

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

111-11-CA

MR. A

APPELLANT

- and -

ARMEL DRAPEAU and the NEW BRUNSWICK
SECURITIES COMMISSION

RESPONDENTS

Mr. A v. Drapeau and the New Brunswick
Securities Commission, 2012 NBCA 73

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the New Brunswick
Securities Commission:
July 19, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 17, 2012

Judgment rendered:
August 23, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

M. A

APPELANT

- et -

ARMEL DRAPEAU et la COMMISSION DES
VALEURS MOBILIÈRES DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

INTIMÉS

M. A c. Drapeau et la Commission des valeurs
mobilières du Nouveau-Brunswick, 2012 NBCA
73

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Commission des
valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick :
Le 19 juillet 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 17 mai 2012

Jugement rendu :
Le 23 août 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Yassin Choukri, Q.C.

For the respondent New Brunswick Securities
Commission:
Matthew R. Letson

Armel Drapeau appeared in person

THE COURT

The appeal is allowed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Yassin Choukri, c.r.

Pour l'intimée, la Commission des valeurs
mobilières du Nouveau-Brunswick :
Matthew R. Letson

Armel Drapeau a comparu en personne.

LA COUR

Accueille l'appel et accorde des dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE J.A.

[1] This appeal raises the question of whether Mr. A, an anonymous appellant and informer to an investigative authority (the New Brunswick Securities Commission), ought to be protected as a confidential source.

[2] Mr. A provided information to a Securities Commission investigator regarding questionable sales conducted by the respondent, Armel Drapeau, on the promise of anonymity and confidentiality. Mr. A's information led to administrative proceedings against Mr. Drapeau and others. In a disclosure of materials to Mr. Drapeau, portions of documents in evidence were redacted so as to protect the anonymity of Mr. A. Among the redacted information was included the identity of an investor, the identity of whom would lead to identification of the informer. Mr. Drapeau asked the Securities Commission to order the full disclosure of the materials. The Securities Commission ultimately ruled that Mr. A did not benefit from informer privilege, but that there was nevertheless a public interest privilege. The Commission ruled this privilege applied to protect Mr. A's identity but that it was not sufficiently broad to include the identity of the investor, even if the identity of this individual could reveal the identity of the informer.

I. Preliminary Motion

[3] At the outset of the hearing, Mr. Drapeau presented a motion pursuant to Rule 62.23 of the *Rules of Court* seeking an order quashing the notice of appeal or dismissing the appeal on the ground that the appeal is frivolous, vexatious or without grounds. He alleges an abuse of process by the Commission, arguing that the Commission acted in bad faith, with unethical professional behaviour and without scruples to justify its decision. Mr. Drapeau's contention in this regard is without merit for two reasons: first, there is no evidence of any abuse of process; and, secondly, it is not the Commission who is the appellant, but Mr. A. In addition, Mr. Drapeau argues the

appeal is moot because the investor is, at this point, already known; therefore, the informant is identified by inference. At the hearing, we rejected this ground, because the appeal is not moot. The identity of Mr. A is speculative at best. Moreover, the greater precedential value of the proper test to be applied by a quasi-criminal Commission in determining whether informer privilege should be granted eclipses the individual circumstances of the case.

II. Background

[4] The appeal is from a July 19, 2011 decision of the New Brunswick Securities Commission in which the Commission refused to extend to Mr. A the benefits of informer privilege and ordered the disclosure of redacted portions of documents that could result in his identification, that is, disclosure of the identity of a particular investor.

[5] Mr. A became aware of an investment product offered in New Brunswick and was suspicious about its nature. He contacted Mr. Ed LeBlanc, a senior investigator of the Commission's enforcement branch and advised him he had information regarding questionable investment products being offered for sale in New Brunswick. He advised Mr. LeBlanc that, in exchange for a guarantee of anonymity and confidentiality regarding his identity, he would provide Mr. LeBlanc with further information on the subject. Upon obtaining Mr. LeBlanc's guarantee, Mr. A provided information to Mr. LeBlanc allowing him to gather sufficient evidence to request and obtain the issuance of an Investigation Order by the Commission, pursuant to s. 171 of the *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5. As a result of the information provided by Mr. A to Mr. LeBlanc, the latter completed his investigation and subsequently the Commission issued a Statement of Allegations against Armel Drapeau and two others.

[6] During the course of the proceedings, Mr. Drapeau sought unredacted copies of documents, as part of his right to disclosure. In anticipation of an April 21, 2011 hearing, commission lawyers provided the tribunal with two sets of documents, one of which is not relevant to the present appeal. On April 21, 2011, the Commission held a

hearing to consider, among other matters, Mr. Drapeau's request for the unredacted portion of the disclosure materials. On May 6, 2011, the Commission ruled it should see the unredacted portions of the disclosure materials and on May 9, it reviewed these documents and issued its ruling. Reasons for the ruling were issued on July 19, 2011. The Commission refused to recognize the existence of an informer privilege but recognized a public policy rationale for protecting the identity of an individual who contacts a securities regulator in confidence. Specifically, the Commission ordered that the information disclosing Mr. A's name and other identifying information should remain redacted in the disclosure materials given to Mr. Drapeau but that the identity of the investor should be disclosed on the ground that the concept of "public interest immunity" does not extend to the investor.

