

H. Rod Carey Appellant

v.

**Her Majesty The Queen in right of Ontario,
the Ontario Development Corporation, the
Northern Ontario Development Corporation,
Claude Bennett and Allan Grossman**

Respondents

INDEXED AS: CAREY v. ONTARIO

File No.: 18060.

1985: October 2; 1986: December 18.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Evidence — Crown privilege — Production of cabinet
and cabinet committee documents necessary to legal
case — Low level policy matter several years old and of
little public interest — Crown privilege claimed because
of class of documents — Whether court should inspect
documents to decide whether Crown's claim valid —
Whether Crown's claim to immunity should be upheld.*

The Government of Ontario increasingly became financially involved with Minaki Lodge, a resort in northwestern Ontario, and eventually became owner. Its dealings with appellant, the principal and later controlling shareholder of the lodge, gave rise to this action. On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to or emanated from Cabinet and its committees. The claim was not based on the contents of the documents but on the class to which they belonged. Production, it was alleged, would breach confidentiality and inhibit Cabinet discussion of matters of significant public policy. An application to quash the subpoena *duces tecum* was granted, notwithstanding the judge's assumption that the documents would be relevant to the matters in issue. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld that decision. At issue was whether to claim to refuse production of Cabinet documents as a class was valid, and whether it was necessary for the appellant to prove not only that the documents were relevant but also would assist his case.

H. Rod Carey Appellant

c.

**Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, la
Société de développement de l'Ontario, la
Société de développement du Nord de
l'Ontario, Claude Bennett et Allan
Grossman Intimés**

b RÉPERTORIÉ: CAREY c. ONTARIO

N° du greffe: 18060.

1985: 2 octobre; 1986: 18 décembre.

c Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer,
Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

d *Preuve — Privilège de la Couronne — Production de
documents du Cabinet et de comités du Cabinet néces-
saires à une action en justice — Question de politique
de moindre importance datant de plusieurs années et de
peu d'intérêt pour le public — Revendication du privi-
lège de la Couronne fondée sur la catégorie de docu-
ments — La cour doit-elle examiner les documents afin
de décider du bien-fondé de la revendication de la
Couronne? — Convient-il de faire droit à la demande
d'immunité avancée par la Couronne?*

f S'étant engagé de plus en plus à aider financièrement la Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie»), un centre de villégiature du nord-ouest de l'Ontario, le gouvernement de cette province a fini par en devenir propriétaire. Ses relations avec l'appellant, l'actionnaire principal et, plus tard, l'actionnaire majoritaire de l'hôtellerie sont à l'origine du litige. À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités ou en émanant. Cette revendication n'était pas fondée sur la teneur des documents, mais sur la catégorie à laquelle ils appartenaient. La production, a-t-on allégué, violerait la confidentialité et générerait la discussion par le Cabinet de questions de politique importantes. Une demande en annulation du *subpoena duces tecum* a été accueillie, bien que le juge ait tenu pour avéré que les documents se rapporteraient aux questions en litige. Cette décision a été confirmée tant par la Cour divisionnaire que par la Cour d'appel. La question en litige est de savoir si l'on peut à bon droit refuser la production de documents du Cabinet en tant que catégorie et si l'appellant doit prouver non seulement que les documents sont pertinents mais qu'ils aideront sa cause.

Held: The appeal should be allowed.

The importance of withholding production on the basis of a public interest must be weighed against the public interest in the proper administration of justice. Protection of documents as a class was generally not favoured. There was public interest in the confidentiality of Cabinet deliberations in developing public policy, but this was only one of a number of variables to be taken into account in considering whether the interest in disclosure for the administration of justice was outweighed by other public interests. Among the variables to be weighed was the nature of the policy, whether it was contemporary or not, and the nature and importance of the action. In the present case, the information sought to be revealed concerned a particular transaction involving a low level policy matter that had taken place some thirteen years before.

Because high level documents were involved, the court should first inspect the documents to balance the competing interests in disclosing or producing them. The documents here were obviously relevant, and it was not necessary for appellant to further establish that they would assist his case.

Cases Cited

Considered: *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **referred to:** *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73; *Re Grosvenor Hotel, London* (No. 2), [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'importance de la non-divulgence des documents dans l'intérêt public doit être évaluée par rapport à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice. D'une manière générale, on ne favorise pas la protection de documents en tant que catégorie. Il est dans l'intérêt public que les délibérations du Cabinet dans l'élaboration de politiques soient confidentielles, mais ce n'est là qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération lorsqu'on examine si l'intérêt dans la divulgation aux fins de l'administration de la justice doit céder le pas à d'autres intérêts publics. Parmi les facteurs dont il faut tenir compte, il y a la nature de la politique, l'actualité de cette politique ainsi que la nature et l'importance de l'action. En l'espèce, les renseignements dont on demande la divulgation concernent une opération précise s'inscrivant dans le cadre d'une politique de moindre importance qui remonte quelque treize ans auparavant.

