that the assessment meets the Canadian requirements: see also *Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations*, SOR/96-491.

Toutefois, à moins que la chose soit absolument nécessaire pour que justice soit faite, les tribunaux n'ont pas la compétence d'entendre une affaire matrimoniale ou toute autre affaire à huis clos lorsque les parties ne s'entendent pas. Celui qui maintient qu'on ne peut faire justice qu'en obtenant le huis clos peut présenter une demande afin d'obtenir cette mesure inhabituelle. Mais il est tenu de faire une démonstration stricte de ce fait, afin de respecter la norme exigée par le principe de base. Il se peut qu'il puisse démontrer qu'il n'y a pas d'autre façon de présenter efficacement la preuve au tribunal [. . .] Le seul fait que la preuve a un caractère peu reluisant ne suffit pas, pas plus qu'il ne suffirait dans une affaire criminelle. Il est encore moins envisageable de procéder ainsi seulement parce que les parties sont d'accord pour désirer que l'affaire ne soit pas divulguée au public.

Si le témoignage attendu est de telle nature qu'il serait impraticable d'exiger d'un témoin récalcitrant qu'il procède en public, il se peut que l'affaire constitue une exception au principe qui veut que ces procédures, et il n'en est pas moins ainsi du fait qu'elles impliquent un jugement sur une question de statut contrairement à un jugement qui ne porterait que sur un droit privé, doivent se tenir en public en accord avec les règles qui gouvernent la procédure générale des tribunaux de justice en Angleterre. Le seul fait qu'on puisse avoir des réserves ou qu'on veuille exclure la diffusion de détails qu'on préférerait garder confidentiels ne suffit pas, je le répète, au vu du droit existant. Je suis d'avis que pour justifier une ordonnance de huis clos, il faut démontrer qu'il serait douteux qu'on puisse atteindre l'objectif primordial de garantir que justice soit faite, si l'ordonnance n'était pas octroyée.

[26] En résumé, le vicomte Haldane postule que le principe général de publicité des procédures judiciaires ne peut faire l'objet d'exception, sauf si on peut démontrer que pour rendre justice il faut décréter le huis clos. En conséquence, le requérant doit démontrer que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire, en ce sens qu'il n'y a pas d'autre façon efficace de présenter une preuve essentielle. On ne peut mettre en doute le fait que les renseignements qu'Énergie atomique veut protéger par l'obtention d'une ordonnance de confidentialité sont essentiels à la présentation de sa défense en l'instance. À supposer que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* soit enclenchée par l'opération de prêt, Énergie atomique a le droit d'invoquer le paragraphe 54(2) de cette Loi, puisqu'on y reconnaît la validité d'une évaluation environnementale conduite par des autorités étrangères, sous réserve que l'évaluation satisfasse aux exigences canadiennes: voir aussi le *Règlement sur le*

[27] Accepting that the confidential information contained within the three exhibits attached to the supplementary affidavit is essential to Atomic Energy's defence, it remains to be considered whether there are alternative means by which that information may be introduced without breaching confidences and exposing Atomic Energy to irreparable harm. If no viable option exists then the issuance of a protective order arises as a matter of necessity. Two possibilities have been raised in this case. The first was raised by the Motions Judge and involves the expungement of confidential information from the documents in issue and the filing of edited versions. The second is raised by my colleagues who suggest that the non-confidential summaries of the reports (the confidential documents) may go a long way to compensate for the absence of the reports themselves if Atomic Energy decides not to place them into evidence without a confidentiality order. If either option constitutes an effective means by which the confidential information may be introduced into evidence then the refusal to grant the protective order sought by Atomic Energy is justified.

[28] With respect to the first option, it is my respectful opinion that the expungement of confidential information from the documents in question is not a viable option. Putting aside the fact that both parties are opposed to this remedial option and that it was not raised by either party before the Motions Judge, there are other valid grounds for rejecting this solution. There is an untested assumption that confidential information and information relating to the environmental aspects of the construction of the nuclear reactors are mutually exclusive. This is not necessarily so. Admittedly, the only way of testing the assumption is to examine the documents for which a confidentiality order is being sought. This the Motions Judge did not do. Whether that omission is of itself an error of law is not a matter with which I need be concerned. The reality is that the documents in question are voluminous and highly technical. Without the cooperation and approval of the Chinese authorities, any

processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada, DORS/96-491.

[27] Une fois qu'il a été reconnu que les renseignements confidentiels se trouvant dans les trois pièces attachées à l'affidavit supplémentaire sont essentiels à la défense d'Énergie atomique, il reste à examiner s'il y a d'autres moyens qui permettraient de produire ces renseignements sans faire une entorse à la confidentialité et sans exposer Énergie atomique à un préjudice irréparable. S'il n'y a pas une telle option, alors l'octroi de l'ordonnance de non-divulgence s'impose comme nécessaire. En l'instance, on a soulevé deux options. La première, présentée par le juge des requêtes, vise le retrait des renseignements confidentiels contenus dans les documents en cause pour en produire des versions modifiées. La deuxième, soulevée par mes collègues, porte que les résumés non confidentiels des rapports (les documents confidentiels) pourraient dans une large mesure compenser l'absence des rapports eux-mêmes si Énergie atomique décide de ne pas les déposer en l'absence d'une ordonnance de confidentialité. Si l'une ou l'autre de ces options est efficace et permet de produire en preuve les renseignements confidentiels, alors le refus d'accorder l'ordonnance de non-divulgence demandée par Énergie atomique est justifié.

[28] Quant à la première option, je suis d'avis avec égards que cette option de retirer les renseignements confidentiels des documents en cause n'est pas viable. En sus du fait que les deux parties s'opposent à cette option, qui n'a pas été soulevée par elles devant le juge des requêtes, il y a d'autres motifs valables de rejeter cette idée. À la base de cette idée, il y a une hypothèse non confirmée que les renseignements confidentiels et ceux qui portent sur les aspects environnementaux de la construction des réacteurs nucléaires peuvent être distingués. Ce n'est pas nécessairement le cas. Il est clair que la seule façon de vérifier l'hypothèse est d'examiner les documents pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité, ce que le juge des requêtes n'a pas fait. Je n'ai pas à me préoccuper ici de savoir si cette omission constitue une erreur en droit. Le fait est que les documents en cause sont volumineux et très techniques. En l'absence de l'approbation des autorités

attempt by Atomic Energy to edit out sensitive information would be an exercise in frustration. Whether or not the Chinese authorities would be prepared to allow the filing of edited versions of the documents is a matter which Atomic Energy has never had the opportunity to address because of the way in which the expungement issue was raised below. In any event, having regard to the litigation history of this case, I doubt that Sierra Club would be willing to accept blindly all editorial deletions that might be proposed by Atomic Energy even if the Chinese authorities were prepared to participate in such an exercise. Once again, however, this is assuming that sensitive or confidential information is irrelevant to the environmental assessment issues to be addressed. Above all, it is the responsibility of a motions judge to ensure that the option of editing sensitive documents is a viable one. The facts of this case do not support the imposition of this option.

[29] The suggestion made by my colleagues, at paragraph 104 of their reasons, that the decision of Atomic Energy to file an edited version in breach of its undertaking to the Chinese authorities will rest largely on Atomic Energy's fear of a loss of business, leaves one with the impression that that fear is either unsubstantiated or, alternatively, that a breach of the undertaking remains as a possibility. The evidence is to the contrary and in any event it would be improper for this Court to decide this case on the basis that it was open to Atomic Energy to file the confidential documents in breach of its undertaking to the Chinese authorities.

[30] I turn now to the remaining option. Atomic Energy would have no need for a confidentiality order if it were able to rest its defence on the summaries which it prepared of the documents for which the confidentiality order is being sought, as suggested by my colleagues at paragraph 103 of their reasons. I have two fundamental objections to this option. First, it was not raised before the Motions Judge. Second, if those summaries (found at pages 289 *et seq* of Appeal Book I) are deemed acceptable substitutes for the confidential documents and evidence of compliance by

chinoises et de leur participation, toute tentative d'Énergie atomique de retrancher les renseignements délicats ne pourrait mener qu'à de la frustration. Quant à savoir si les autorités chinoises seraient disposées à autoriser le dépôt de versions modifiées des documents, c'est une question qu'Énergie atomique n'a jamais pu examiner étant donné la façon dont cette idée a été présentée en première instance. De toute façon, étant donné l'historique de l'affaire, je doute que le Sierra Club accepterait sans réserves les retraits proposés par Énergie atomique, même si les autorités chinoises étaient disposées à participer à l'opération. Encore une fois, ceci suppose toutefois que les renseignements confidentiels ou délicats ne sont pas pertinents dans le cadre des questions d'évaluation environnementale soulevées. C'est d'abord et avant tout la responsabilité du juge des requêtes de s'assurer que l'option de modifier des documents délicats est viable. Les faits dans la présente affaire ne permettent pas qu'on impose cette option.

[29] L'idée avancée par mes collègues, au paragraphe 104 de leurs motifs, que la décision d'Énergie atomique de déposer une version modifiée en violation de ses engagements envers les autorités chinoises dépendra essentiellement de la crainte d'Énergie atomique de perdre des affaires, peut donner l'impression que cette crainte n'est pas fondée ou, subsidiairement, qu'on peut envisager la violation de l'engagement pris. La preuve va dans le sens contraire et, de toute façon, il n'est pas indiqué que notre Cour statue sur l'affaire en se fondant sur le fait qu'Énergie atomique a l'option de déposer des documents confidentiels en violation des engagements pris envers les autorités chinoises.

[30] Je vais maintenant examiner l'option qui reste. Énergie atomique n'aurait aucun besoin de l'ordonnance de confidentialité si elle pouvait établir sa défense à partir des résumés qu'elle a préparés des documents pour lesquels elle demande l'ordonnance de confidentialité, comme le laissent entendre mes collègues au paragraphe 103 de leurs motifs. J'ai deux objections fondamentales face à cette option. Premièrement, il n'en a pas été question devant le juge des requêtes. Deuxièmement, si ces résumés (qu'on trouve aux pages 289 et suivantes du Dossier d'appel I) sont

the Chinese with the Canadian environmental process, Sierra Club might as well abandon its judicial review application. I say this because the summaries consist of a series of statements cast as conclusions of that which would otherwise have to be proven. In other words, the summaries constitute self-serving evidence in support of Atomic Energy's ultimate position that the environmental assessment carried out in China by Chinese authorities complies with the Canadian requirements. For example, at page 290 of Appeal Book I, the "Screening Report" reads in part:

In AECL's opinion the attached environmental impact report meets, as a minimum, the requirements of a screening report under Section 18 of the Canadian Environmental Assessment Act. In summary:

. . .

d) the project will have no impact on the physical and cultural heritage, nor on the current use of lands and resources of any aboriginal peoples, as there are no aboriginal peoples living in the vicinity of the Qinshan site;

[31] In conclusion, it has not been established that either the process of editing the confidential documents or the production of summaries thereof are effective and alternative means by which Atomic Energy can introduce them into evidence without the benefit of a protective order. It follows that Atomic Energy will be denied the right to offer a full defence if such an order does not issue. Therefore, the necessity requirement outlined by Viscount Haldane in *Scott v. Scott, supra*, is satisfied.