[7] Mr. A is not a party, participant or witness before the Commission against Mr. Drapeau and the others. This appeal is brought with leave pursuant to s. 195(1) of the *Securities Act*, which provides as follows:

195(1) A person directly affected by a final decision of the Commission, other than a decision under section 55 or 80, may with leave of a judge of the Court of Appeal appeal to the Court of Appeal.

195(1) La personne directement touchée par une décision définitive de la Commission, à l'exception d'une décision rendue aux termes de l'article 55 ou 88, peut, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, interjeter appel devant la Cour d'appel.

III. Grounds of Appeal

[8] Mr. A relies on three grounds of appeal, contending the Commission erred: (1) in the procedure adopted to determine if an informer privilege applied in regards to the appellant; (2) in concluding that the appellant was not a confidential informer; and (3) in ordering the disclosure of unredacted portions of documents which contained the appellant's name and/or other identifying information.

IV. Standard of Review

[9] The respondent, Mr. Drapeau, argues in his written submission that the Securities Commission's decision regarding the common law informer privilege is reviewable on a standard of reasonableness. I am mindful of the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, which allows administrative tribunals some latitude in determining how to apply common law rules within their own administrative contexts (for an explanation of *Nor-Man* in a recent New Brunswick case see *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by Board of Management on behalf of the Department of Natural Resources v. Pinder*, 2012 NBCA 60, [2012] N.B.J. No. 241 (QL) and *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by Board of Management on behalf of the Department of Justice v. CUPE, Local 1418*, 2012 NBCA 61, [2012] N.B.J. No. 238 (QL), authored by Robertson J.A.). I agree that reasonableness is the appropriate standard in this case.

V. Analysis and Decision

[10] The Supreme Court of Canada has given a useful summary of the informer privilege rule in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, [1997] S.C.J. No. 14 (QL). That case raised the issue of whether the defence is entitled to receive details of an informer's telephone tip to Crime Stoppers. The accused asserted a right to receive it under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. The Crown resisted by arguing the disclosure was barred by the common law rule that an informer's communications are privileged and need not be disclosed. McLachlin J. (as she then was) explained:

A court considering this issue must begin from the proposition that informer privilege is an ancient and hallowed protection which plays a vital role in law enforcement. It is premised on the duty of all citizens to aid in enforcing the law. The discharge of this duty carries with

it the risk of retribution from those involved in crime. The rule of informer privilege was developed to protect citizens who assist in law enforcement and to encourage others to do the same. As Cory J.A. (as he then was) stated in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 5-6:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [para. 9]

McLachlin J. added that informer privilege is so important that it goes beyond the discretion of a trial judge:

Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations [...].
[para. 12]

See also *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, [1983] S.C.J. No. 65 (QL), in which the Court found that the application of the rule does not depend on the judge's discretion; rather it is "a legal rule of public order by which the judge is bound" (p. 93).

[11] In *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, Bastarache J. outlined the procedure to follow in determining the existence of an informer privilege. In that case, a person subject to a request for extradition was testifying at a portion of his *in camera* extradition hearing when he advised the judge that he was a police informer. On that basis, he claimed informer privilege to prevent the media from having access to his activities as a police informant. He was not trying to keep the

information out of the hands of the parties involved in the extradition hearing, because they already knew his identity, but rather from the media.

[12] What was being argued in *Named Person* was that the informer privilege rule is discretionary, and that judges have the power to determine, on a case-by-case basis, whether the courtroom should be closed to protect informer privilege. The Court rejected this proposition. It declared that the informer privilege rule is mandatory (subject to an exception which has no application in the present case). Bastarache J. explained the rationale:

[...] To permit trial judges wide discretion in determining whether to protect informer privilege would undermine the purposes of the rule. Part of the rationale for a mandatory informer privilege rule is that it encourages would-be informers to come forward and report on crimes, safe in the knowledge that their identity will be protected. A rule that gave trial judges the power to decide on an *ad hoc* basis whether to protect informer privilege would create a significant disincentive for would-be informers to come forward, thereby eviscerating the usefulness of informer privilege and dealing a great blow to police investigations.
[para. 39]

[13] When determining whether the privilege applies, a judge begins with the assumption that it does. The judge then demands from the parties some evidence which satisfies the judge on a balance of probabilities that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies and it applies fully. Recently, the Ontario Court of Appeal, in *R. v. X.Y.*, 2011 ONCA 259, [2011] O.J. No. 1479 (QL), framed the issue as follows: “It is so sacrosanct that even the right to make full answer and defence, of which the right to disclosure is an essential feature, does not alone trigger an exception to informer privilege” (para. 15).

[14] In *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, Fish J. described the procedure to follow to keep confidential information from the defence, where informer

privilege is claimed by the prosecution. The following elements are normally present for the privilege to arise: “a police officer, in the course of an investigation, guarantees protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would otherwise be difficult or impossible to obtain” (para. 36). A bargain is made and accepted as “an indispensable tool in the detection, prevention and prosecution of crime” (*Basi*, para. 36; see also *Bisaillon v. Keable*, at 105).