Parce qu'il s'agit de documents importants, la cour doit d'abord les examiner afin de soupeser les intérêts opposés dans la divulgation ou la production. En l'espèce, les documents sont manifestement pertinents et l'appellant n'a donc pas à prouver par d'autres moyens qu'ils aideront sa cause.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **arrêts mentionnés:** *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73; *Re Grosvenor Hotel, London* (No. 2), [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1) [both en. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III].

Evidence Act, R.S.O. 1980, c. 145, s. 30.

Authors Cited

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, affirming a judgment of the Divisional Court (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, affirming a judgment of Catzman J. (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, granting an application to quash a subpoena *duces tecum*. Appeal allowed.

J. L. McDougall, Q.C., and *R. L. Armstrong*, for the appellant.

T. H. Wickett, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This case involves a conflict between the public interest that a person who asserts a legal claim be afforded access to all information relevant to prove that claim, and the public interest against disclosure of confidential communications of the executive branch of government.

The immediate issue is whether the appellant Carey is entitled to compel production in an action against the Crown in right of Ontario and the other respondents of Cabinet documents in the possession of the executive government of the province which, he contends, would support his claim. In Ontario, this issue falls to be decided under common law.

The plaintiff's claim arises against the following background.

Lois et règlements cités

Loi sur la preuve, L.R.O. 1980, chap. 145, art. 30.

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1(2), 36.2(1) [adoptés 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III].

Doctrine citée

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, confirmant un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, confirmant un jugement du juge Catzman (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, qui a fait droit à une demande en annulation d'un subpoena *duces tecum*. Pourvoi accueilli.

J. L. McDougall, c.r., et *R. L. Armstrong*, pour l'appelant.

T. H. Wickett, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit en l'espèce d'un conflit entre l'intérêt qu'a le public à ce que toute personne qui présente une demande en justice ait accès à tous les renseignements pertinents nécessaires pour prouver ses allégations et l'intérêt du public à ce que les communications confidentielles de la branche exécutive du gouvernement ne soient pas divulguées.

La première question qui se pose est de savoir si, dans une action contre Sa Majesté du chef de l'Ontario et les autres intimés, l'appelant Carey est en droit d'obtenir la production de documents du Cabinet se trouvant en la possession du pouvoir exécutif de la province, documents qui, selon l'appelant, serviraient à étayer sa demande. En Ontario, cette question doit être décidée en vertu de la *common law*.

La réclamation du demandeur a pris naissance dans le contexte suivant.

Factual Background

The Minaki Lodge is a tourist resort complex of some note located on the Winnipeg River a few miles north of Kenora and Lake of the Woods. In the early 1960s, Carey became associated with the controlling group then operating the lodge as a shareholder. There is dispute among the parties about the financial health of the lodge during the late 1960s, but no one questions that the tourist industry in the area was adversely affected when mercury contamination was discovered in the adjoining river system. As a result the lodge, which had operated only in the summer months, did not open in the summer of 1971 and was not scheduled to open for the summer of 1972.

By the fall of 1971, the Government of Ontario had become concerned about the damage resulting to the economy of northwestern Ontario from the closing of the lodge and took steps to keep it operating. Its dealing with Carey in attempting to effect this purpose is what gave rise to this action.

Carey alleges that in the fall of 1971, the Government offered to make good all losses of the operators through forgivable or interest-free loans if the lodge was re-opened. The Government, however, denies such an offer formed part of the loan assistance it was willing to extend. Carey further alleges that he accepted the alleged offer and, in reliance on it, acquired control of the lodge from his associates and re-opened it in the summer of 1972. What is more, he adds, he kept it open at the Government's encouragement during the whole of the following winter and thereby incurred considerable losses for which the Government did not fully reimburse him. He claims he then advised the Government the lodge would be closed for the winter of 1973-1974 but the Government asked him to keep it open pending the completion of a feasibility study. The Government denies making any such request.

According to Carey, in November 1973 the Government told him it wished to continue the operation of the lodge and to invest a large sum of

Contexte factuel

Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie») est un centre de villégiature bien connu situé sur la rivière Winnipeg à quelques milles au nord de Kenora et du Lake of the Woods. Au début des années 60, Carey s'est associé en tant qu'actionnaire au groupe majoritaire qui exploitait alors l'hôtellerie. Bien que les parties soient en désaccord quant à la santé financière de l'hôtellerie à la fin des années 60, personne ne conteste que la découverte de contamination au mercure dans le réseau hydrographique en question a nui à l'industrie touristique de la région. Par conséquent, l'hôtellerie, qui n'était exploitée que pendant les mois d'été, est restée fermée au cours de l'été 1971 et il n'était pas prévu de la rouvrir pour l'été 1972.

Dès l'automne 1971, le gouvernement de l'Ontario, s'inquiétant du préjudice causé à l'économie du nord-ouest de l'Ontario par la fermeture de l'hôtellerie, a pris des mesures destinées à assurer sa réouverture. À cette fin, le gouvernement a négocié avec Carey, ce qui a entraîné la présente action.