[32] The sixth criterion asks whether the confidentiality order will result in the opposing party being unduly prejudiced by the granting of the confidentiality order. This criterion is of no consequence so long as the confidentiality order permits counsel for the opposing party and its expert witnesses access to the confidential information, subject to the customary undertaking not to disclose the information to others. This is the very type of order that Atomic Energy

considérés comme pouvant remplacer les documents confidentiels et constituer une preuve que les Chinois ont respecté les processus environnementaux canadiens, le Sierra Club n'aura plus qu'à se désister de sa demande de contrôle judiciaire. Je dis cela parce que les résumés sont une série de déclarations présentées comme des conclusions alors qu'elles devraient normalement être prouvées. En d'autres mots, les résumés sont une preuve intéressée à l'appui de la position prise par Énergie atomique, voulant que l'évaluation environnementale à laquelle les autorités chinoises ont procédé en Chine est compatible avec les exigences canadiennes. Par exemple, à la page 290 du Dossier d'appel I, on trouve ceci dans le «Rapport d'examen préalable»:

[TRADUCTION] De l'avis d'EACL, le rapport de répercussions environnementales en annexe satisfait aux exigences d'un rapport d'examen préalable en vertu de l'article 18 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, sinon plus. En résumé:

[. . .]

d) le projet n'aura pas de répercussions sur le patrimoine physique ou culturel, non plus que sur l'usage courant des terres et des ressources par les autochtones, puisqu'il n'y en a pas qui résident près du site Qinshan;

[31] En conclusion, on n'a pas démontré que la production des documents confidentiels dans une forme modifiée ou la production de résumés sont des moyens efficaces par lesquels Énergie atomique pourrait présenter sa preuve en l'absence d'une ordonnance de non-divulgaration. Il s'ensuit qu'en l'absence d'une telle ordonnance, Énergie atomique se verra refuser son droit de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, on a satisfait en l'instance au critère de nécessité défini par le vicomte Haldane dans *Scott v. Scott*, précité.

[32] Le sixième critère pose la question de savoir si la partie adverse sera exposée à un préjudice grave par suite de l'octroi de l'ordonnance de confidentialité. Ce critère est sans conséquence lorsque l'ordonnance de confidentialité autorise l'avocat de la partie adverse et ses témoins experts à prendre connaissance des renseignements confidentiels, sous réserve de l'engagement habituel de ne pas les communiquer à des tiers. C'est exactement ce genre d'ordonnance

seeks in this case. For this reason Sierra Club cannot be prejudiced by the issuance of a confidentiality order, at least to the extent that it has full access to all of the appellant's evidence. As a tactical matter, it is understandable that Sierra Club would vigorously oppose the granting of a confidentiality order to Atomic Energy.

[33] The seventh criterion is an overriding one and involves consideration of two competing factors. A motions judge must determine whether the public interest in open court proceedings overrides the private interests of the party seeking the confidentiality order. The Motions Judge referred to this issue at paragraphs 17, 23 and 31 [pages 413-419] of his reasons:

Before such an order can be made, I must be satisfied that the need for confidentiality is greater than the public interest in open and accessible court proceedings. The argument for open proceedings in this case is significant. This is a matter of considerable interest to a large number of Canadians. There has been a long-running public debate about Canada's role as a vendor of nuclear technology, in which this application is but the latest skirmish. The issues are within the public domain and are not simply a matter of individual rights, though AECL's business could potentially be affected by the result. All of this suggests that these proceedings should be open and public.

...

However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure.

...

Taking all of these into account, I am not satisfied that the need for confidentiality exceeds the public interest in open justice. The issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology is one of significant public interest, with animated positions being taken on both sides of the question. The burden of justifying a confidentiality order in such circumstances is very onerous. While the documents contain sensitive information, nothing has been shown to me which would suggest that it is the sensitive information which would be of interest to the Court. AECL has the option of expunging the sensitive material from the documents which it proposes to file.

qu'Énergie atomique essaie d'obtenir en l'instance. Pour ce motif, l'octroi d'une ordonnance de confidentialité ne peut porter préjudice au Sierra Club, dans la mesure où il aura pleinement accès à toute la preuve de l'appelante. Il est toutefois compréhensible que sur le plan tactique le Sierra Club s'oppose formellement à l'octroi d'une ordonnance de confidentialité à Énergie atomique.

[33] Le septième critère est fondamental et il implique l'examen de deux facteurs qui sont en concurrence. Le juge des requêtes doit déterminer si l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires prime les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Le juge des requêtes a traité de cette question aux paragraphes 17, 23 et 31 [pages 413 à 419] de ses motifs:

Avant de pouvoir rendre une telle ordonnance, je dois être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les arguments qui militent en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants. Il s'agit d'une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens. Il existe depuis longtemps un débat au sujet du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires et la présente demande représente la dernière escarmouche dans ce débat. Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels, bien que l'issue du débat pourrait avoir des incidences sur les activités d'EAEL. Il s'ensuit donc que le présent débat judiciaire doit être public.

[. . .]

J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne.

[. . .]

Compte tenu de tous ces éléments, je ne suis pas convaincu que la nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. La question du rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires est une question d'intérêt public importante qui donne lieu à des prises de position énergiques. La charge de justifier le prononcé d'une ordonnance de confidentialité dans ces circonstances est très onéreuse. Bien que les documents contiennent des renseignements délicats, on ne m'a pas démontré que ce sont les renseignements délicats qui intéresseraient la Cour. EAEL a le choix de retrancher les passages délicats des documents qu'elle se propose de déposer.

[34] Collectively, the above passages support the understanding that in “public law cases” the Court must assess whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to the party seeking confidentiality. As well, those passages leave the impression that the Motions Judge has equated the legal concept of “public interest in open court proceedings” with the fact that the issue as to Canada’s role as a vendor of nuclear technology is a matter of public interest. (Whether or not this is “a matter of considerable interest to a large number of Canadians”, as noted by the Motions Judge, is a matter on which I prefer to express no opinion.) In short, the Motions Judge appears to equate public interest in open court proceedings with the fact that the underlying litigation involves an issue of public importance. The respondent, Sierra Club, builds upon the Motions Judge’s reasoning by asserting that the public interest in open court proceedings is to be equated with the level of interest expressed by Canadians in a public law proceeding. This is confirmed by the excerpts from newspaper articles and transcripts of radio interviews attached as exhibits to the affidavit of Elizabeth May, filed with this Court following the release of the Motions Judge’s decision and prior to the hearing of this appeal. My colleagues have adopted a position which is closer to that of the Motions Judge than that advanced by Sierra Club.

[35] As noted at the outset and as I understand it, my colleagues’ position consists of three threads. First, the weight to be assigned to the principle of open justice varies with the context. Second, it is necessary to determine the degree of public importance of a case which is to be inferred by examining the cumulative effect of: (1) the nature of the litigation; (2) the nature of the evidence; (3) the extent of media coverage; and (4) the identity of the litigants. Third, one must weigh a party’s interest in a confidentiality order against the degree of public importance in the case and determine which prevails in the instant case: see in particular paragraphs 85, 90, 94 and 97 of the majority’s reasons.

[36] Applying the above factors, my colleagues have concluded that the public interest overrides the private

[34] Considérés comme un tout, les passages précités font ressortir que dans des «affaires de droit public» la Cour doit évaluer si l’intérêt du public à la divulgation l’emporte sur le risque de causer un préjudice à la partie qui demande la confidentialité. Ces passages donnent aussi l’impression que le juge des requêtes a confondu le concept juridique de «l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires» et le fait que le rôle du Canada en tant que vendeur de technologie nucléaire est une question qui intéresse le public. (Quant à savoir s’il s’agit ici «d’une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens», comme le déclare le juge des requêtes, je préfère n’exprimer aucune opinion à ce sujet.) En bref, le juge des requêtes semble confondre l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires avec le fait que le litige en cause ici porte sur une question qui est d’importance pour le public. Le Sierra Club, intimé, s’appuie sur le raisonnement du juge des requêtes pour affirmer que l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires doit être établi en fonction du degré d’intérêt des Canadiens face à une procédure de droit public. Ce fait est confirmé par les extraits des articles de journaux et les transcriptions d’entrevues à la radio qui sont annexés comme pièces à l’affidavit d’Elizabeth May, déposé à la Cour suite au prononcé de la décision du juge des requêtes et avant l’audition du présent appel. Mes collègues adoptent une position qui est plus proche de celle du juge des requêtes que de celle qui est proposée par le Sierra Club.

[35] Comme je l’ai dit au début et si je comprends bien, le point de vue de mes collègues s’articule en trois volets. Premièrement, le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires varie selon le contexte. Deuxièmement, il est nécessaire de déterminer l’importance de l’affaire pour le public, ce qui peut être réalisé en examinant l’effet cumulatif de: 1) la nature du litige; 2) la nature de la preuve; 3) l’importance de la couverture médiatique; 4) l’identité des parties au litige. Troisièmement, il faut soupeser l’intérêt d’une partie à obtenir la confidentialité par rapport au degré d’importance de l’affaire pour le public et décider lequel des deux doit l’emporter: voir notamment les paragraphes 85, 90, 94 et 97 des motifs des juges majoritaires.

[36] En appliquant les facteurs qui précèdent, mes collègues ont conclu que l’intérêt du public prime les

interests of Atomic Energy. In short, the fact that the subject-matter of the litigation is alleged wrongdoing on the part of the government (a “public law case”), coupled with the fact that the opposing party is a litigant with public interest standing whose lawsuit has attracted significant media coverage, elevates this case to one of sufficient public importance. That is to say, it is one in which it can be inferred that the public interest in the proceedings overtakes the private interests of Atomic Energy. Respectfully, I cannot subscribe to this analytical framework.

[37] I cannot accept the legal proposition that the issuance of a confidentiality order is to be influenced by perceptions as to the “public importance” of a case. I am equally troubled by the legal proposition that it is possible to infer the degree of public interest in open proceedings through the factors identified. As best I can predict, the proposed analytical framework will necessarily tilt the balance in favour of public interest litigants (or the media) in virtually every case where a confidentiality order is sought. Moreover, the proposed framework is not restricted to the issuance of protective orders in the context of commercial or scientific information which is alleged to be of a confidential nature. It extends to all cases in which a confidentiality order is sought.

[38] Certainly, it is not the level of interest expressed by the public, through the media, in a particular case which is of relevance. The principle of open justice cannot be made dependent on what the media believes to be of public interest. After all, the media has its own interests to protect. Nor is the fact that this is a public law case, that is to say, a case in which one of the parties is the federal government, of any relevance. Any government, be it provincial or federal, is entitled to the same procedural and substantive safeguards as any private litigant. The rule of law demands as much. Correlatively, the fact that the applicant for judicial review is an environmental organization with public interest standing is equally

intérêts privés d'Énergie atomique. En bref, le fait que la question en litige porte sur une allégation de conduite fautive de la part du gouvernement (une «affaire de droit public»), auquel s'ajoute le fait que la partie adverse a qualité pour agir dans l'intérêt du public et que son action a suscité une couverture médiatique importante, transformerait cette affaire en une question suffisamment importante sur le plan public. Ceci veut dire qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle on peut conclure que l'intérêt du public dans les débats prime les intérêts privés d'Énergie atomique. Avec égards, je ne peux souscrire à ce cadre analytique.

[37] Je ne peux accepter qu'en droit, l'octroi d'une ordonnance de confidentialité serait influencé par des perceptions quant à l'«importance pour le public» d'une affaire. Je m'inquiète aussi d'un principe juridique qui ferait qu'il est possible de mesurer le degré d'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire en utilisant les facteurs susmentionnés. En autant que je puisse prédire l'avenir, le cadre analytique proposé viendra nécessairement faire pencher la balance en faveur de parties prétendant défendre l'intérêt public (ou des médias) dans presque tous les cas où une ordonnance de confidentialité sera sollicitée. De plus, le cadre proposé ne se limite pas à la délivrance d'ordonnances de non-divulgence de renseignements commerciaux ou scientifiques qu'on allègue être de nature confidentielle. Il porte sur toutes les affaires où on demande une ordonnance de confidentialité.