[15] When such a privilege is claimed, the trier of fact must determine its existence *in camera* at a "first stage" hearing. The existence of the claim cannot be publicly disclosed. Normally only the putative informant and the Crown may appear before the judge. In determining whether the privilege exists, the test is that the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant. And if the claim of privilege is established, the judge must give it full effect. As noted, trial judges have no discretion to do otherwise.

[16] In *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, Binnie J. described the importance of informer privilege:

Police rely heavily on informers. Because of its almost absolute nature, the privilege encourages other potential informers to come forward with some assurance of protection against reprisal. A more flexible rule that would leave disclosure up to the discretion of the individual trial judge would rob informers of that assurance and sap their willingness to cooperate. See *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Leipert*; and *Basi*. The obligation to protect confidential sources clearly goes beyond a rule of evidence and is not limited to the courtroom. As the trial judge in this case put it, "[t]he police need help, but people who are available to provide information typically won't give that information to the police unless they are protected" (*A.R.*, at p. 7).

[para. 30]

We also know that the informer privilege rule applies equally to a criminal or a quasi-criminal proceeding (*Named Person v. Vancouver Sun* at para. 45) and the reasons for the

informer privilege, namely protection of informers and a desire to encourage informers, are of equal significance to provincial investigative bodies.

[17] In the present case, the part of the Commission's decision entitled "Informer Privilege" covers seven paragraphs. The Commission articulated the issue in this way:

Informer privilege allows for the greatest protection of information. To succeed in obtaining a declaration that an informer privilege applies, the evidence should support the conclusion that the identity of the person must be concealed for his or her own protection. Other considerations include, risk to ongoing investigations or to intelligence gathering techniques or risk to innocent persons, which have no present application. Citing *R v. Leipert*, Staff submits that once informer privilege is found, courts, and by implication the Commission, is not entitled to balance the benefit inuring from the privilege against countervailing considerations. This privilege is non-discretionary and broad in application; innocence at stake is the only exception to the informer privilege rule.

As noted at the outset of these reasons, Staff initially withheld unredacted copies of documents over which it claimed informer privilege. Items 1-11, 13-15, 26-29 and 37-38 on the Spreadsheet were withheld from the Commission on that basis. Staff argued that these redacted items consisted of the name and contact details of an individual Staff characterizes as a confidential source (the "Source"), the name and contact details of an investor Staff claims can identify the Source (the "Investor"), details concerning the relationship between the Investor and the Source and specific dates which may identify the Source.

Although the Commission does not dispute the extent and nature of informer privilege, it does question Staff's position as to who is to make the preliminary determination that a person is indeed an "informer".

In *Named Person v. Vancouver Sun*, the Supreme Court of Canada set out a detailed procedure to be followed by the judge in determining whether informer privilege applies. Staff disputes this process and maintains that the determination whether an individual is an "informer" is to

be made by the Investigator, and not the Commission deciding the case. It was on this basis that the Commission was provided with redacted documents.

The procedure set out in Part D of the *Named Person* decision is affected by the particular facts of the *Named Person* case but, that said, is intended to provide guidance in all cases where a question of informer privilege arises. The procedure contemplates, at paragraph 46, an *in camera* session to “*determine if sufficient evidence exists to determine that the person is a confidential informer and therefore able to claim informer privilege*”. Paragraph 47 continues:

“It is the responsibility of the judge at this stage to demand from the parties some evidence which satisfies the judge, on balance, that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies.”

To be satisfied that such a strict privilege is to be applied, the Commission needs relevant and reliable evidence to classify someone as an informer. There also needs to be a process in place to allow the Commission to make an independent assessment of the person and material to determine whether or not, as here, the Source is indeed an informer. Given the position taken by Staff, the focus was not on providing the Commission with the information necessary to engage in such an assessment. [paras. 19-24]

[18] Finally, the Commission goes on to conclude in paragraph 25 of its decision:

In this case, we have only the affidavit of Senior Investigator Ed LeBlanc, sworn to on 14 April 2011, indicating that the Source repeatedly requested confidentiality. Mr. LeBlanc does go on, at paragraph 8, to summarize the nature of the information provided by the Source relating to the Investor, but that is his opinion, and is unfortunately uncorroborated. The evidence, as a result, does not satisfy the burden the Commission determines as needed to qualify the Source as an informer.

[19] In my view, this paragraph, which is the nub of the Commission's decision, is fatally flawed in three respects. First of all, the investigator related facts in his affidavit, not opinion. Secondly, there is no need for corroboration under these circumstances, and, finally, the Commission does not explain which burden, other than that of one on a balance of probabilities, must be satisfied, and why it has not been. A trier of fact must begin with the presumption that the informer privilege applies, and then look at the evidence to see if it is convinced on a balance of probabilities.

[20] Of significance in this case is the fact that Mr. LeBlanc had been appointed as an investigator pursuant to s. 171(1) of the *Act* with various powers, including those contained in s. 174:

174 Every investigator in carrying out his or her duties under this Act and the regulations is a person employed for the preservation and maintenance of the public peace and has and may exercise all the powers, authorities and immunities of a peace officer as defined in the *Criminal Code* (Canada).

174 L'enquêteur est, dans l'exercice de ses fonctions aux termes de la présente loi et des règlements, une personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique et a, et peut exercer, tous les pouvoirs et les droits et bénéficier de l'immunité d'un agent de la paix au sens qu'en donne le *Code criminel* (Canada).