Carey allègue qu'à l'automne 1971, le gouvernement a offert au moyen de prêts-subventions ou de prêts sans intérêt de dédommager les exploitants de toutes leurs pertes s'ils rouvraient l'hôtellerie. Le gouvernement par contre nie qu'une telle offre ait fait partie de l'aide sous forme de prêts qu'il était disposé à fournir. Carey affirme en outre qu'il a accepté ladite offre et que, sur la foi de celle-ci, a obtenu de ses associés le contrôle de l'hôtellerie, la rouvrant à l'été 1972. De plus, dit-il, encouragé par le gouvernement, il a gardé l'hôtellerie ouverte pendant tout l'hiver suivant, ce qui lui a occasionné des pertes appréciables dont le gouvernement ne l'a pas intégralement indemnisé. Toujours selon Carey, il a alors fait savoir au gouvernement que l'hôtellerie resterait fermée pendant l'hiver 1973-1974, mais le gouvernement lui a demandé d'attendre que soit achevée une étude de faisabilité. Le gouvernement prétend n'avoir jamais fait de telle demande.

Au dire de Carey, en novembre 1973 le gouvernement lui a manifesté le désir de voir continuer l'exploitation de l'hôtellerie et d'y investir une

money in it so as to make the resort a centerpiece for the resort industry in the area. However, he adds, since it would be politically inexpedient to provide funds to a private owner, the Government proposed to become his partner. Carey says he agreed to this proposal and accordingly continued to operate the lodge, incurring very substantial monthly operating losses which were not absorbed by the Government except to the extent necessary to enable him to meet current payments. These allegations are also denied by the Government, which claims that all financial assistance provided to the appellant from 1971 to 1973 was through loans arranged with the Ontario Development Corporation.

In late 1973 or early 1974, a meeting was held between Carey and the Minister of Industry and Tourism and a number of officials including some of the Northern Ontario Development Corporation. Carey claims he was told the Government had decided to invest over \$5 million in the lodge, and that he could either have it go into receivership and see its staff and creditors go unpaid or assign his interest to the Ontario Development Corporation. The Government agrees that there was a discussion of the financial difficulties of the lodge and of the available options. At all events, the appellant accepted a written offer from the Ontario Development Corporation for the transfer of his shares on the understanding that the Corporation would assume all the owners' outstanding indebtedness, except shareholders' loans. Apparently as part of these arrangements, the appellant later signed a three-year consulting contract with the resort company for which he was to be paid some \$15,000 a year. Carey asserts that he assigned his interests under the threat of receivership and its consequences. The Government, however, denies that he acted under any duress or compulsion.

somme importante afin d'en faire le centre de l'industrie touristique de la région. Il ajoute toutefois que, puisqu'il aurait été impolitique d'avancer des fonds à un propriétaire privé, le gouvernement a proposé de devenir son associé. Carey affirme avoir accepté cette proposition et avoir, en conséquence, continué à exploiter l'hôtellerie, subissant des pertes d'exploitation mensuelles considérables que le gouvernement n'a supportées que dans la mesure où cela était nécessaire pour permettre à Carey de faire face à ses paiements courants. Ces allégations font elles aussi l'objet d'une dénégation de la part du gouvernement qui prétend que toute l'aide financière reçue par l'appellant de 1971 à 1973 lui a été fournie au moyen de prêts consentis par la Société de développement de l'Ontario.

d

Vers la fin de 1973 ou le début de 1974, Carey a rencontré le ministre de l'Industrie et du Tourisme et plusieurs fonctionnaires, dont certains de la Société de développement du Nord de l'Ontario. Carey prétend s'être fait dire que le gouvernement avait décidé d'investir plus de cinq millions de dollars dans l'hôtellerie et qu'il pouvait choisir entre la faillite, auquel cas son personnel et ses créanciers ne seraient pas payés, ou la cession de son intérêt à la Société de développement de l'Ontario. Le gouvernement reconnaît qu'il a été question des difficultés financières de l'hôtellerie et des solutions possibles à celles-ci. Quoi qu'il en soit, l'appellant a accepté une offre écrite de la Société de développement de l'Ontario. Aux termes de cette offre l'appellant effectuerait la cession de ses actions et la Société assumerait toutes les dettes impayées des propriétaires, sauf les emprunts contractés par les actionnaires. Plus tard, apparemment en conformité avec l'accord ainsi intervenu, l'appellant a signé avec la société qui exploitait l'hôtellerie un contrat de trois ans suivant lequel il lui fournirait des services d'expert-conseil moyennant une rémunération annuelle d'environ 15 000 \$. Carey affirme qu'il a cédé ses intérêts sous la menace de la faillite et de ce qui en découlerait. Le gouvernement toutefois nie que l'appellant ait agi sous le coup de la contrainte ou de la coercition.