[38] Il est clair que ce n'est pas l'intérêt montré par le public dans une affaire donnée, exprimé par l'intermédiaire des médias, qui est pertinent. Le principe de la publicité des débats judiciaires ne peut dépendre de ce que les médias croient être dans l'intérêt du public. Après tout, les médias ont leurs propres intérêts. Le fait qu'il s'agit ici d'une affaire de droit public, c'est-à-dire d'une affaire où l'une des parties est le gouvernement fédéral, n'est pas pertinent non plus. Un gouvernement, qu'il soit provincial ou fédéral, a droit aux mêmes garanties de fond et de procédure que n'importe quelle personne privée. La primauté du droit l'exige. De la même façon, le fait que le demandeur dans une affaire de contrôle judiciaire soit une organi-

irrelevant. The law cannot embrace a rule which elevates the standard of proof required of a party seeking a confidentiality order because the opposing party is committed to pursuing goals which it believes are in the public's best interests and is better able to garner more media attention than others. To the extent that *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, stand for the proposition that the issuance of protective orders is dependent on the level of public interest in a case, I respectfully decline to apply those cases. That being said, this is not to suggest that those cases were wrongly decided or that in fact those two cases support that proposition. What I am submitting is that it is not the subject-matter of the underlying litigation which is of relevance but rather the nature of the evidence for which the protective order is sought. I return now to the scope and application of the seventh criterion, as I see it.

[39] As stated earlier, the seventh criterion requires a motions judge to decide whether the public interest in open proceedings overrides the private interests of the party seeking the confidentiality order. It must be remembered that the risk of harm to the party seeking the confidentiality order has already been determined under the third and sixth criteria. Under the third, it was established that Atomic Energy would suffer *irreparable financial harm if the confidential information were made public*. Under the sixth, it was established that the introduction of the confidential information is necessary in order for Atomic Energy to mount an available defence to the allegation of government wrongdoing. To reiterate what was said above, a refusal to grant Atomic Energy the confidentiality order it seeks will result in it being denied the right to present a full defence. Thus, it remains to be determined whether there are any circumstances in which the public interest in open proceedings should override the private interests of a litigant. Alternatively expressed, the question to be addressed by this Court is whether the circumstances of this case support subordinating the principle of a fair trial to the principle of open justice.

sation environnementale ayant qualité pour agir dans l'intérêt public n'est pas pertinent. Le droit ne peut créer une règle qui augmenterait le fardeau de la preuve attribué à une partie qui sollicite une ordonnance de confidentialité, du fait que la partie adverse poursuit des objectifs qu'elle croit être dans l'intérêt du public et qu'elle est mieux placée que d'autres pour obtenir une couverture médiatique. Dans la mesure où *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, précité, et *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, seraient invoqués comme établissant le principe que la délivrance d'ordonnances de non-divulgence dépendra du degré d'intérêt du public dans une affaire, je ne peux les appliquer. Cela étant dit, je ne veux pas donner à entendre que ces affaires n'ont pas été bien jugées ou qu'en fait elles appuient ce principe. Ce que je veux dire, c'est que ce n'est pas la question en cause dans le litige qui est pertinente mais bien la nature de la preuve qu'on veut faire protéger par une ordonnance de non-divulgence. Je vais maintenant revenir à la portée et à l'application du septième critère, tel que je le perçois.

[39] Comme je l'ai déjà dit, le septième critère exige que le juge des requêtes décide si l'intérêt du public à la publicité des débats prime les intérêts privés de la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. Il faut se rappeler qu'en vertu des troisième et sixième critères, on a déjà établi le risque de préjudice pour la partie qui sollicite l'ordonnance de confidentialité. En vertu du troisième critère, il ressort qu'Énergie atomique subira un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels sont rendus publics. En vertu du sixième, on a vu que le dépôt des renseignements confidentiels est nécessaire pour qu'Énergie atomique puisse se prévaloir d'une défense disponible face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Revenant sur ce qui a déjà été dit, je rappelle que le refus d'accorder l'ordonnance de confidentialité à Énergie atomique aura comme résultat de la priver de son droit de présenter une défense pleine et entière. Il reste donc à décider s'il existe des circonstances faisant que l'intérêt du public à la publicité des débats viendraient primer les intérêts privés d'une partie. En d'autres mots, la question que la Cour doit trancher est de savoir si les circonstances de la présente affaire font qu'on doit subordonner le

[40] In addressing that question one should not lose sight of the fact that the public interest in preserving open court proceedings is no more compelling than the public interest in preserving the right of a litigant to a fair trial. Indeed, I would go so far as to speculate that if the public were asked which of the two competing principles should prevail, the majority would select the former. This is especially so in criminal trials where the accused is confronted with the formidable prosecutorial resources of the state and his or her liberty interests are at stake. In this case, Atomic Energy is seeking a protective order aimed at preserving its financial interests. In some cases, a court will find that financial harm is not a sufficient justification for closing the courtroom doors. I do not believe this is one of those cases.

[41] I take the position that an objective framework is required when assessing whether the principle of open justice should prevail over the principle of fair trial. To answer that question one has to return to the purposes underscoring the principle of open justice discussed earlier. With respect to the rule of law, the belief that the federal government or Atomic Energy may somehow receive more favourable treatment if the confidentiality order is granted is a *non sequitur*. This leaves for consideration the right of the public to have access to the truth. This is the point where I believe the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought becomes relevant and has been the subject of intelligent debate in the United States: see generally Arthur R. Miller, "Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts" (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

[42] No one seems to be concerned with the principle of open justice in cases, for example, where a drug manufacturer seeks to keep confidential the process by which its drug is produced. Admittedly, the information is of a technical nature and unlikely to be understood by most, including the media. The same holds true in the present case. As my colleagues noted

principe d'un procès équitable à celui de la publicité des débats judiciaires.

[40] Pour l'examen de cette question, il importe de ne pas perdre de vue le fait que l'intérêt du public dans le maintien de la publicité des débats judiciaires n'est pas plus important que l'intérêt du public dans le maintien du droit d'une partie à un procès équitable. En fait, j'irai jusqu'à dire que si l'on demandait aux membres du public lequel de ces deux principes devrait primer, la plupart d'entre eux choisiraient le premier. Ceci est particulièrement vrai dans les procès criminels, où l'accusé est confronté aux ressources considérables de l'État qui le poursuit et où sa liberté est en jeu. En l'instance, Énergie atomique sollicite une ordonnance de non-divulgence pour protéger ses intérêts financiers. Dans certains cas, la cour arrivera à la conclusion qu'un préjudice financier n'est pas suffisant pour justifier une exception au principe de publicité. Je ne crois pas que ce soit le cas ici.

[41] Mon point de vue est qu'il faut utiliser un cadre objectif pour déterminer si le principe de la publicité des débats judiciaires doit primer le principe du droit à un procès équitable. Pour répondre à cette question, il faut retourner aux objectifs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires que nous avons examinés plus tôt. Sur le plan de la primauté du droit, la croyance que le gouvernement fédéral ou Énergie atomique seraient de quelque façon avantagés si l'ordonnance de confidentialité est accordée est intenable. Cela fait qu'il ne reste à examiner que le droit du public à la vérité. C'est à ce point-ci que je crois que la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité devient pertinente. Il y a eu des discussions intelligentes à ce sujet aux États-Unis: voir en général Arthur R. Miller, «Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts» (1991-92), 105 *Harv. Law Rev.* 427.

[42] Personne ne semble se préoccuper du principe de la publicité des débats judiciaires dans des cas comme, par exemple, ceux où un fabricant de médicaments cherche à conserver la confidentialité du processus de fabrication de son produit. Bien sûr, ces renseignements sont très techniques et ne seraient probablement pas compris par la plupart des membres du

at paragraph 97 of their reasons, confidentiality is claimed for only three documents which are likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise. But on the other hand, the principle of open justice would take on greater significance if the confidential information were to include, for example, a report outlining the health risks associated with the use of a particular drug. In such circumstances, a compelling argument could be made that the public interest in learning the truth with respect to a drug's effectiveness overrides any financial concerns expressed by the drug's manufacturer. Understandably, the proposition that protective orders could be used to conceal information involving public health or safety issues from the public would be met with virulent opposition and the same would probably hold true in other types of cases. For example, returning to the facts in *Ethyl Canada*, *supra*, it is open to ask whether the public has the right to know which of Honda's cars and engines were adversely affected by the gasoline additive for which the federal legislation banned importation.

[43] The fact remains that the type of concerns outlined above do not arise in the present case. Admittedly, the Motions Judge was influenced by the fact that there is an ongoing debate as to Canada's role as a vendor of nuclear technology. But neither the search for truth in this case, nor the nature of the debate, is affected by the granting of a confidentiality order. What is in issue in this particular proceeding is whether an environmental assessment was carried out by Chinese authorities and, if so, whether it meets the requirements of the Canadian legislation. At the end of the day, this information will be divulged to the Canadian public. The issuance of a confidentiality order will not alter this reality.

[44] Finally, I should like to add that in assessing the public interest in this case, should not consideration be given, for example, to the need to ensure that the site-plans for nuclear installations are not posted on a web-site? Once again I must acknowledge that I

public, non plus que par les médias. C'est la même chose en l'instance. Comme mes collègues le mentionnent au paragraphe 97 de leurs motifs, on ne réclame la confidentialité que pour trois documents et leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n'ont pas une expertise technique précise. D'un autre côté, l'application du principe de publicité des débats gagnerait en importance si les renseignements confidentiels comprenaient, par exemple, un rapport au sujet des risques pour la santé liés à l'utilisation d'un médicament donné. Dans de telles circonstances, on pourrait présenter un argument puissant portant que l'intérêt du public à connaître la vérité au sujet de l'efficacité d'un médicament prime toute considération financière avancée par le fabricant. Il est compréhensible que toute tentative d'utiliser les ordonnances de non-divulgence pour cacher des renseignements portant sur la santé et la sécurité du public ferait face à une opposition virulente. La chose serait probablement aussi vraie dans certains autres types de cas. Par exemple, si l'on revient sur les faits de l'affaire *Ethyl Canada*, précitée, on peut se demander si le public a le droit de savoir quel modèle de moteurs ou de voitures Honda ont subi des effets négatifs suite à l'utilisation de l'additif d'essence dont le gouvernement a interdit l'importation.

[43] Le fait est que ces considérations ne s'appliquent pas en l'instance. Il est clair que le juge des requêtes a été influencé par le fait qu'il y a un vif débat quant au rôle du Canada en tant que vendeur de technologie nucléaire. Mais l'octroi d'une ordonnance de confidentialité en l'instance ne nuira pas à la recherche de la vérité et ne modifiera pas le fond du débat. La question qui se pose ici est celle de savoir si les autorités chinoises ont procédé à une évaluation environnementale et, le cas échéant, si elle satisfait aux exigences de la législation canadienne. En fin de compte, le public canadien sera informé à ce sujet. L'octroi d'une ordonnance de confidentialité n'y changera rien.

[44] Finalement, je voudrais, dans l'évaluation de l'intérêt du public en l'instance, poser la question de savoir si on ne devrait pas, par exemple, se préoccuper du besoin de garantir que les plans de site d'installations nucléaires ne sont pas affichés sur un site web.

am prohibited, by the terms of a confidentiality order granted by a judge of this division of the Federal Court, from revealing sensitive information pertaining to security matters of concern to the Chinese authorities. That sensitive information is found within the documents for which a confidentiality order is being sought.

[45] In my opinion, there is no legal basis on which to hold that on the facts of this case the public interest in open proceedings overrides the risk of harm to which Atomic Energy would be exposed if a confidentiality order does not issue. Specifically, I am of the view that the confidentiality order sought by Atomic Energy would not undermine the two primary objectives underscoring the principle of open justice: truth and the rule of law.