Having been appointed by the Commission, Mr. LeBlanc has all the powers of a peace officer, including the power at common law to promise secrecy, expressly or by implication, in exchange for information necessary to assist him in an investigation.

[21] These are the pertinent paragraphs of Mr. LeBlanc's affidavit, sworn to on April 14, 2011:

5. Mr. A. first contacted me in this matter in 2006. At the time, he was concerned about my keeping his identity confidential. He advised me that he did not want it known that he had contacted the Securities Commission with respect to Centre de traitement d'information de credit (CTIC). Before he provided me with any information I assured him that Staff would keep his identity confidential.

6. I have since spoken to Mr. A. on a number of occasions and he has asked for reaffirmation of his confidentiality several times.
7. I last spoke to Mr. A. during the week of April 1, 2011 and he confirmed to me again his wish to remain confidential.

[22] This assertion of fact that Mr. A repeatedly requested confidentiality has not been refuted by any other evidence. There was no assertion to the contrary that the information given by Mr. A to Mr. LeBlanc was not useful to the investigation. There was no request to cross-examine Mr. LeBlanc on his affidavit and from a review of the record there was absolutely no reason to doubt the credibility of this peace officer. Mr. LeBlanc's assertions of fact are not opinion. They qualify as some evidence which would satisfy a trier of fact on a balance of probabilities that the person is a confidential informer. They do not have to be corroborated. In any event, how could the assertions have been corroborated? It is hard to imagine a confidential informer saying anything to anybody else (but the investigator) in order to corroborate the information. One cannot imagine putting Mr. LeBlanc to the burden of finding another informer to corroborate the information. For these reasons, I find the Commission's decision regarding informer privilege to be unreasonable and in need of appellate intervention. Clearly, the test as expressed in the jurisprudence has been met. Mr. LeBlanc, a peace officer in the course of an investigation, guaranteed confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would have been otherwise difficult to obtain. The necessary bargain was made. The Commission had the obligation to apply the privilege throughout and prevent the disclosure of any portions of documents in which Mr. A's name or other identifying information appeared.

[23] The events that underlie this appeal occurred in a small community in this province. There is a significant risk that revealing the name of the investor would lead directly or inadvertently to the identification of Mr. A. This is admitted by Mr. Drapeau. The informer privilege is broad in its application. In my view, the name of the investor

must remain redacted from the documents because, in the circumstances, it clearly falls within the notion of “other identifying information.”

[24] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the New Brunswick Securities Commission dated July 19, 2011 and declare Mr. A a confidential informer and order that all information that could reveal his identity be redacted and not be disclosed. I would award Mr. A costs of \$3,000, and make both respondents jointly responsible for their payment.

LA JUGE LARLEE

[1] Notre Cour doit déterminer si M. A, appelant anonyme et indicateur auprès d'un organe d'enquête (la Commission des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick), doit jouir de la protection accordée aux sources confidentielles.

[2] Monsieur A, en retour d'une promesse d'anonymat et de confidentialité, a donné des renseignements à un enquêteur de la Commission des valeurs mobilières sur des ventes suspectes de l'intimé, Arnel Drapeau. Grâce aux renseignements de M. A, des procédures administratives ont été engagées contre M. Drapeau et contre certaines autres personnes. Lors de la communication de pièces à M. Drapeau, des parties des documents introduits en preuve ont été supprimées pour protéger l'anonymat de M. A. Entre autres, l'identité d'un investisseur qui, connue, aurait permis de reconnaître l'indicateur, a été supprimée. M. Drapeau a demandé à la Commission des valeurs mobilières d'ordonner la divulgation complète des documents. La Commission a conclu, en définitive, que M. A ne bénéficiait pas du privilège de l'indicateur, mais qu'il jouissait d'un privilège d'intérêt public. Elle a jugé que ce privilège protégeait l'identité de M. A, mais qu'il n'était pas de portée suffisamment large pour protéger celle de l'investisseur, quoiqu'elle pût révéler l'identité de l'indicateur.

I. Motion préliminaire

[3] À l'ouverture de l'audience, M. Drapeau a présenté une motion, suivant la règle 62.23 des *Règles de procédure*, par laquelle il priait la Cour de casser l'avis d'appel, ou de rejeter l'appel, au motif que l'appel était frivole, vexatoire ou sans fondement. Il reproche un abus de procédure à la Commission, qu'il accuse d'avoir agi de mauvaise foi, par un comportement professionnel contraire à l'éthique et par des mesures prises sans scrupules, pour justifier sa décision. Les prétentions de M. Drapeau sur ce point sont dénuées de fondement pour deux raisons : premièrement, rien n'indique qu'il y ait eu

abus de procédure; deuxièmement, la partie appelante n'est pas la Commission, mais M. A. M. Drapeau soutient par ailleurs que l'appel est sans portée pratique, puisque l'investisseur, à ce stade-ci, est connu; l'informateur serait donc identifié par inférence. Nous avons rejeté ce moyen lors de l'audience, parce que l'appel n'est pas sans portée pratique. L'identité de M. A est tout au plus conjecturale. Qui plus est, l'importante valeur jurisprudentielle d'une décision sur le critère que doit appliquer une Commission de juridiction quasi criminelle, lorsqu'elle détermine s'il y a lieu d'accorder à une partie le privilège de l'indicateur, l'emporte sur les circonstances de l'espèce.