The Action and Demand for Production

Some two years later, in March 1976, Carey brought the present action seeking damages, including exemplary damages, for breach of the alleged agreement, deceit and damage to reputation, the setting aside of the transfer on the grounds of duress and compulsion and as an unconscionable transaction, and a declaration that the appellant is the beneficial owner of the shares transferred by him. The action against the individual defendants was subsequently dismissed with consent, so only the Government and the two corporations remain as defendants.

On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to Cabinet and its committees and all documents that emanated from it. When, in June of 1982, a date was fixed for trial, a subpoena *duces tecum* was served on the Secretary of the Cabinet for Ontario, Dr. E. E. Stewart, requiring him to attend at trial and bring all documents relating to the proceedings described in the subpoena. The Government then applied to quash the subpoena, and in support of the application filed an affidavit sworn by Dr. Stewart in which he acknowledged that he had relevant documents under his control but objected to their production on the basis that "it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation." By s. 30 of the *Ontario Evidence Act*, R.S.O. 1980, c. 145, such objection has the like effect as if it were made by a member of the Executive Council of the Province.

Dr. Stewart listed the documents in two schedules to his affidavit. The first schedule lists documents in the possession of his office at the time the subpoena was served on him. The second lists those formerly in his office but now in the possession of the archives where they would normally be kept confidential and unavailable for public access for a period of thirty years.

L'action et la demande de production

Environ deux ans plus tard, en mars 1976, Carey a intenté la présente action visant à obtenir, en premier lieu, des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts exemplaires, pour violation de l'accord allégué, pour dol et pour atteinte à la réputation, en deuxième lieu, l'annulation de la cession pour cause de contrainte et de coercition et parce qu'elle constituait une opération abusive et en troisième lieu, un jugement déclarant que l'appelant est le propriétaire réel des actions qu'il a cédées. L'action contre les particuliers défendeurs a par la suite été rejetée du consentement des parties, de sorte que les seuls défendeurs qui restent sont le gouvernement et les deux sociétés.

À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités et de tous les documents émanant du Cabinet. En juin 1982, la cause a été mise au rôle et on a assigné le secrétaire du Cabinet de l'Ontario, M. E. E. Stewart, à comparaître au procès et à produire tous les documents se rapportant aux procédures mentionnées dans le *subpoena*. Le gouvernement a alors présenté une demande en annulation du *subpoena*, produisant à l'appui de sa demande un affidavit souscrit par M. Stewart, dans lequel ce dernier reconnaissait avoir à sa disposition des documents pertinents mais s'opposait à leur production parce que [TRADUCTION] «il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige». Suivant l'art. 30 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 145, une telle objection a le même effet qu'une objection formulée par un membre du Conseil exécutif de la province.

M. Stewart a énuméré les documents en question dans deux annexes jointes à son affidavit. La première annexe énumère les documents se trouvant dans son bureau au moment où le *subpoena* lui a été signifié. La seconde énumère les documents qu'il a déjà eus dans son bureau mais qui sont maintenant en la possession des archives où ils devraient normalement être conservés, confidentiels et inaccessibles au public, pendant une période de trente ans.

The affidavit claims privilege against disclosure of all these documents except a few orders in council and formal minutes of the Management Board. The claim of privilege is not based on the contents of these documents, which are not revealed, but on the class to which they belong, i.e. documents prepared for Cabinet, or that emanated from Cabinet, or that record its proceedings or those of its committees. These may compendiously be described as "Cabinet documents", although there may in some circumstances be ground for making a distinction between them.

The basis of the claim for the privilege against production of the documents is set forth in the following excerpts from the affidavit:

... it is my firm opinion that it has consistently been assumed and taken for granted at all material times by all members of the Executive Council, and by all members of the staff of the Cabinet office, that all of the discussions in the Executive Council are private and confidential, and will not be published or revealed to any persons who are not members of the Council. It has also been consistently realised and appreciated by all members of the Council that the decisions taken by it are collegial or group decisions, for each of which they all share responsibility.

It is also my firm opinion that it has consistently been assumed by the members of the Executive Council, and by the staff of the Cabinet office and the various government ministries, that documents prepared by sub-committees of the Cabinet for use by the Cabinet, and documents prepared by ministries or other government organizations for use by the Cabinet are privileged and confidential and will not be made public.

I have read and reviewed the documents listed in Exhibit 1 for which privilege is claimed. In my considered opinion, for the reasons set out below, it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation.

The notes kept by members of Cabinet staff of the discussions at Cabinet meetings do not purport to be complete, and do not indicate the basis upon which any individual member, or the Executive Council itself, formed a decision. They indicate certain points raised by individual members of Cabinet, and more importantly, they record the decisions reached by Cabinet

L'affidavit réclame un privilège de non-divulgaration relativement à chacun de ces documents, à l'exception de quelques décrets du Conseil et procès-verbaux officiels du Conseil de gestion. Cette réclamation se fonde, non pas sur la teneur des documents, qui n'a pas été révélée, mais sur la catégorie à laquelle ils appartiennent, c.-à-d. celle des documents préparés pour le Cabinet ou émanant du Cabinet, ou contenant les délibérations du Cabinet ou de ses comités. Par souci de concision, on peut les décrire comme des «documents du Cabinet», bien qu'il puisse convenir dans certaines circonstances de faire des distinctions entre eux.