[46] Atomic Energy also alleges that the Motions Judge erred by taking into account the fact that the confidential documents are being produced on a voluntary basis in the sense that it is under no legal obligation to do so. In defence of the Motions Judge, I do not read his reasons in the same light. As I understand him, the issue of voluntariness becomes relevant because of the alternative possibility of filing edited versions of the confidential material which would enable Atomic Energy to make full defence to the allegation of government wrongdoing. As I understand his reasons, the Motions Judge recognized that the confidential information is both relevant and essential to Atomic Energy's defence. We differ in opinion only to the extent that I do not view the possibility of filing edited versions of the confidential information as being a realistic option in the present circumstances. If I am in error with respect to my appreciation of what was decided by the Motions Judge, then I must respectfully disassociate myself from the understanding that the voluntary submission of confidential information is a relevant consideration.

[47] I would allow the appeal with costs here and in the court below, set aside the order of the Motions

Encore une fois, je dois souligner qu'il m'est interdit, suite à une ordonnance de confidentialité accordée par un juge de la Section d'appel de la Cour fédérale, de révéler des renseignements délicats au sujet des questions de sécurité qui préoccupent les autorités chinoises. Ces renseignements délicats se trouvent dans les documents pour lesquels on demande une ordonnance de confidentialité.

[45] À mon avis, il n'y a aucun fondement juridique qui permet, au vu des faits en l'instance, de conclure que l'intérêt du public à la publicité des débats prime le risque de préjudice qu'Énergie atomique court si l'ordonnance de confidentialité n'est pas accordée. Pour être précis, je dirai que selon moi l'ordonnance de confidentialité que sollicite Énergie atomique n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires, savoir la vérité et la primauté du droit.

[46] Énergie atomique soutient aussi que le juge des requêtes a commis une erreur en tenant compte du fait que les documents confidentiels sont déposés sur une base volontaire, en ce sens qu'elle n'est pas contrainte de le faire. À l'appui du juge des requêtes, je dirai que je ne vois pas ses motifs de la même façon. Si je les comprends bien, l'aspect volontaire devient pertinent dans le cadre de la solution subsidiaire prévoyant le dépôt de versions modifiées des documents confidentiels, dépôt qui permettrait à Énergie atomique de préparer une défense pleine et entière face à l'allégation de conduite fautive de la part du gouvernement. Selon mon interprétation de ses motifs, le juge des requêtes a reconnu que les renseignements confidentiels sont à la fois pertinents et essentiels à la défense d'Énergie atomique. Nous différons d'opinion en ce sens seulement où je ne crois pas que le dépôt de versions modifiées des documents confidentiels soit une option réaliste en l'instance. À supposer que je me trompe quant à la nature de la décision du juge des requêtes, je dois alors avec égards me dissocier de toute déclaration portant que le dépôt volontaire de documents confidentiels est une considération pertinente.

[47] J'accueillerais l'appel avec dépens, en appel et en première instance, annulerai l'ordonnance du juge

Judge dated October 26, 1999, and grant the confidentiality order sought by the appellant, Atomic Energy of Canada Ltd. The cross-appeal should be dismissed with costs to the appellant (respondent on the cross-appeal).

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[48] This is an appeal from an order of the Trial Division dated October 26, 1999 in which the learned Motions Judge granted an interlocutory motion brought by Atomic Energy of Canada Limited under rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998* for leave to file a supplementary affidavit by Dr. Pang, and three additional documents, which are referred to in affidavits by Dr. Pang and Mr. Feng that had already been filed. If admitted, these latter documents will be attached as exhibits to the supplementary affidavit of Dr. Pang.

[49] AECL also requested an order under rules 151 and 152 that these documents be treated as confidential. The Judge did not grant this request, but provided in the order that AECL could file an edited version of the documents omitting the sensitive information. In the alternative, if AECL decided not to file the documents in either their original or edited form within 60 days of the order, it could file and serve other material that covered the same ground as the confidential documents, but in a more general manner. More than 60 days have elapsed since the order was made and AECL has not filed other material pursuant to it.

[50] AECL, a Crown corporation that owns and markets CANDU technology, is an intervener with the rights of a party in the application for judicial review instituted by the Sierra Club of Canada in January

des requêtes du 26 octobre 1999, et accorderais à l'appelante, Énergie atomique du Canada limitée, l'ordonnance de confidentialité qu'elle sollicite. L'appel incident devrait être rejeté, avec dépens à l'appelante (intimée à l'appel incident).

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[48] Le présent appel porte sur une ordonnance de la Section de première instance, datée du 26 octobre 1999, par laquelle le juge des requêtes accordait une requête interlocutoire introduite en vertu de la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* par Énergie atomique du Canada limitée. Cette requête sollicitait l'autorisation de déposer l'affidavit supplémentaire de M. Pang, ainsi que trois documents dont il est question dans les affidavits de M. Pang et de M. Feng qui ont déjà été déposés. Si leur dépôt est autorisé, les documents en question seront annexés à l'affidavit supplémentaire de M. Pang.

[49] EACL demandait aussi une ordonnance en vertu des règles 151 et 152, portant que ces documents soient traités comme confidentiels. Le juge n'a pas fait droit à cette demande, mais il a autorisé EACL à déposer une version modifiée des documents en supprimant les passages délicats. Au cas où EACL déciderait de ne pas déposer les documents dans leur version originale ou dans une version modifiée dans les 60 jours du prononcé de l'ordonnance, elle était autorisée à déposer et à faire signifier d'autres documents portant sur les mêmes questions que les documents confidentiels, bien que traitées de façon moins précise. La période de 60 jours prévue dans l'ordonnance est maintenant écoulée et EACL n'a déposé aucun document additionnel.

[50] EACL, une société de la Couronne propriétaire de la technologie CANDU et qui en fait la promotion, est une intervenante ayant reçu les droits d'une partie au litige dans la demande de contrôle judiciaire

1997. The applicant is an environmental public interest group. It alleges that the Government's provision and authorization of financial assistance for the sale to China of two CANDU nuclear reactors and their construction there triggers the application of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, by virtue of paragraph 5(1)(b). Accordingly, the applicant requests various forms of relief designed to remedy the respondents' breach of duty in refusing to conduct an environmental assessment of the project as required by the Act.

[51] The respondents and the intervener, on the other hand, deny that the Act applies, and assert that, if it does, there are statutory defences available and, in any event, the Court in the exercise of its discretion should not grant the remedies sought.

[52] The documents in question in this appeal comprise two Environmental Impact Reports on Siting and Construction Design (the EIRs), and a Preliminary Safety Analysis Report (the PSAR). The EIRs were prepared by Chinese authorities and are in the Chinese language. Further, while AECL has supplied an unofficial translation of the reports, it has not yet provided a translation with an affidavit attesting to its accuracy as required by subsection 68(1) of the Rules. The third report, the PSAR, was prepared by AECL with assistance from the Chinese participants in the project.

[53] These three reports, and the translations, contain a mass of technical information, much of which is likely to be incomprehensible to non-experts, even when translated. They are voluminous, running to some thirty volumes and thousands of pages: the table of contents of the PSAR alone is 173 pages long. They describe the ongoing environmental assessment of the project being undertaken by Chinese authorities under the applicable laws of the People's Republic of China. They are also said to contain material that is not related to the environmental assessment of the project, including commercially sensitive material pertaining to AECL, and information respecting safety

présentée par le Sierra Club du Canada en janvier 1997. Le demandeur est un groupe d'intérêt public voué à l'environnement. Il soutient que comme le gouvernement a fourni et autorisé une aide financière en vue de la vente à la Chine de deux réacteurs nucléaires CANDU, ainsi que de leur construction, le projet est soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, en vertu de son alinéa 5(1)b). En conséquence, le demandeur cherche à obtenir des réparations diverses pour compenser le fait que les intimés auraient manqué à leurs obligations en refusant de procéder à l'évaluation environnementale prévue par la Loi.

[51] Pour leur part, les défendeurs et l'intervenante soutiennent que la Loi ne s'applique pas et que, si elle s'applique, ils ont une défense valable en vertu de la législation. Ils ajoutent que, en tout état de cause, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder les réparations demandées.

[52] Les documents en cause dans le présent appel comprennent deux Rapports d'impact environnemental (RIE) sur le site et la construction, ainsi qu'un Rapport préliminaire d'analyse sur la sécurité (RPAS). Les RIE ont été préparés en chinois par les autorités chinoises. EACL a présenté une traduction non officielle des rapports, mais elle n'a pas encore présenté une traduction avec l'affidavit en attestant la fidélité prévu au paragraphe 68(1) des Règles. Le troisième rapport, le RPAS, a été préparé par EACL avec la participation des responsables chinois du projet.

[53] Ces trois rapports, et leurs traductions, contiennent une quantité considérable de renseignements techniques. Même en traduction, l'essentiel de leur contenu n'est pas à la portée d'un profane. Ils sont très volumineux et comprennent quelque 30 volumes et des milliers de pages. La seule table des matières du RPAS occupe 173 pages. On y trouve une description de l'évaluation environnementale du projet qui est conduite par les autorités chinoises en vertu des lois de la République populaire de Chine. On a déclaré qu'ils contiennent aussi des renseignements qui ne sont pas liés à l'évaluation environnementale du projet, notamment des renseignements commerciaux

and security. Unlike documents prepared under the CEAA in Canada, these documents were not prepared with a view to publication.

[54] These documents are referred to and summarized in affidavits by Dr. Simon H. Pang, a senior employee of AECL and Deputy Project Director of the Quinshan Phase III CANDU Project, and by Mr. Lin Feng, an expert in Chinese environmental law, particularly as applied to nuclear energy. They contain the technical data on which the affidavits rest.

[55] The Sierra Club had contended that its right to cross-examine Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits was effectively rendered nugatory by the absence of the supporting documents to which they referred, and that the summary provided in the affidavits was insufficient for this purpose. It proposed to take the position that the affidavits should therefore be afforded very little weight by the judge hearing the application for judicial review.

[56] AECL appeals from the order alleging that the Motions Judge erred in refusing its request for a confidentiality order for these reports. The Sierra Club cross-appeals on the ground that the Motions Judge erred when he found that the disputed documents were relevant to the disposition of the application for judicial review.

[57] Both parties contend that the Motions Judge erred when, without any submissions from counsel, he gave AECL the option of submitting other material instead of filing the confidential documents in either their original or edited form. However, since the 60 days provided by the Judge for filing any such material have elapsed, I need not deal with this issue. Nonetheless, I would have thought that it was within the Judge's discretion over the terms of the order sought by AECL to insert the provision to which the parties object, without having to give them prior notice and an opportunity to make submissions, especially given the importance of avoiding further delay at the interlocutory stage of these proceedings.

déliçats se rapportant à EACL et des renseignements portant sur les questions de sécurité. Contrairement aux documents qui sont préparés au Canada en vertu de la LCEE, ces documents n'ont pas été préparés en vue d'une publication.

[54] Ces documents sont mentionnés et résumés dans les affidavits de M. Simon H. Pang, un employé senior d'EACL qui est le sous-directeur du projet CANDU (Quinshan Phase III), et de M. Lin Feng, un expert en droit environnemental chinois appliqué à l'énergie nucléaire. On y trouve les données techniques sur lesquelles les affidavits sont fondés.

[55] Le Sierra Club a d'abord soutenu que son droit de contre-interroger M. Pang et M. Feng sur leurs affidavits serait sans valeur en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent, et que les résumés contenus dans les affidavits ne suffiraient pas à cette fin. Il a déclaré qu'il soutiendrait que le juge chargé d'entendre la demande de contrôle judiciaire devrait leur accorder peu de poids.