II. Contexte

[4] L'appel porte sur une décision du 19 juillet 2011 de la Commission des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick, qui a refusé de reconnaître à M. A le privilège de l'indicateur et qui a ordonné la divulgation de parties supprimées de documents qui pouvaient conduire à son identification, plus précisément la divulgation de l'identité d'un investisseur.

[5] Monsieur A a appris qu'on proposait, au Nouveau-Brunswick, un produit de placement qui lui paraissait de nature douteuse. Il a communiqué avec Ed LeBlanc, enquêteur principal de la Commission affecté à la Division de l'application de la loi, et lui a laissé savoir qu'il disposait de renseignements sur des produits de placement suspects offerts au Nouveau-Brunswick. Il a informé M. LeBlanc que, en échange d'une garantie d'anonymat et de confidentialité qui protégerait son identité, il lui en dirait davantage. Cette garantie obtenue de M. LeBlanc, M. A lui a transmis des renseignements qui ont permis à l'enquêteur de recueillir une preuve suffisante pour demander et obtenir la prise d'une ordonnance d'enquête par la Commission en vertu de l'art. 171 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5. Muni des renseignements que M. A lui avait donnés, M. LeBlanc a pu mener son enquête à terme. La Commission a ensuite établi un exposé des allégations contre Arnel Drapeau et deux autres personnes.

[6] Au cours de l'instruction de la procédure administrative, M. Drapeau a demandé, au nom de son droit à la divulgation, des copies non expurgées des documents. En prévision de l'audience du 21 avril 2011, les avocats de la Commission avaient remis au tribunal deux groupes de documents, dont l'un n'est pas pertinent ici. Le 21 avril 2011, la Commission a tenu une audience pour se pencher, entre autres, sur la demande par laquelle M. Drapeau réclamait la partie manquante des pièces divulguées. Le 6 mai suivant, la Commission a indiqué qu'il lui fallait prendre connaissance des parties supprimées des pièces divulguées. Le 9 mai, elle a examiné ces documents et rendu sa décision. Les motifs en ont été publiés le 19 juillet 2011. La Commission a refusé de conclure à l'existence du privilège de l'indicateur en l'instance, mais elle a admis que l'ordre public justifiait de protéger l'identité d'une personne qui prend contact avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières sous le sceau du secret. Plus précisément, la Commission a ordonné que les renseignements révélateurs du nom de M. A et les autres éléments identificateurs demeurent supprimés des pièces remises à M. Drapeau pour divulgation, mais que l'identité de l'investisseur soit divulguée au motif que [TRADUCTION] « l'immunité d'intérêt public » ne s'étendait pas à l'investisseur.

[7] M. A ne s'oppose à M. Drapeau et aux autres, devant la Commission, à titre ni de partie, ni de participant, ni de témoin. Il a obtenu la permission d'interjeter appel suivant le par. 195(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* :

195(1) A person directly affected by a final decision of the Commission, other than a decision under section 55 or 80, may with leave of a judge of the Court of Appeal appeal to the Court of Appeal.

195(1) La personne directement touchée par une décision définitive de la Commission, à l'exception d'une décision rendue aux termes de l'article 55 ou 88, peut, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, interjeter appel devant la Cour d'appel.

III. Moyens d'appel

[8] Trois moyens sont avancés par M. A. Il soutient que la Commission a fait erreur : (1) par la démarche adoptée pour déterminer si le privilège de l'indicateur s'appliquait à lui; (2) lorsqu'elle a conclu qu'il n'était pas un indicateur confidentiel;

(3) lorsqu'elle a ordonné la divulgation de parties supprimées de documents contenant son nom ou d'autres éléments identificateurs.

IV. Norme de contrôle

[9] M. Drapeau soutient, dans le mémoire qu'il a déposé à titre d'intimé, que la norme de la décision raisonnable est celle qui s'applique à la décision rendue par la Commission des valeurs mobilières sur le privilège de common law relatif aux indicateurs. Je tiens compte de l'arrêt prononcé récemment par la Cour suprême du Canada dans *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, qui reconnaît une certaine latitude aux tribunaux administratifs pour déterminer comment appliquer les règles de common law dans les contextes administratifs qui sont les leurs (on pourra se reporter, si l'on souhaite lire une explication de *Nor-Man* dans un arrêt néo-brunswickois récent, à *Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion pour le compte du ministère des Ressources naturelles c. Pinder et le Syndicat des employé(e)s des secteurs public et privé du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 60, [2012] A.N.-B. n° 241 (QL), et à *Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion au nom du ministère de la Justice c. SCFP, section locale 1418*, 2012 NBCA 61, [2012] A.N.-B. n° 238 (QL) le juge d'appel Robertson). Je conviens que la norme appropriée, ici, est celle de la décision raisonnable.