Le fondement de la réclamation d'un privilège de non-production des documents se trouve exposé dans les passages suivants tirés de l'affidavit:

[TRADUCTION] ... je suis fermement convaincu que tous les membres du Conseil exécutif et tout le personnel du bureau du Cabinet ont toujours supposé et tenu pour acquis que toutes les discussions du Conseil exécutif sont privées et confidentielles et qu'elles ne seront ni publiées ni révélées à des personnes qui ne font pas partie du Conseil. De plus, chacun des membres du Conseil a toujours été bien conscient du caractère collégial ou collectif des décisions du Conseil, à l'égard desquelles ils partagent tous la responsabilité.

Je suis en outre fermement convaincu que les membres du Conseil exécutif et le personnel du bureau du Cabinet et des différents ministères gouvernementaux ont toujours supposé que les documents établis par des sous-comités du Cabinet à l'usage du Cabinet ainsi que les documents préparés par les ministères ou d'autres organismes gouvernementaux à l'usage du Cabinet sont privilégiés et confidentiels et ne seront pas rendus publics.

J'ai lu et examiné les documents énumérés dans la pièce 1 à l'égard desquels le privilège est demandé. Après mûre réflexion, j'estime, pour les raisons exposées ci-après, qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige.

Les notes prises par des membres du personnel du Cabinet, portant sur les discussions qui ont eu lieu au cours des réunions du Cabinet, ne se veulent aucunement complètes et n'indiquent pas ce sur quoi tel ou tel membre du Cabinet ou le Conseil exécutif lui-même a pu fonder une décision. Elles constatent certains points soulevés par des membres individuels du Cabinet et, plus important encore, elles enregistrent les décisions prises par le Cabinet ...

It is my firm opinion that if these notes of the discussions in the Executive Council were to be produced, it would almost necessarily lead to a distorted, incomplete and inaccurate impression of the nature of the actual discussion which took place. It is also my opinion that if these notes were produced, it would in future affect the nature of the discussions in Cabinet, and would inhibit the freedom of the members of Cabinet to discuss matters of significant public concern and policy, to the detriment of the public interest.

The Courts Below

Catzman J. of the Supreme Court of Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, assumed without deciding that the documents in question would be relevant to the matters in issue between the parties to the litigation. However he ordered that the subpoena *duces tecum* be quashed and set aside largely on the basis of the Ontario Court of Appeal decision in *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705 where it was stated, at p. 711, that documents relating to Cabinet proceedings are by their nature generally acknowledged to be privileged. For this and other reasons, he also rejected the suggestion that he inspect the documents privately so as to determine where the balance of public interest lay.

An appeal to the Divisional Court for Ontario was dismissed: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. White J., who gave the judgment of the Court, held, citing *inter alia*, *Smerchanski v. Lewis*, that Cabinet documents are presumed to be privileged under the doctrine of Crown privilege or public interest immunity in the absence of special circumstances, such as an allegation of criminal activity, malfeasance, misfeasance, nonfeasance, irregularity or other improprieties in the conduct of the members of the Cabinet or those reporting to the Cabinet, of which the documents in issue would be proof. In his view, the onus of establishing such circumstances is on those who seek production of the documents. Carey would have to discharge this onus before the court would look at the documents and embark on the process of weighing the interest in the confidentiality of executive or Cabinet delib-

Je crois fermement que si ces notes des discussions du Conseil exécutif devaient être produites, il en résulterait presque inévitablement que l'on se ferait une idée fausse, incomplète et inexacte de la nature des discussions.

a J'estime en outre que la production de ces notes aurait des répercussions sur les discussions futures du Cabinet et imposerait des entraves à la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public, et ce, au détriment du bien général.

Les tribunaux d'instance inférieure

c Le juge Catzman de la Cour suprême de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, a tenu pour avéré, sans toutefois décider le point, que les documents en cause se rapporteraient aux questions en litige entre les parties au procès. Toutefois, se fondant principalement sur l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705, à la p. 711, où la Cour d'appel de l'Ontario dit que les documents relatifs aux délibérations du Cabinet sont, de par leur nature, généralement reconnus comme privilégiés, il a ordonné l'annulation du subpoena *duces tecum*. Pour cette raison et pour d'autres il a également repoussé la proposition qu'il examine les documents en privé afin de déterminer lequel des intérêts publics devait l'emporter.