[56] EACL en appelle de l'ordonnance au motif que le juge des requêtes a commis une erreur en refusant de lui accorder une ordonnance de confidentialité pour ces rapports. Le Sierra Club a déposé un appel incident au motif que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que les documents en cause étaient pertinents dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire.

[57] Les deux parties soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a donné à EACL l'option de présenter d'autres documents au lieu de déposer les documents confidentiels, dans leur forme originale ou modifiée, alors qu'aucun des avocats ne l'avait demandé. Il n'est toutefois pas nécessaire que je traite de cette question puisque la période de 60 jours prévue par le juge pour le dépôt de cette documentation est maintenant expirée. Je considère néanmoins que le juge avait le pouvoir discrétionnaire de rédiger l'ordonnance demandée par EACL de manière à y insérer la disposition à laquelle les parties s'opposent, sans avoir à leur donner un avis préalable et l'occasion de présenter leur point de vue,

[58] It is convenient to consider first the cross-appeal of the Court's order granting leave to admit the documents since, if the Sierra Club is successful on this ground, the confidentiality issue becomes moot.

B. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[59] It will be convenient here to set out the provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act* that are most immediately relevant to the issues canvassed in this appeal.

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

...

(b) makes or authorizes payments or provides a guarantee for a loan or any other form of financial assistance to the proponent for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part, except where the financial assistance is in the form of any reduction, avoidance, deferral, removal, refund, remission or other form of relief from the payment of any tax, duty or impost imposed under any Act of Parliament, unless that financial assistance is provided for the purpose of enabling an individual project specifically named in the Act, regulation or order that provides the relief to be carried out;

...

54. . . .

(2) Subject to subsection (3), where a federal authority or the Government of Canada on behalf of a federal authority enters into an agreement or arrangement with any government or any person, organization or institution, whether or not part of or affiliated with a government, under which a federal authority exercises a power or performs a duty or function referred to in paragraph 5(1)(b) in relation to projects the essential details of which are not specified and that are to be carried out both outside Canada and outside federal lands, the Government of Canada or the federal authority shall ensure, in so far as is practicable and subject to any other such agreement to which the Government of Canada or federal authority is a party, that the agreement or arrangement provides for the assessment of the environmental effects of those projects and that the assessment will be carried out as early as practicable in the planning stages

compte tenu surtout de l'importance d'éviter d'autres retards à l'étape interlocutoire de cette affaire.

[58] Il importe d'examiner d'abord l'appel incident de l'ordonnance de la Cour accordant l'autorisation de déposer les documents, puisque si le Sierra Club a gain de cause sur ce point la question de la confidentialité devient sans objet.

B. LE CADRE LÉGAL

[59] Il y a d'abord lieu de citer les dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* qui sont directement pertinentes quant au règlement des questions en appel.

5. (1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes:

[. . .]

b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d'emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l'aide financière est accordée sous forme d'allègement—notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise—d'une taxe ou d'un impôt qui est prévu sous le régime d'une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d'un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l'allègement;

[. . .]

54. [. . .]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), le gouvernement du Canada ou toute autorité fédérale veille à ce que les accords que l'autorité fédérale conclut—ou que le gouvernement conclut en son nom—avec soit un gouvernement, soit une personne, un organisme ou une institution, peu importe qu'ils soient ou non affiliés à un gouvernement ou en fassent partie, en vertu desquels une autorité fédérale exerce une attribution visée à l'alinéa 5(1)b) au titre de projets dont les éléments essentiels ne sont pas déterminés qui doivent être mis en œuvre à la fois à l'étranger et hors du territoire domaniale, prévoient, dans la mesure du possible, tout en étant compatibles avec les accords dont le Canada est déjà signataire à leur entrée en vigueur, l'évaluation des effets environnementaux des projets, cette évaluation devant être effectuée le plus tôt possible au stade de leur planification, avant la prise d'une décision irrévocable, conformément à la

of those projects, before irrevocable decisions are made, in accordance with

(a) this Act and the regulations; or

(b) a process for the assessment of the environmental effects of projects that is consistent with the requirements of this Act and is in effect in the foreign state where the projects are to be carried out.

C. ISSUES AND ANALYSIS

ISSUE 1: In deciding to admit the documents did the Motions Judge err in exercising his discretion under rule 312?

[60] As applicable to the facts of this case, rule 312 provides that with leave of the Court a party may file affidavits in addition to those filed in the time prescribed by rules 306 and 307. I should note again that by an order of Associate Senior Prothonotary Giles, dated May 8, 1998, AECL was granted intervenor status with all the rights of a party, save for certain provisions that are not relevant here dealing with duplication.

[61] In *Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave stated (at paragraph 7 [page 124]) that, in the exercise of the Court's discretion conferred by rule 312, "the main concerns ought to be whether the additional material will serve the interests of justice, will assist the court and will not seriously prejudice the other side."

[62] The learned Prothonotary also added (at paragraph 8 [pages 124-125]):

... in my view, supplemental affidavits should only be allowed in limited circumstances, for to do otherwise would not be in the spirit of judicial review proceedings, which are designed to obtain quick relief through a summary procedure.

I would only add that, in the context of this application, where there have already been 12 interlocutory motions, and other applications for judicial review of comparable complexity, the notion that the summary nature of the proceeding is synonymous with the grant

présente loi et aux règlements ou au processus, compatible avec la présente loi, d'évaluation des effets environnementaux de projets applicable dans l'État étranger où ceux-ci doivent être mis en œuvre.

C. LES QUESTIONS EN LITIGE ET L'ANALYSE

QUESTION 1: Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la règle 312 lorsqu'il a autorisé le dépôt des documents?

[60] Dans le mesure où elle s'applique aux faits en l'instance, la règle 312 porte qu'une partie peut, avec l'autorisation de la Cour, déposer des affidavits en sus de ceux déposés dans les délais prévus par les règles 306 et 307. Il y a lieu de noter que dans une ordonnance datée du 8 mai 1998, le protonotaire-chef adjoint Giles a accordé à EAEL le statut d'intervenante avec tous les droits d'une partie au litige, sous réserve de certaines dispositions traitant du double emploi qui ne sont pas pertinentes ici.

[61] Dans *Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1^{re} inst.), le protonotaire Hargrave a déclaré (au paragraphe 7 [page 124]) que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé à la Cour par la règle 312, «il s'agit au premier chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causent pas un grave préjudice à la partie adverse».

[62] Le protonotaire a ajouté ceci (au paragraphe 8 [pages 124 et 125]):

Je pense cependant qu'ils [les affidavits complémentaires] ne doivent être admis que dans les cas exceptionnels, sinon ce serait contraire à l'esprit du contrôle judiciaire qui vise à produire une réparation à bref délai par une procédure sommaire.

Je tiens à ajouter que dans le contexte de la demande en cause, où il y a déjà eu 12 requêtes interlocutoires, ainsi que dans celui d'autres demandes de contrôle judiciaire de difficulté comparable, l'idée qu'une procédure sommaire puisse mener à une «réparation à

of “quick relief” unfortunately does not reflect reality. As the Motions Judge aptly noted in his reasons for judgment in the instant case (at paragraph 4 [page 408]):

... the fact that an application for judicial review is a summary procedure does not mean that the issues involved lend themselves to summary disposition. Where complex transactions are sought to be set aside on the ground that they offend a significant piece of legislation, even a summary procedure may be ponderous.

Nonetheless, the avoidance of the undue “piling on of paper”, to borrow the words used by the Motions Judge in the same paragraph, is an aspiration that ought not to be omitted from the balance when the claims of relevance are weighed against those of prejudice to other parties.

(i) Relevance

[63] It is common ground that the documents in dispute are not relevant to the principal question in this litigation, which is whether, on the facts of this case, the CEAA is engaged by paragraph 5(1)(b). However, the learned Motions Judge held that the documents were potentially relevant to the Court’s exercise of its discretion to grant relief in the event that it found that the respondents were in breach of a legal obligation to conduct an environmental assessment of the CANDU project. While the award of declaratory relief is discretionary (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821), the issue of discretion is apt to arise most sharply in respect of the request for orders quashing the decision of the respondent Ministers to provide financial assistance and directing that no further payments be made under the loan guarantee until an environmental assessment has been completed in accordance with the CEAA.

[64] AECL also argued that the documents are relevant to two defences that may be available under sections 8 and 54 of the CEAA. However, having satisfied himself that the documents were relevant to

bref délai» n’est malheureusement pas réaliste. Comme le juge des requêtes l’a fait remarquer avec raison dans ses motifs de jugement en l’instance (au paragraphe 4 [page 408]):

[...] ce n’est pas parce qu’une demande de contrôle judiciaire constitue une procédure sommaire que les questions en litige se prêtent nécessairement à un jugement sommaire. Lorsqu’une partie cherche à faire annuler des opérations complexes au motif qu’elles contreviennent à d’importantes dispositions législatives, même une procédure sommaire peut s’avérer lourde.

Néanmoins, il est clair qu’on ne doit pas perdre de vue l’objectif d’éviter «l’accumulation des pièces», selon les termes utilisés par le juge des requêtes dans ce même paragraphe, lorsqu’il s’agit de pondérer la pertinence avec le préjudice potentiel pour les autres parties.

(i) La pertinence

[63] Tous admettent que les documents en cause ne sont pas pertinents à la résolution de la question principale en litige, savoir si, au vu des faits de l’affaire, les obligations prévues par la LCEE sont enclenchées en vertu de son alinéa 5(1)(b). Toutefois, le juge des requêtes a conclu que les documents pouvaient être pertinents dans le cadre de l’exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire d’accorder des réparations, au cas où elle viendrait à conclure que les intimés avaient enfreint l’obligation légale de conduire une évaluation environnementale du projet CANDU. Bien que la compétence de rendre des jugements déclaratoires soit de nature discrétionnaire (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821), la question de son exercice va vraisemblablement être soulevée de façon directe dans le cadre de la demande d’ordonnances annulant la décision des ministres intimés d’accorder une aide financière et ordonnant qu’on ne fasse aucun autre paiement en vertu des garanties d’emprunt jusqu’à ce qu’une évaluation environnementale ait été réalisée en conformité de la LCEE.

[64] EAEL soutient que les documents sont pertinents quant à deux moyens de défense fondés sur les articles 8 et 54 de la LCEE. Toutefois, ayant conclu que les documents étaient pertinents dans le cadre de

the Court's exercise of discretion to refuse a remedy notwithstanding a violation of the CEEA, the Motions Judge did not feel the need to consider whether they were also relevant to either of these statutory defences.

[65] AECL will succeed on the relevance issue if the Court is satisfied that the documents are relevant to any one of the legal grounds on which the intervener has relied. Moreover, it is not for the Court to decide on an interlocutory motion such as this whether the defences raised by AECL will in fact prevail when the application is eventually heard on its merits: potential success is sufficient.

[66] In my opinion, the documents in dispute are clearly relevant to the defence under paragraph 54(2)(b) that AECL proposes to raise if it is found that paragraph 5(1)(b) triggers the application of the CEEA to this project. Paragraph 54(2)(b) in essence provides an exemption from the processes otherwise required by the Act if there is an arrangement between the Government of Canada and an organization in the country where the project is to be carried out that an environmental assessment of the project will be conducted in that country in accordance with an assessment process that is consistent with the requirements of the Act and is in effect in that country.

[67] Of course, whether AECL will be able to establish this defence in law or on the evidence before the Motions Judge cannot be determined here. It is sufficient for AECL to demonstrate, as it has done, the potential relevance of the documents to one of the issues in dispute.