V. Analyse et décision

[10] La Cour suprême du Canada a présenté un résumé utile de la règle du privilège relatif aux indicateurs dans *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, [1997] A.C.S. n° 14 (QL). Dans *Leipert*, la Cour devait déterminer si la défense avait le droit d'obtenir des détails sur une information qu'un indicateur avait communiquée par téléphone à Échec au crime. L'accusé soutenait qu'il avait droit à ces détails sur le fondement du droit à une défense pleine et entière que garantit la *Charte canadienne des droits et*

libertés. Le ministère public a répondu qu'ils ne pouvaient être divulgués en raison de la règle de common law selon laquelle les communications d'un indicateur sont privilégiées et n'ont pas à être divulguées. La juge McLachlin (tel était alors son titre) a expliqué ce qui suit :

Le tribunal qui analyse cette question doit, au départ, reconnaître que le privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d'application de la loi. Cette protection est fondée sur l'obligation qui incombe à tous les citoyens de contribuer à l'application de la loi. S'acquitter de cette obligation comporte un risque de vengeance de la part des criminels. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police a donc été adoptée pour protéger les citoyens qui collaborent à l'application des lois et encourager les autres à en faire autant. Comme l'a dit le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), aux pp. 5 et 6 :

[TRADUCTION]

La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [Par. 9]

La juge McLachlin a ajouté que le privilège de l'indicateur est d'une telle importance qu'il échappe au pouvoir discrétionnaire du juge du procès :

Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires[.]

[Par. 12]

On pourra se reporter également à l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, [1983] A.C.S. n° 65 (QL), où la Cour suprême a conclu que l'application de la règle ne relève en rien de la discrétion du juge; il s'agit d'« une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge » (p. 93).

[11] Dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, le juge Bastarache a exposé la démarche que doivent adopter les tribunaux lorsqu'ils statuent sur l'existence d'un privilège de l'indicateur. Dans cette cause, une personne qui témoignait lors de l'audience tenue sur son extradition avait informé le juge qu'elle était un indicateur de police. À ce titre, elle avait revendiqué le privilège de l'indicateur, dans le but d'empêcher les médias de prendre connaissance des activités qu'elle avait exercées en la matière. Elle ne tentait pas de dissimuler les renseignements aux parties à l'instance d'extradition, qui étaient déjà au fait de son identité, mais aux médias.

[12] Il était affirmé, dans *Personne désignée*, que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police était discrétionnaire et que les juges avaient le pouvoir de déterminer, dans chaque cas, si la protection du privilège exigeait le huis clos. La Cour suprême a écarté cette proposition. Elle a déclaré que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police était impérative (sous réserve d'une exception inapplicable ici). Le juge Bastarache en a expliqué le pourquoi :

[...] Accorder aux juges du procès un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs de police doit être protégé minerait les fins de cette règle. La règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu'elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée. Une règle qui accorderait aux juges du procès le pouvoir de déterminer dans chaque cas si le privilège de l'indicateur doit être protégé aurait pour effet de décourager les indicateurs éventuels de se manifester, ce qui anéantirait ainsi l'utilité du privilège et porterait un grand coup aux enquêtes policières. [Par. 39]

[13] Le juge appelé à déterminer si le privilège s'applique en suppose d'abord l'applicabilité. Il exige ensuite que les parties lui présentent des preuves le convainquant, par prépondérance des probabilités, que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique et il s'applique pleinement. Récemment, dans *R. c. X.Y.*, 2011 ONCA 259, [2011] O.J. No. 1479 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a exprimé le point de vue suivant sur le privilège : [TRADUCTION] « Il est à ce point sacré que même le droit à une défense pleine et entière, dont le droit à la divulgation est une composante essentielle, n'amène pas à lui seul une exception au privilège de l'indicateur » (par. 15).

[14] Dans *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, le juge Fish a indiqué la procédure à suivre pour que des renseignements confidentiels ne soient pas révélés à la défense lorsque le privilège de l'indicateur est revendiqué par la poursuite. Il faut normalement les éléments suivants pour que la question du privilège se pose : « [D]ans le cadre d'une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d'un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu'il lui serait difficile ou impossible d'obtenir autrement » (par. 36). Un marché est conclu, puis accepté en tant qu'« outil indispensable pour la détection, la prévention et la répression du crime » (*Basi*, par. 36; *Bisaillon c. Keable*, par. 105).

[15] Le juge des faits doit, lorsque ce privilège est revendiqué, déterminer s'il existe lors d'une audience à huis clos constituant une « première étape ». L'existence de la revendication ne peut être rendue publique. D'ordinaire, seul le présumé indicateur et le ministère public peuvent comparaître devant le juge. Suivant le critère applicable, le juge doit être convaincu selon la prépondérance des probabilités, lorsqu'il se prononce sur l'existence du privilège, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel. Et si la revendication du privilège est établie, le juge doit lui donner pleinement effet. Comme nous l'avons vu, les juges du procès n'ont pas le pouvoir discrétionnaire d'agir autrement.

[16] Dans *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, le juge Binnie a rappelé l'importance du privilège de l'indicateur :

La police compte énormément sur ses indicateurs. Compte tenu de sa nature quasi absolue, le privilège incite d'éventuels indicateurs à se manifester, sachant qu'ils bénéficieront d'une certaine garantie contre les représailles. Or, l'adoption d'une règle plus souple qui accorderait aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient ou non de divulguer l'identité des indicateurs de police priverait ces derniers de cette garantie et minerait leur volonté de collaborer. Voir *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Leipert*; et *Basi*. La portée de l'obligation de protéger les sources confidentielles dépasse manifestement celle d'une simple règle de preuve et elle ne se limite pas à la salle d'audience. Comme la juge du procès l'a dit, [TRADUCTION] « [l]a police a besoin d'aide, mais, en règle générale, les personnes qui peuvent lui fournir des renseignements ne le feront que si elles sont protégées » (d.a., p. 7).