f Un appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario a été rejeté: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. Le juge White, qui a rendu le jugement de la cour, a cité notamment l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* à l'appui de sa conclusion que, grâce au principe du privilège de Sa Majesté ou de l'immunité d'intérêt public, les documents du Cabinet sont réputés privilégiés, à moins qu'il n'y ait des circonstances spéciales telles qu'une allégation d'activité criminelle, de méfait (*malfeasance*), de mauvaise exécution (*misfeasance*), d'inaction (*nonfeasance*), d'irrégularité ou de toute autre conduite irrégulière reprochée aux membres du Cabinet ou à des personnes relevant du Cabinet, conduite dont les documents en cause constitueraient une preuve. De l'avis du juge White, c'est à ceux qui demandent la production des documents qu'il incombe d'établir l'existence de telles circonstances. Tant que Carey ne le ferait pas, la cour n'examinerait pas les documents ni n'entreprendrait l'analyse visant à déterminer lequel devrait primer, l'intérêt à préser-

erations against the interest in making available all relevant evidence to a court.

On the appeal to the Court of Appeal of Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, that court rejected the "very special circumstances" rule propounded by the Divisional Court. It, however, dismissed the appeal for reasons set forth in the judgment of Thorson J.A. After an extensive examination of the case law, he concluded that the Crown (i.e. the provincial Government) had no absolute privilege or immunity from disclosure of documents based on either their content or class. The Crown could, however, claim protection of certain documents from disclosure on the basis of a specified public interest. Where such a claim is properly made, he stated, it will prevail unless the party seeking their production can persuade the court that there are cogent and concrete grounds that will substantially assist his case, that the issue to which the documents are relevant is one of real substance and is not raised merely to gain access to the documents, and that it is unlikely that the facts sought to be established by the documents can be otherwise proved. Only after this is done will the court proceed to examine the documents with a view to balancing the competing interests. In the case at hand, concrete and cogent grounds had not been presented. Nor had sufficient time elapsed to remove concern about the publication of the documents.

Although it did not have to deal with the issue in view of the conclusion it had arrived at, the Court thought it desirable to comment on the submission made on behalf of the Government that where a court decided to order an inspection, the Government should have a right to appeal before the court proceeded to act on that order, and if the Court of Appeal made such an order, the Govern-

ver le caractère confidentiel des délibérations de l'exécutif ou du Cabinet, ou l'intérêt à mettre à la disposition d'un tribunal tous les éléments de preuve pertinents.

" En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, celle-ci a écarté la règle des [TRADUCTION] «circonstances très spéciales» proposée par la Cour divisionnaire. Elle a néanmoins rejeté l'appel pour les motifs exposés dans le jugement du juge Thorson. Après un examen approfondi de la jurisprudence, ce dernier a conclu que Sa Majesté (c.-à-d. le gouvernement provincial) ne jouissait pas d'un privilège ou d'une immunité absolus qui venaient empêcher la communication de documents, soit en raison de leur contenu, soit en raison de leur catégorie. Sa Majesté pouvait cependant, en invoquant un intérêt public précis, réclamer une exemption de communication à l'égard de certains documents. Chaque fois qu'une demande de ce genre est dûment présentée, a dit le juge Thorson, on y accédera, à moins que la partie qui cherche à obtenir la production ne puisse persuader le tribunal qu'il existe des raisons concrètes et convaincantes de croire que les documents lui seront d'un grand secours, que la question à laquelle se rapportent les documents est sérieuse et n'a pas été soulevée simplement pour avoir accès aux documents et que, selon toute vraisemblance, les faits que l'on veut établir au moyen des documents ne peuvent être prouvés d'aucune autre manière. Ce n'est qu'alors que le tribunal examinera les documents en vue de faire un choix entre les intérêts opposés. En l'espèce, on n'a pas allégué de raisons concrètes et convaincantes. Par ailleurs, il ne s'était pas écoulé suffisamment de temps pour dissiper toute inquiétude relative à la publication des documents.

" Quoique n'y étant pas tenue, eu égard à la conclusion à laquelle elle était arrivée, la cour a jugé à propos de faire des observations sur l'argument avancé au nom du gouvernement, selon lequel chaque fois qu'un tribunal décide d'ordonner l'inspection de documents, le gouvernement devrait avoir le droit d'en appeler de cette ordonnance avant que le tribunal ne commence à l'exé-

ment should be given an opportunity to seek leave to appeal to this Court. The Court of Appeal disagreed with this contention on the ground that it knew of no procedure by which this could be done and because of the practical consequences that could ensue from allowing this argument to prevail.

Leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1983, [1983] 2 S.C.R. vi.

Grounds of Appeal

Counsel for Carey contends that the Court of Appeal erred

(a) in finding that Dr. Stewart's affidavit was sufficient to support the claim for non-disclosure despite the fact that it did not specify any special circumstances or particular damage to the public interest;

(b) in its formulation of the test to be applied in determining the circumstances in which the Crown will be obliged to produce Cabinet and other important documents at trial;

(c) in that it established the requirements to be met by a party seeking production of Crown documents relying, in large part, upon the English authorities which in turn relied upon the English rules of practice which have no equivalent in the provinces or territories of Canada.