[68] In my opinion, the documents are also potentially relevant to the exercise of the Court's discretion to refuse a remedy, particularly the orders to quash the decision to provide financial assistance and to order a halt to further payments under the contract. It would be open to the respondents and the intervener to argue that, even if the Ministers were in breach of the Act, an environmental assessment had been conducted in China that was broadly similar to that prescribed under the CEEA.

l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder une réparation nonobstant toute violation de la LCEE, le juge des requêtes a considéré qu'il n'avait pas à examiner s'ils étaient pertinents quant aux moyens de défense fondés sur la législation.

[65] EACL aura gain de cause quant à la pertinence, à condition que la Cour arrive à la conclusion que les documents sont pertinents quant à n'importe lequel des fondements juridiques qu'elle a invoqués. De plus, la Cour n'a pas à décider dans le cadre d'une requête interlocutoire comme celle-ci si les moyens de défense soulevés par EACL seront retenus lorsque la demande sera finalement entendue au fond. Il suffit qu'ils aient une chance de réussir.

[66] Selon moi, les documents en cause sont clairement pertinents quant aux moyens de défense qu'EACL a l'intention de soulever en vertu de l'alinéa 54(2)(b) si l'on conclut que l'alinéa 5(1)(b) enclenche les dispositions de la LCEE dans le cadre de ce projet. L'alinéa 54(2)(b) prévoit essentiellement une exemption face aux exigences de la Loi en cas d'accord entre le gouvernement du Canada et un organisme du pays où le projet doit être réalisé portant que l'évaluation environnementale sera effectuée dans ce pays, conformément à un processus compatible avec la Loi et applicable dans ce pays.

[67] Bien sûr, la Cour ne peut décider maintenant si EACL pourra établir ce moyen de défense en droit ou au vu de la preuve présentée au juge des requêtes. Il suffit ici qu'EACL démontre, comme elle l'a fait, que les documents sont potentiellement pertinents quant au règlement d'une des questions en litige.

[68] À mon avis, les documents sont aussi potentiellement pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder une réparation, notamment les ordonnances annulant la décision de fournir une aide financière et ordonnant qu'on arrête tout paiement prévu par le contrat. Les défendeurs et l'intervenante seront tout à fait autorisés à plaider que, même si les ministres ont enfreint la Loi, une évaluation environnementale a été réalisée en Chine selon un processus compatible avec celui qui est décrit dans la LCEE.

[69] The mischief at which the Act is aimed is the avoidance of environmental damage by requiring that potentially hazardous activities are subject to an assessment of the risks that they pose. Accordingly, if an adequate environmental assessment has been conducted in China, the purpose of the Act will arguably have been met and it would be wasteful to require another assessment to be conducted under the CEAA. Discretionary remedies are not granted on an application for judicial review if they would serve no useful purpose, especially when to grant the relief requested would, as here, have serious adverse consequences for both the public and the private interests involved in this major project.

[70] Of course, for this argument to be given credence it will be necessary for AECL to demonstrate that the assessment conducted in China was broadly similar to that mandated under the CEAA so as to constitute an adequate alternative. The documents describing the environmental assessment carried out by Chinese authorities are said to be relevant to establishing this.

[71] On the other hand, I do not share the doubt expressed by the Motions Judge that, because the project is outside Canada, statements made by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 80 do not apply to this case. La Forest J. had rejected the argument that, since an assessment of an undertaking in Alberta had already been conducted under provincial legislation, relief for breach of the CEAA should be refused because it would have no practical effect. He suggested that a lawfully conducted CEAA assessment might still have “some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact”.

[72] In contrast, the Motions Judge maintained that, in the instant case, the Government of Canada would be unable to influence the taking of any “mitigative measures” indicated by a CEAA environmental assessment because the project was being undertaken

[69] L’objectif de la Loi est d’éviter les dommages environnementaux en exigeant que les activités qui ont un potentiel de danger soient soumises à une évaluation de risque. Par conséquent, si une évaluation environnementale suffisante a été menée en Chine, on peut soutenir que l’objectif de la Loi est atteint et que d’exiger une autre évaluation en vertu de la LCEE serait une forme de gaspillage. Les réparations discrétionnaires demandées par la voie du contrôle judiciaire ne sont pas accordées lorsqu’elles ne servent pas une fin utile, surtout lorsque le fait de les accorder aurait, comme c’est le cas ici, des conséquences négatives sérieuses pour les intérêts privés et publics en cause dans ce projet d’envergure.

[70] Bien sûr, pour que cet argument soit retenu, il sera essentiel qu’EACL fasse la démonstration que l’évaluation réalisée en Chine est compatible avec celle qui est prévue dans la LCEE et constitue donc une solution de rechange valable. On a déclaré que c’est aux fins de cette démonstration que les documents qui décrivent l’évaluation environnementale entreprise par les autorités chinoises sont pertinents.

[71] Par ailleurs, je ne partage pas les doutes exprimés par le juge des requêtes quant à l’application à la présente affaire des commentaires du juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la page 80, doutes fondés sur le fait que les ouvrages visés sont situés à l’extérieur du Canada. Le juge La Forest avait rejeté l’argument voulant que, comme une évaluation d’un ouvrage en Alberta avait été réalisée en vertu de la législation provinciale, il n’y avait pas lieu d’accorder une réparation pour la violation de la LCEE, au motif qu’elle n’aurait aucune incidence sur le plan pratique. Il avait donné à entendre qu’une évaluation conforme à la LCEE pourrait avoir «un certain effet sur les mesures susceptibles d’être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste».

[72] Allant dans le sens contraire, le juge des requêtes a soutenu qu’en l’instance le gouvernement du Canada ne pourrait avoir une influence sur la prise de «mesures d’atténuation» considérées nécessaires à la suite d’une évaluation environnementale en vertu de

outside Canada. However, it seems to me that the financing provided by the respondents through the Export Development Corporation may give sufficient leverage to enable the Canadian Government to catch the attention of the Chinese authorities if and when it asked them to attend to problems identified by a CEAA assessment.

[73] I note here that paragraph 54(2)(b) of the CEAA explicitly calls for a comparison of the assessment processes. Undertaking this kind of comparison for the purpose of paragraph 54(2)(b), or in connection with the award of the discretionary remedy, does not pose the same difficulties for the Court as those identified by Reed J. in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229 (T.D.). In that case, Reed J. refused to attempt to assess the accuracy of the results of competing scientific environmental studies because this was beyond judicial expertise.

(ii) Prejudice

[74] I agree with the Motions Judge's finding that the benefit to the intervener of being granted leave to file these documents, and the assistance that they will provide to the Court, outweigh any prejudice to the Sierra Club as a result of delay. After all, the Sierra Club had previously maintained that these documents were essential to its ability to conduct an effective cross-examination of Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits.

[75] While I recognize that it would no doubt have been more convenient for the applicant to have had these documents earlier in the litigation process, I would also observe that the delays that seem endemic in this matter are not all attributable to the intervener and the respondents. Moreover, since dates have now been fixed for the hearing of the application, which the Sierra Club has stated that it will meet even if the additional documents are filed, it seems unlikely that the Sierra Club will be prejudiced by further delay as a result of the grant of leave to AECL to file them.

la LCEE, étant donné que le projet était situé à l'extérieur du Canada. Toutefois, il me semble que le financement fourni par les intimés par l'entremise de la Société pour l'expansion des exportations donne au gouvernement canadien un moyen de pression suffisant pour attirer l'attention des autorités chinoises, dans le cas où il leur demanderait de régler les problèmes décelés lors d'une évaluation en vertu de la LCEE.

[73] Je veux souligner ici que l'alinéa 54(2)b) de la LCEE parle explicitement d'une comparaison des processus d'évaluation. Cette comparaison, entreprise aux fins de l'alinéa 54(2)b) ou relativement à l'octroi d'une réparation discrétionnaire, ne pose pas les mêmes difficultés à la Cour que celles auxquelles le juge Reed a dû faire face dans *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le juge Reed a refusé d'essayer d'évaluer l'exactitude des résultats obtenus à la suite d'études environnementales scientifiques concurrentes, cette question allant au-delà de son expertise judiciaire.

(ii) Le préjudice

[74] Je partage l'avis du juge des requêtes que l'avantage pour l'intervenante d'une autorisation de déposer les documents, ainsi que pour la Cour dans son examen du dossier, compense nettement tout préjudice qui pourrait être causé au Sierra Club par le retard. Après tout, le Sierra Club soutenait à un moment donné que ces documents étaient essentiels pour qu'il puisse contre-interroger M. Pang et M. Feng de façon complète sur leurs affidavits.

[75] Bien que je reconnaisse qu'il aurait certainement été plus pratique pour le demandeur d'obtenir ces documents plus tôt dans le processus, je tiens à souligner que les retards qui semblent s'accumuler en l'instance ne sont pas tous attribuables à l'intervenante ou aux défendeurs. De plus, comme les dates pour l'audition de la demande ont maintenant été fixées et que le Sierra Club a déclaré qu'il serait prêt même si les documents complémentaires sont déposés, il semble peu probable que le Sierra Club aurait à subir un préjudice causé par un retard additionnel lié à l'autorisation accordée à EACL de les déposer.

[76] Having decided that the Motions Judge was correct to grant leave under rule 312, I must now consider the confidentiality issue.

ISSUE 2: Did the Motions Judge err in refusing to exercise his discretion under rule 151 to grant a confidentiality order in respect of the documents that he gave leave to file out of time?

[77] Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998* provides as follows:

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

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

[78] The Motions Judge accepted the confidentiality of the disputed documents because they contain commercially sensitive information pertaining to AECL and information that, if disclosed, may be damaging to third parties. In addition, AECL had received them in confidence from the Chinese authorities who are agreeable to AECL's filing the documents for the purpose of litigation, but only if this can be done without their public disclosure.

[79] The Motions Judge considered the harm that AECL might suffer if it filed the documents without the protection of a confidentiality order. He also considered AECL's submission that, if it decided not to file them because a confidentiality order was refused, the intervener would not be able to mount a full answer and defence to the application. Counsel for AECL reminded the Court that the Sierra Club had said that it would argue that, if it did not have access to the confidential documents for the purpose of cross-examining Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits, the affidavits would consequently be entitled to little, if any, evidential weight.

[76] Ayant décidé que le juge des requêtes a eu raison d'accorder l'autorisation en vertu de la règle 312, je dois maintenant me pencher sur la question de la confidentialité.

QUESTION 2: Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 au sujet des documents dont il avait autorisé le dépôt hors délai?

[77] La règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* porte que:

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

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

[78] Le juge des requêtes a conclu à la confidentialité des documents en litige au motif qu'ils contiennent des renseignements commerciaux délicats au sujet d'EAACL, renseignements dont la divulgation pourrait porter atteinte aux droits de tiers. De plus, EAACL les a reçus sous le sceau de la confidentialité et les autorités chinoises ont donné leur accord au dépôt des documents par EAACL dans ce litige, sous réserve qu'ils ne soient pas rendus publics.

[79] Le juge des requêtes a examiné le préjudice qui pourrait être causé à EAACL si elle devait déposer les documents sans avoir obtenu la protection d'une ordonnance de confidentialité. Il a aussi examiné la prétention d'EAACL portant que si elle décidait de ne pas les déposer, en l'absence d'une ordonnance de confidentialité, elle n'aurait pas la possibilité de se défendre de façon adéquate lors de l'audition de la demande. L'avocat d'EAACL a rappelé à la Cour que le Sierra Club avait déclaré qu'il plaiderait qu'on ne devrait accorder que peu de poids, sinon aucun, aux affidavits de M. Pang et de M. Feng, s'il ne lui était pas donné accès aux documents confidentiels aux fins des contre-interrogatoires sur ces affidavits.

(a) Public interest: immutable or contextual in content?