[Par. 30]

Nous savons aussi que la règle du privilège de l'indicateur s'applique dans une instance criminelle tout autant que dans une instance quasi criminelle (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, par. 45) et que les raisons d'être du privilège, c'est-à-dire la protection des indicateurs et la volonté de les encourager, sont d'égale importance pour les corps d'enquête provinciaux.

[17] Ici, la partie de la décision de la Commission qui traite du privilège de l'indicateur (qu'elle appelle « privilège de l'informateur ») compte sept paragraphes. La Commission a cerné ainsi la question :

[TEXTE FRANÇAIS DE LA COMMISSION]

Le privilège de l'informateur est celui qui procure le degré de protection le plus élevé contre la divulgation de l'information. Pour réussir à obtenir une décision qui reconnaît le bien-fondé du privilège de l'informateur, la

preuve doit être de nature à permettre de conclure que l'identité de la personne doit être tenue secrète pour assurer sa propre protection. Parmi les autres facteurs à prendre en considération, mentionnons le risque de compromettre une enquête en cours ou de révéler des techniques de recherche de renseignements ou le risque de porter préjudice aux intérêts de personnes innocentes, mais ils ne s'appliquent pas en l'espèce. Invoquant l'arrêt *R. c. Leipert*, les membres du personnel font valoir qu'une fois qu'il a conclu à son existence, le tribunal et, par voie de conséquence la Commission, ne peut pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires. Ce privilège n'est pas discrétionnaire et doit être appliqué de manière large. La seule exception à la règle du privilège de l'informateur est celle qui concerne la démonstration de l'innocence.

Comme nous l'avons fait remarquer au début des présents motifs, les membres du personnel ont refusé dès le départ de divulguer des copies non expurgées des documents qu'ils disaient être protégés par le privilège de l'informateur. Les éléments portant les numéros 1 à 11, 13 à 15, 26 à 29, 37 et 38 dans le tableau n'ont pas été remis à la Commission pour ce motif. Les membres du personnel ont fait valoir que ces éléments expurgés contenaient le nom et les coordonnées d'une personne que les membres du personnel ont qualifié de source confidentielle (« la source »), le nom et les coordonnées d'un investisseur qui, selon les membres du personnel, pourrait permettre d'identifier la source (« l'investisseur »), des renseignements concernant la relation entre l'investisseur et la source et des dates précises qui peuvent mener à l'identité de la source.

Bien que la Commission ne conteste pas la portée ni la nature du privilège de l'informateur, elle remet en question la position des membres du personnel pour ce qui est de savoir qui doit déterminer de façon préliminaire qu'une personne est bel et bien un « informateur ».

Dans l'arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, la Cour suprême du Canada a énoncé une procédure détaillée que doit suivre le juge lorsqu'il est appelé à déterminer si le privilège de l'informateur s'applique. Les membres du personnel remettent en question cette démarche et soutiennent qu'il revient à l'enquêteur, et non à la

Commission chargée de statuer sur le fond, de déterminer si une personne est un « informateur ». C'est dans ce contexte que les documents expurgés ont été remis à la Commission.

La démarche décrite à la partie D de l'arrêt *Personne désignée* est fonction des faits de l'affaire *Personne désignée*. Mais cela étant dit, elle a pour but de servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège de l'informateur. Au paragraphe 46 de cette décision, la démarche prévoit une audition à huis clos afin que le juge « détermine si la preuve est suffisante pour conclure que la personne est un indicateur confidentiel et, partant, qu'elle peut revendiquer le privilège ». Ce raisonnement se poursuit au paragraphe 47 que voici :

Il incombe au juge à cette étape d'exiger que les parties lui présentent des preuves qui, tout compte fait, le convaincront que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique.

Pour être convaincue qu'un privilège aussi strict doit s'appliquer, la Commission a besoin d'une preuve pertinente et digne de foi qui lui permettrait de conclure que la personne est un informateur. Il doit également y avoir une démarche qui donne la possibilité à la Commission d'analyser elle-même le rôle de la personne et les éléments de preuve pour déterminer si, comme il est allégué en l'espèce, la source est bel et bien un informateur. Compte tenu de la position adoptée par les membres du personnel, l'accent n'a pas été mis sur la nécessité de fournir à la Commission l'information dont elle aurait eu besoin pour effectuer cette analyse. [Par. 19 à 24]

[18] La Commission arrive enfin à la conclusion suivante, au par. 25 de sa décision :

[TEXTE FRANÇAIS DE LA COMMISSION]

En l'espèce, nous disposons seulement de l'affidavit fait sous serment le 14 avril 2011 par l'enquêteur principal, Ed LeBlanc, dans lequel celui-ci affirme que la source a à maintes reprises demandé la confidentialité. Au paragraphe 8 de son affidavit, M. LeBlanc poursuit en résumant la nature de l'information fournie par la source au

sujet de l'investisseur, mais il s'agit d'une opinion qui n'est malheureusement pas corroborée. Par conséquent, la preuve est insuffisante, par rapport au fardeau que la Commission estime applicable, pour déterminer que la source est véritablement un informateur.