Counsel for the respondents specified that the claim of privilege was put forward solely on the basis of the class of documents in issue and not on the basis of content. He further contended that the Court of Appeal erred in stating that the Government did not have a separate right to appeal from an order that the documents be inspected.

I do not propose to enter into the latter point in any detail, but I shall only make the following brief remarks. Appeals are creatures of statute, and counsel did not draw our attention to any

cuter et, si la Cour d'appel rendait une telle ordonnance, on devrait donner au gouvernement la possibilité de demander l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. La Cour d'appel a écarté cet argument pour le motif qu'elle ne connaissait aucune procédure par laquelle cela pouvait se faire et aussi en raison des conséquences pratiques de l'acceptation d'un tel argument.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 3 décembre 1983, [1983] 2 R.C.S. vi.

Les moyens d'appel

L'avocat de Carey fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur

a) en concluant que l'affidavit de M. Stewart suffisait pour fonder la demande d'exemption de communication, malgré le fait que cet affidavit ne mentionnait aucune circonstance spéciale ni aucune atteinte particulière à l'intérêt public;

b) dans sa formulation du critère à appliquer pour déterminer les circonstances dans lesquelles Sa Majesté sera tenue de produire au procès des documents du Cabinet et d'autres documents importants;

c) parce que, en posant des exigences à remplir par une partie qui demande la production de documents de la Couronne, elle s'est fondée en grande partie sur la jurisprudence anglaise qui, elle, repose sur les règles de pratique anglaises, règles qui n'ont pas d'équivalent dans les provinces ou territoires du Canada.

L'avocat des intimés a précisé que la revendication de privilège avait pour seul fondement la catégorie à laquelle appartiennent les documents en cause et ne reposait nullement sur leur teneur. Il a soutenu en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en affirmant que le gouvernement n'avait pas de droit distinct d'en appeler d'une ordonnance autorisant l'examen des documents.

Je ne me propose pas d'approfondir ce dernier point et je m'en tiendrai aux brèves observations suivantes. Les droits d'appel sont conférés par la loi et l'avocat ne nous a signalé aucun texte per-

statute permitting an appeal to the Court of Appeal from an order for inspection. He simply relied on English and New Zealand cases, which as Thorson J.A. remarked may rest on a different statutory basis. So far as the jurisdiction of this Court is concerned, it is premature to discuss the issue until it arises. I might say, however, that I am impressed with the practical implications mentioned by Thorson J.A. militating against permitting appeals to be heard on issues of this kind until the final disposition of the action. This is especially true in view of the fact that a special procedure has been provided for dealing with the really sensitive issues such as international relations and national defence and security; see *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1), as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III.

General Legal Background

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest. The general balance between these two competing interests has shifted markedly over the years. At times the public interest in the need for government secrecy has been given virtually absolute priority, so long as a claim to non-disclosure was made by a Minister of the Crown. At other times a more even balance has been struck.

This difference in emphasis resulted in part from the manner in which the interests collided in particular cases. The need for secrecy in government operations may vary with the particular public interest sought to be protected. There is, for example, an obvious difference between information relating to national defence and information relating to a purely commercial transaction. On the other side of the equation, the need for disclosure may be more or less compelling having regard

mettant qu'une ordonnance d'inspection de documents soit portée en appel devant la Cour d'appel. Il s'est simplement appuyé sur la jurisprudence anglaise et néo-zélandaise dont, comme l'a fait remarquer le juge Thorson en Cour d'appel, le fondement législatif peut être différent. En ce qui concerne la compétence de cette Cour, il est prématuré d'en discuter tant que la question n'est pas soulevée. Il convient toutefois de souligner que les considérations d'ordre pratique mentionnées par le juge Thorson, qui militent contre l'autorisation d'appels sur ce type de questions avant le règlement définitif du litige, n'ont pas manqué de m'impressionner. C'est d'autant plus vrai qu'une procédure spéciale est prévue pour les questions particulièrement délicates telles les relations internationales, la défense et la sécurité nationales; voir *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, par. 36.1(2), 36.2(1), adoptés par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III.

Le contexte juridique général

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués. L'importance relative de chacun de ces deux intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans. À certains moments, l'intérêt qu'a le public à ce que le secret des délibérations du gouvernement soit gardé a reçu une priorité presque absolue; il suffisait qu'un ministre de la Couronne demande la non-divulgateion. À d'autres époques, on s'est rapproché davantage de l'équilibre.

Cette différence tient en partie à la façon dont les intérêts se heurtaient dans des cas donnés. La nécessité du secret dans les activités gouvernementales peut varier selon l'intérêt public précis que l'on veut protéger. Il existe, par exemple, une différence évidente entre des renseignements qui se rapportent à la défense nationale et des renseignements concernant une opération purement commerciale. D'un autre côté, la nécessité de divulgation peut être plus ou moins impérieuse suivant la

to the nature of the litigation (e.g. between a criminal and civil proceeding) and the extent to which facts may be proved without resort to information sought to be protected from disclosure.