[80] The Motions Judge weighed these confidentiality considerations against the infringement of the principle of open public access to court documents in the context of the dispute before him. In particular, he stated that, even though now constitutionally enshrined in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the weight to be given to the principle of openness should, to an extent, depend on the circumstances of the particular case.

[81] The Motions Judge held that in “public law” cases there is a very high level of public interest in ensuring open access to court proceedings and to documents filed with the Court, thus increasing the burden on the party seeking to justify a departure from the principle. This application for judicial review is clearly a case of considerable public interest significance since it challenges the legality of the federal government’s decision to provide \$1.5 billion to finance the sale and construction of nuclear reactors in China without subjecting the project to an environmental assessment in accordance with the CEEA. In addition to the importance of the subject-matter of the litigation to the public interest, the case has attracted considerable media attention. That a party has the reasonable belief that material is confidential, and its disclosure may be damaging to its interests, is not always sufficient to justify a confidentiality order.

[82] In response, counsel for AECL argued that, in ascribing a variable content to the principle that the administration of justice must be conducted openly save in the most exceptional circumstances, the Motions Judge had committed a reversible error by proceeding on a wrong legal principle. Counsel maintained that the constitutional underpinning of the principle is to be found in the basic democratic value of accountability for the exercise of judicial power, and hence was to be applied in a uniform manner,

a) L’intérêt public: son contenu est-il immuable ou contextuel?

[80] Le juge des requêtes a examiné les arguments en faveur de la confidentialité par rapport à une entorse au principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux, se plaçant pour ce faire dans le contexte du litige dont il était saisi. Il a notamment déclaré que même si le principe de la publicité des débats fait maintenant l’objet d’une garantie constitutionnelle en vertu de l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le poids à donner à ce principe doit d’une certaine manière être lié aux circonstances de chaque affaire.

[81] Le juge des requêtes a conclu que lorsqu’une affaire est de «droit public», l’intérêt du public à un accès libre aux instances devant le tribunal et aux documents qui y sont déposés est très grand, ce qui augmente d’autant le fardeau imposé à la partie qui cherche à obtenir une exception au principe. La demande de contrôle judiciaire en cause porte nettement sur une affaire qui intéresse le public au plus haut point, puisqu’elle conteste la légalité de la décision du gouvernement fédéral d’accorder un financement de 1,5 milliard de dollars pour la vente et la construction de réacteurs nucléaires en Chine, sans auparavant soumettre le projet à l’évaluation environnementale prévue à la LCEE. En plus de l’importance de la question en litige quant à l’intérêt du public, l’affaire a soulevé beaucoup de commentaires dans les médias. Le fait qu’une partie puisse raisonnablement croire que les documents sont confidentiels et que leur divulgation irait à l’encontre de ses intérêts n’est pas toujours une justification suffisante à l’octroi d’une ordonnance de confidentialité.

[82] En réponse à cela, l’avocat d’EACL a soutenu que le juge des requêtes avait commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en s’appuyant sur un principe juridique erroné lorsqu’il a décidé que le principe que l’administration de la justice doit être publique, sauf dans des circonstances très exceptionnelles, avait un contenu variable. L’avocat a soutenu que le fondement constitutionnel du principe est la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité pour l’exercice du pouvoir judiciaire

regardless of the nature of the particular litigation in which it is invoked.

[83] Furthermore, counsel argued, to the extent that the public interest of a case depended on whether it involved public law, the criterion formulated by the Judge was incoherent, since it would be extremely difficult to define what was a “public law” case.

[84] For example, it has been said that cases involving allegations of patent infringement are “public law” in nature: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 600. I note here, however, that what Strayer J.A. actually said in *David Bull* was that, while the real adversaries in the litigation were the brand-name and generic drug companies, the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, with which the case was concerned, “pertain to public law, not private rights of action.” And, since *David Bull* was an application for judicial review, a public law proceeding at least in form, and not a private law action for patent infringement, it does not do much to advance AECL’s position.

[85] Counsel also asked how an assessment could be made of the extent to which a case affects not only the private rights of the parties, but also the public interest. By the quantity of media coverage? By the fact that the Government or a public interest group is a party? And, is the weight to be given to the public interest aspect of a case to be determined by reference to the nature of the evidence for which a confidentiality order is sought, or by the nature or subject-matter of the litigation?

[86] In my opinion, the Motions Judge was correct to conclude that it was not always appropriate to grant a confidentiality order when the party seeking it could establish a reasonable belief that it would be harmed by the disclosure of confidential documents. It was

et que, par conséquent, le principe devait être appliqué de façon uniforme quelle que soit la nature du litige dans lequel il était invoqué.

[83] De plus, l’avocat a soutenu que dans la mesure où l’intérêt du public dans une affaire était lié au fait qu’elle soit de droit public, le critère énoncé par le juge n’était pas cohérent puisqu’il serait extrêmement difficile de déterminer dans quel cas une affaire est de «droit public».

[84] À titre d’exemple, on a déclaré que les affaires portant sur des allégations de contrefaçon de brevet sont de «droit public»: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 600. Toutefois, je veux faire remarquer ici que, dans *David Bull*, ce que le juge Strayer a dit en réalité c’est que, bien que les véritables adversaires dans le litige étaient les titulaires des brevets et les fabricants de médicaments génériques, le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, sur lequel l’affaire portait, «ressortit [. . .] au droit public et ne vise pas les droits d’action privés». Comme *David Bull* était une demande de contrôle judiciaire, soit une procédure de droit public au moins dans sa forme et non une poursuite privée en contrefaçon d’un brevet, il ne vient pas vraiment appuyer la position adoptée par EACL.

[85] L’avocat a aussi posé la question de savoir comment on pouvait évaluer dans quelle mesure une affaire touchait non seulement les droits privés des parties, mais aussi l’intérêt du public. Est-ce en mesurant la quantité de commentaires dans les médias? Ou en tenant compte du fait que le gouvernement ou un groupe d’intérêt public est parmi les parties? Le poids à donner à l’aspect intérêt public d’une affaire doit-il être déterminé en fonction de la nature de la preuve pour laquelle on demande une ordonnance de confidentialité, ou en fonction de la nature de la question en litige?

[86] Selon moi, le juge des requêtes a eu raison de conclure qu’il n’était pas toujours approprié d’accorder une ordonnance de confidentialité lorsque la partie en faisant la demande pouvait démontrer une croyance raisonnable que la divulgation de documents

necessary also to assess the public interest in the openness of the judicial process in the case, a factor to which more weight should be given in some cases than in others.

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

[88] Thus, there will be cases in which it is clear that almost no other interest will outweigh the need for members of the public to be assured that, if they wish to know what material was before the court when it made its decision, they or others on their behalf, such as the news media, could inspect it. The integrity of the judicial process and the legitimacy of the exercise of judicial power require nothing less. As Dickson C.J. said in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pages 186-187, a case concerning public access to search warrants and supporting material:

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.

[89] Of course, as counsel for AECL pointed out, it may not be possible to formulate a crisp rule for defining the level of public importance that any given case has. However, since the possible impact of the litigation on the public interest is no more than one factor in the discretionary exercise of weighing the claims for confidentiality against the principle of openness in the administration of justice, a certain lack of precision may not be a matter of great moment. This is, after all, the inevitable price of adopting a contextual approach to the solution of legal problems and, in many areas of the law, it is a price that the courts have become increasingly willing to pay.

confidentiels irait à l'encontre de ses intérêts. Il était aussi nécessaire d'évaluer l'intérêt du public à la publicité du processus judiciaire dans chaque affaire, un facteur dont le poids varie selon l'affaire en cause.

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

[88] Par conséquent, il y aura des affaires où il est clair qu'aucun autre intérêt ne peut primer le besoin des membres du public d'obtenir l'assurance que s'ils ont le désir de prendre connaissance de la documentation placée devant la cour au moment où elle a pris sa décision, ils pourront l'examiner, soit personnellement soit par l'entremise d'autres instances comme les médias. L'intégrité du processus judiciaire et la légitimité du pouvoir judiciaire n'en demandent pas moins. Comme le juge en chef Dickson l'a déclaré dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, aux pages 186 et 187, une affaire portant sur le droit du public d'examiner les mandats de perquisition et les documents sur lesquels ils se fondent:

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.

[89] Comme l'avocat d'EACL l'a fait remarquer, il peut bien sûr ne pas être possible de formuler une règle très claire permettant de définir le degré d'importance pour le public d'une affaire donnée. Toutefois, un certain manque de précision n'a peut-être pas une si grande importance puisque l'impact possible d'un litige sur l'intérêt du public n'est qu'un facteur parmi d'autres dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de soupeser une demande de confidentialité par rapport au principe de publicité dans l'administration de la justice. Après tout, c'est là le prix à payer si on adopte une approche contextuelle à la solution des problèmes juridiques. Or, dans bien des domaines du

[90] Accordingly, the factors identified by counsel for AECL as possibly relevant to assessing the public interest importance of a case should not be regarded as mutually exclusive, but as cumulative indicators of the direction in which the resolution of the issue in a particular case lies. In some cases the indicators may all point in one direction, while in others their message may be more indeterminate. In yet other cases some of the indicators will assume a great importance, while others will be more or less irrelevant.

[91] Indeed, it is clear from the case law that courts have already recognized that, to an extent at least, the weight to be assigned to the principle of openness varies with context. For example, in upholding the application of a confidentiality order to certain documents in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360, this Court recently took into consideration the relatively small public interest at stake in both the nature of the litigation, and the evidence in respect of which confidentiality was claimed.

[92] The case involved a dispute arising from the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* about whether the respondent had used a non-infringing process for producing a patented medicine. The documents for which the benefit of a protective order was sought were of a highly technical nature and disclosed the identity and quantity of the chemical ingredients used by the generic drug company to produce the allegedly infringing product.

[93] The proceeding in *AB Hassle* was an application for judicial review, and therefore was “public law” in nature. However, it is equally important to note that it arose from the administration of a statutory scheme in which confidentiality is a key component, and where the substantive dispute is typically between the private parties. The NOC Regulations effect a

droit, c’est un prix que les tribunaux acceptent de plus en plus de payer.

[90] Par conséquent, les facteurs énoncés par l’avocat d’EACL comme pouvant être pertinents dans l’évaluation de l’importance d’une affaire pour l’intérêt du public ne doivent pas être perçus comme mutuellement exclusifs, mais bien comme des indicateurs dont le cumul permet de déterminer de quelle façon on peut régler un litige donné. Dans certains cas, tous les indicateurs peuvent aller dans le même sens, alors que dans d’autres la situation peut être moins claire. Dans certains cas encore, certains indicateurs seront très importants, alors que d’autres ne seront guère pertinents.

[91] En fait, la jurisprudence démontre que les tribunaux ont déjà reconnu que dans une certaine mesure le poids à accorder au principe de publicité varie selon le contexte. Par exemple, en confirmant l’application d’une ordonnance de confidentialité à certains documents dans *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360, notre Cour a récemment tenu compte du peu d’intérêt du public, tant dans la nature du litige que dans la preuve qui était visée par la demande de confidentialité.

[92] Cette affaire portait sur un litige lié au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, et il s’agissait de savoir si le processus utilisé par l’intimée pour fabriquer un médicament breveté constituait une contrefaçon. Les documents visés par la demande d’ordonnance de confidentialité étaient très techniques et précisaient les nature et quantité des composants chimiques utilisés par la compagnie productrice de médicaments génériques dans la fabrication du produit qu’on prétendait être une contrefaçon.