[19] J'estime qu'apparaissent dans ce paragraphe, cœur de la décision de la Commission, trois failles irréparables. Premièrement, l'enquêteur a énoncé des faits dans son affidavit, et non une opinion. Deuxièmement, une corroboration n'est pas nécessaire dans les circonstances et, troisièmement, la Commission n'explique ni quel fardeau s'applique, si ce n'est celui de la preuve par prépondérance des probabilités, ni pourquoi la preuve est insuffisante. Un juge des faits doit d'abord présumer l'applicabilité du privilège de l'indicateur, puis examiner la preuve pour déterminer s'il est convaincu de son applicabilité par prépondérance des probabilités.

[20] Considération importante ici, M. LeBlanc avait été nommé enquêteur en application du par. 171(1) de la *Loi*. Il était investi de pouvoir divers, dont ceux que prévoit l'art. 174 :

174 Every investigator in carrying out his or her duties under this Act and the regulations is a person employed for the preservation and maintenance of the public peace and has and may exercise all the powers, authorities and immunities of a peace officer as defined in the *Criminal Code* (Canada).

174 L'enquêteur est, dans l'exercice de ses fonctions aux termes de la présente loi et des règlements, une personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique et a, et peut exercer, tous les pouvoirs et les droits et bénéficier de l'immunité d'un agent de la paix au sens qu'en donne le *Code criminel* (Canada).

Nommé par la Commission, M. LeBlanc a tous les pouvoirs d'un agent de la paix, dont le pouvoir de common law de promettre expressément ou implicitement le secret en contrepartie des renseignements nécessaires au soutien de son enquête.

[21] Je cite les paragraphes pertinents de l'affidavit de M. LeBlanc, daté du 14 avril 2011 :

[TRADUCTION]

5. M. A est entré en communication avec moi, dans cette affaire, en 2006. À l'époque, il s'inquiétait de savoir si je préserverais la confidentialité de son identité. Il m'a indiqué qu'il ne voulait pas qu'on sache qu'il avait communiqué avec la Commission des valeurs mobilières au sujet du Centre de traitement d'information de crédit (CTIC). Avant qu'il ne me transmette des renseignements, je lui ai assuré que les membres du personnel verraient à la confidentialité de son identité.
6. J'ai eu un certain nombre d'entretiens avec M. A depuis, et il a demandé plusieurs fois confirmation de la confidentialité de son identité.
7. Mon tout dernier entretien avec M. A remonte à la semaine du 1^{er} avril 2011. Il m'a rappelé encore une fois qu'il tenait à la confidentialité de son identité.

[22]

Cette déclaration de fait, selon laquelle M. A a demandé la confidentialité à plusieurs reprises, n'est réfutée par aucune preuve. Nulle déclaration contraire n'indique, non plus, que les renseignements que M. A a donnés à M. LeBlanc n'ont pas été utiles à l'enquête. On n'a pas demandé à contre-interroger M. LeBlanc sur son affidavit et il apparaît, à la lecture du dossier, qu'absolument rien n'autorisait à douter de la crédibilité de cet agent de la paix. Les déclarations de fait de M. LeBlanc ne sont pas une opinion. Elles constituent des preuves susceptibles de convaincre un juge des faits, par prépondérance des probabilités, que la personne est un indicateur confidentiel. Elles n'ont pas à être corroborées. De toute façon, comment les déclarations auraient-elles pu être corroborées? Il est difficile d'imaginer qu'un indicateur confidentiel dise quoi que ce soit à quelqu'un d'autre (que l'enquêteur) qui puisse corroborer les renseignements. Il est inconcevable d'imposer à M. LeBlanc le fardeau de trouver un autre indicateur pour les corroborer. Pour ces motifs, je conclus que la décision de la Commission sur le privilège de l'indicateur est déraisonnable et que l'intervention de notre Cour s'impose. De toute évidence, la présente espèce répond au critère énoncé dans la jurisprudence. Un agent de la paix, M. LeBlanc, a garanti la confidentialité d'un indicateur éventuel, dans le cadre d'une enquête, en échange de renseignements utiles qu'il lui aurait été difficile d'obtenir

autrement. Le marché requis a été conclu. La Commission avait l'obligation d'appliquer le privilège sans réserve et d'empêcher la divulgation de toute partie d'un document où le nom de M. A ou d'autres éléments identificateurs apparaissaient.

[23] Les événements qui ont mené au présent appel sont survenus dans une petite ville de notre province. Révéler le nom de l'investisseur risque fort de mener, directement ou par inadvertance, à l'identification de M. A, ce qu'admet M. Drapeau. Le privilège de l'indicateur, dans son application, a une large portée. À mon sens, le nom de l'investisseur doit demeurer supprimé des documents, puisque, dans les circonstances, il s'agit nettement d'un « autre élément identificateur ».

[24] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Commission des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick datée du 19 juillet 2011, de déclarer que M. A est un indicateur confidentiel et d'ordonner que tous les renseignements qui pourraient révéler son identité soient supprimés et non divulgués. Je suis d'avis d'accorder à M. A des dépens de 3 000 \$ et de condamner conjointement à ces dépens les deux parties intimées.