[93] *AB Hassle* était une demande de contrôle judiciaire, une procédure de «droit public». Il est toutefois également important de souligner qu’elle trouve sa source dans la gestion d’une législation où la confidentialité est un élément clé et où les litiges sont généralement entre des parties privées. Le règlement sur les avis de conformité introduit un certain

limited blending of the legal regimes for the protection of intellectual property rights and the regulatory approval of the safety and effectiveness of a new medicine before it can be marketed in Canada. Confidential information is a principal asset of the pharmaceutical industry.

[94] This emphasis on confidentiality is, of course, in sharp contrast with the CEAA, where openness and public participation in the assessment process are of fundamental importance. Moreover, although the commercial interests of AECL are directly implicated in the outcome of this litigation, the focus of the application is an alleged breach of statutory duty by the respondent Ministers in approving financing for this project without submitting it to an assessment under the CEAA, a matter that they and AECL are contesting vigorously.

[95] In contrast to *AB Hassle, supra*, there are cases in which the courts have inferred from the nature of the litigation that there was a particularly high level of public interest in maintaining the principle of openness to its fullest extent. For example, in *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.), at page 283, Swinton J. ordered disclosure after weighing against the claim for confidentiality the fact that it was being made in “an important constitutional case, in which [*scil.* those opposing a protective order] have argued that it is important for the public to understand the issues at stake.”

[96] Similarly, in *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Gen. Div.), Lane J. said (at page 635):

The public nature of the defendants, the protection of the public who may trade in the shares of the plaintiff, the nature of the allegations made against public officers, the fact that the matter arises out of a controversial government policy, all lead inexorably to the conclusion that this is not a case where secrecy can be justified to protect private interests.

mélange des régimes juridiques portant sur la protection de la propriété intellectuelle et sur le contrôle réglementaire de la sécurité et de l'efficacité d'un nouveau médicament avant sa mise en marché au Canada. Les renseignements confidentiels sont un des éléments d'actif principaux de l'industrie pharmaceutique.

[94] Cette préoccupation quant à la confidentialité va directement à l'encontre de la LCEE, où la transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale. De plus, même si les intérêts commerciaux d'EAACL sont mis en cause directement dans ce litige, la demande porte sur l'allégation que les ministres intimés auraient manqué à leurs obligations découlant de la loi en approuvant le financement du projet sans d'abord le soumettre à une évaluation en vertu de la LCEE. Bien sûr, EAACL et les intimés s'opposent carrément à cette prétention.

[95] Contrairement à *AB Hassle*, précité, il existe une jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont examiné la nature du litige et déterminé que le degré d'intérêt du public était tel que le principe de publicité devait être appliqué sans réserves. Par exemple, dans *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Div. gén. Ont.), à la page 283, le juge Swinton a ordonné la divulgation malgré une prétention de confidentialité, compte tenu du fait qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'une affaire constitutionnelle importante, dans laquelle [ceux qui s'opposaient à l'ordonnance de confidentialité] ont soutenu qu'il était important que le public comprenne ce qui était en cause».

[96] De la même façon, dans *MDS Health Group Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1993), 15 O.R. (3d) 630 (Div. gén.), le juge Lane a déclaré (à la page 635):

[TRADUCTION] La nature publique des défendeurs, la protection du public qui peut échanger les actions de la demanderesse, la nature des allégations présentées contre des agents de l'État et le fait que la question trouve sa source dans une politique gouvernementale controversée, voilà des facteurs qui nous mènent tous inexorablement à la conclusion que l'affaire en l'instance ne nous autorise pas à utiliser le secret pour protéger des intérêts privés.

[97] Thus, having considered the nature of this litigation, and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings in the case before him, the Motions Judge cannot be said in all the circumstances to have given this factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents among the small mountain of paper filed in this case, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise.

(b) The “voluntary” nature of the disclosure

[98] AECL also argued that the Motions Judge erred by taking into account the fact that it was not invoking confidentiality as a reason for refusing to discharge its legal duty to produce documents demanded by its opponent. Rather, AECL was asking that documents be treated as confidential that it had decided for its own tactical reasons to introduce. The Motions Judge regarded the “voluntariness” of AECL’s introduction of the documents as “very significant to the resolution of this issue” in his exercise of discretion to refuse the confidentiality order in the form in which it was sought.

[99] With all respect to the learned Judge, in my opinion he attached too much weight to this consideration. If the documents were important to AECL’s ability to make a full answer and defence, then it would decide at its peril not to file them. For the purpose of determining the true “voluntariness” of a person’s conduct, the law commonly equates practical compulsion with legal obligation.

[100] It is important here to recall that the Sierra Club proposed to argue that, without the complete reports to which the affidavits of Dr. Pang and Mr. Feng referred as their essential underpinning, the affidavits were of next-to-no value. For present purposes it is not necessary to decide whether this will in fact be the view taken by the judge hearing the application for judicial review. It is sufficient for AECL to demonstrate, as it has, that these documents

[97] Par conséquent, on ne peut dire qu’après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l’importance de l’intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait dans les circonstances accordé trop d’importance à ce facteur, même si la confidentialité n’est demandée que pour trois documents parmi la montagne de documents déposés en l’instance et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n’ont pas l’expertise technique nécessaire.

b) La nature «volontaire» du dépôt

[98] EACL a aussi soutenu que le juge des requêtes avait commis une erreur en tenant compte du fait qu’elle ne demandait pas la confidentialité pour échapper à son obligation juridique de produire des documents exigés par la partie adverse. EACL demandait plutôt la confidentialité pour des documents qu’elle avait décidé de produire pour ses propres raisons tactiques. Le juge des requêtes a considéré que l’aspect «volontaire» de la production des documents par EACL était un facteur «très important, pour résoudre la question en litige», dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder l’ordonnance de confidentialité sous la forme demandée.

[99] Avec égards, je suis d’avis que le juge des requêtes a accordé trop de poids à cet aspect. Si les documents en question avaient un impact important sur la capacité d’EACL de présenter une défense pleine et entière, elle déciderait de ne pas les produire à ses risques et périls. Lorsqu’il s’agit de déterminer si la conduite d’une personne est vraiment «volontaire», le droit ne fait généralement pas de distinction entre un impératif en pratique et une obligation en droit.

[100] Il importe de rappeler ici que le Sierra Club avait l’intention de plaider qu’en l’absence des rapports complets à la base des affidavits de M. Pang et de M. Feng, ces affidavits n’avaient guère de valeur. En l’instance, il n’est pas nécessaire de décider si c’est le point de vue qui sera adopté par le juge qui doit entendre la demande de contrôle judiciaire. Il est suffisant qu’EACL démontre, comme elle l’a fait, que ces documents sont potentiellement pertinents quant à

were potentially relevant to an issue that is likely to be in dispute.

[101] In my view, in the circumstances of this case the fact that AECL was claiming confidentiality for documents that it was “voluntarily” asking the Court to admit was given too much weight by the Judge as a factor militating towards refusing to grant the confidentiality order. However, given the Judge’s recognition that a party’s “tactical decisions” as to whether to put in certain evidence may engage very significant interests of a party, I would not wish to make too much of this point.

(c) Conclusion

[102] While the Motions Judge may have placed too much emphasis on the voluntariness factor, it does not follow that his decision on the confidentiality issue must therefore be set aside. It is open to this Court on an appeal to consider whether that error vitiated the ultimate conclusion. In my view it did not, and for three reasons.

[103] First, like the Motions Judge, I attach very great weight to the principle of openness in the circumstances of this case to every aspect of the proceedings, including the documentary evidence. Second, the inclusion in the affidavits of a summary of the reports from which it draws may well go a long way to compensate for the absence of the originals, if AECL decides not to put them in without a confidentiality order.

[104] Third, if AECL takes the opportunity offered of submitting an edited version of the documents with the commercially sensitive information expunged (but presumably still available to counsel and the Court on the usual conditions), the claim for confidentiality will rest largely on AECL’s fear of a loss of business if, in order to protect its interests in the course of litigation, it discloses parts of documents in breach of an undertaking given to the Chinese authorities. In the circumstances of this case, I would rank such a claim towards the low end of the confidentiality spectrum.

la résolution d’une question qui sera vraisemblablement en litige.

[101] Selon moi, dans les circonstances de la présente affaire, le juge a donné trop de poids au fait qu’EACL réclamait la confidentialité de documents qu’elle voulait déposer «volontairement», en tant que facteur allant dans le sens du rejet de la demande d’ordonnance de confidentialité. Toutefois, étant donné le fait que le juge a reconnu que les «décisions tactiques» d’une partie de déposer ou non une preuve donnée peuvent avoir des incidences sur des droits fort importants, je ne crois pas qu’il y a lieu d’insister sur cette question.

c) Conclusion

[102] Bien que le juge des requêtes ait pu donner un poids trop grand à l’aspect volontaire, il ne s’ensuit pas que sa décision au sujet de la confidentialité doit être écartée. Il est loisible à notre Cour dans le présent appel d’évaluer si cette erreur entache irrémédiablement sa conclusion. À mon avis ce n’est pas le cas, pour les trois motifs suivants.

[103] Premièrement, comme le juge des requêtes, j’attache dans les circonstances de l’affaire une très grande importance à la publicité de tout le débat judiciaire, y compris la preuve documentaire. Deuxièmement, à supposer qu’EACL décide de ne pas déposer les rapports en l’absence d’une ordonnance de confidentialité, le fait d’inclure dans les affidavits un résumé des rapports peut, dans une large mesure, compenser cette absence.

[104] Troisièmement, si EACL se prévaut de l’occasion qui lui est offerte de déposer une version modifiée des documents dont on aurait retranché les renseignements commerciaux délicats (qui seraient, on peut le supposer, mis à la disposition des avocats et de la Cour aux conditions habituelles), la demande de confidentialité reposera surtout sur la crainte d’EACL de perdre des occasions d’affaires si elle doit durant ce litige divulguer certains documents en violation de l’engagement qu’elle a pris envers les autorités chinoises. Dans les circonstances, je considère qu’une telle prétention se situe au bas de l’échelle de la confidentialité.

[105] Nor do I think that the Judge committed a reversible error when he offered AECL the opportunity to file an edited version of the confidential documents: this was well within his discretion to fashion an order that balanced the competing interests. Protestations by AECL of unworkability are premature in the absence of evidence that an attempt has been made, with the assistance of the judge if necessary, to operationalize this aspect of the order.

[106] Finally, it was argued that the Motions Judge erred in law when he considered the request for the confidentiality order without first examining the documents. While there are undoubtedly situations in which the Judge ought to inspect documents for which confidentiality is being sought, this is not one of them: the documents are voluminous, highly technical and not completely translated, and the Judge had summaries available to him.

D. DISPOSITION

[107] For these reasons, I would dismiss the appeal and cross-appeal, with the costs of both to be in the cause.

SHARLOW J.A.: I agree.

[105] Je ne crois pas non plus que le juge ait commis une erreur justifiant notre intervention en offrant à EACL l'occasion de déposer une version modifiée des documents confidentiels, offre qui se situe tout à fait dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance tenant compte des divers intérêts en cause. Les protestations d'EACL portant que ce n'est pas possible sont prématurées, en l'absence d'une preuve qu'on a essayé de prendre les mesures visant la réalisation de cet aspect de l'ordonnance, avec l'aide du juge au besoin.

[106] Finalement, on a soutenu que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en examinant la demande d'ordonnance de confidentialité sans avoir d'abord examiné les documents. Bien qu'il y ait certainement des situations dans lesquelles le juge se doit d'inspecter les documents pour lesquels on demande la confidentialité, ce n'est pas le cas en l'instance. Il s'agit d'une documentation volumineuse et hautement technique, qui n'est pas entièrement traduite, et elle a été mise à la disposition du juge sous forme de précis.

D. DISPOSITIF

[107] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et l'appel incident, les dépens respectifs suivant l'issue de la cause.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.