The shift in the balance between the two interests has also been affected by changing social conditions and the role of government in society at various times. When the early cases were decided, the activities of government were restricted to larger political issues. There was no general right to sue the Crown. The issue, therefore, did not frequently arise and when it did, it was often in the context of a suit between private litigants. In that period, it would appear, the tendency of the Crown was to produce evidence requested by litigants in the absence of some compelling reason that could not be disregarded; see the authorities cited by Lord Blanesburgh in *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704 (P.C.), at p. 714.

With the expansion of state activities into the commercial sphere, different attitudes to suits against the Crown developed and statutes were enacted to make these possible. The general social context also affected attitudes towards government secrecy. One can scarcely expect the views on this issue to be the same in wartime conditions when the total energy of the nation must be concentrated on winning the war, and an era of peace in which government activity impinges on every aspect of our lives and there is in consequence increased demands for more open government. The question, as Lord Upjohn noted in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 at p. 991, is one that invites periodic judicial reassessment. Not surprisingly, conflicting dicta can scarcely be reconciled.

nature (par ex., criminelle ou civile) du litige et la mesure dans laquelle les faits sont susceptibles d'être prouvés sans avoir recours aux renseignements que l'on cherche à protéger contre la divulgation.

L'évolution des conditions sociales ainsi que le rôle qu'a joué le gouvernement à différentes époques au sein de la collectivité ont également influencé le degré d'importance accordé aux deux intérêts en question. Quand les premières décisions dans le domaine ont été rendues, les activités gouvernementales s'exerçaient uniquement à l'égard de questions politiques de portée relativement large. Il n'y avait pas de droit général de poursuivre la Couronne. La question ne se posait donc que rarement et, quand on la soulevait, c'était souvent dans le contexte d'un litige entre particuliers. À cette époque-là, semblerait-il, Sa Majesté avait tendance à produire les éléments de preuve demandés par les parties au procès, en l'absence de quelque raison impérieuse qu'on ne pouvait ignorer; voir la jurisprudence citée par lord Blanesburgh dans l'arrêt *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704 (P.C.), à la p. 714.

L'élargissement du champ des activités étatiques pour englober la sphère commerciale a donné naissance à des attitudes nouvelles face aux actions contre la Couronne et cela s'est traduit par des lois visant à rendre possibles de telles actions. Les positions prises à l'égard du secret des délibérations du gouvernement ont été déterminées en outre par le contexte social général. En effet, on ne peut guère s'attendre que les opinions sur cette question soient les mêmes en temps de guerre quand toutes les énergies de la nation doivent être mobilisées pour assurer la victoire qu'elles ne le seraient si, dans une période de paix, les activités gouvernementales envahissaient tous les aspects de la vie des citoyens, ce qui porterait alors à revendiquer davantage un gouvernement plus ouvert. Comme l'a souligné lord Upjohn dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, à la p. 991, il s'agit d'une question qui doit périodiquement faire l'objet du réexamen des tribunaux. Il ne faut donc pas s'étonner de l'impossibilité de concilier les opinions contradictoires exprimées sur ce point.

The widely divergent views on the subject may conveniently be illustrated by the two cases that first gave rise to the modern debate on the subject, *Robinson v. State of South Australia*, just cited, before the Privy Council, and *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, before the House of Lords.

In *Robinson's* case, Robinson sued the State of Australia for the amount of damage that had resulted to his wheat in the possession of the State under wheat marketing legislation. The damage, it was alleged, resulted from the negligence of the agents of the State who handled the wheat. To establish his case, Robinson sought and obtained an order to obtain full discovery of all documents in the possession of the State relating to the matters in controversy. By affidavit, however, the State claimed that 1,892 State documents were privileged since their disclosure would be contrary to the interests of the State. The documents were said to comprise communications between officers administering the departments concerned.

The Privy Council decided against the State's claim for non-disclosure. The documents claimed, it said, were vital to the plaintiff's case. Besides, the privilege claimed was a narrow one to be exercised sparingly, and no further than was necessary for the protection of public interests. Lord Blanesburgh noted that the documents did not relate to the political activities of the State, but to its trading, commercial or contractual activities. While documents relating to the latter might properly not be disclosed in order to safeguard genuine public interests, the increasing extension of state activities into the spheres of business and commerce coupled with the apparently free use of the claim of privilege in relation to claims arising out of these activities, made it imperative for the courts to see to it that the scope of the privilege in such litigation should not be extended. The fact that production of the documents might prejudice the Crown's case or assist the plaintiff's did not justify the claim of privilege. "In truth", he added,

La grande divergence des opinions se dégage bien des deux arrêts qui ont lancé le débat moderne sur le sujet, savoir *Robinson v. State of South Australia*, précité, devant le Conseil privé, et *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, devant la Chambre des lords.

Dans l'affaire *Robinson*, Robinson a poursuivi l'État d'Australie pour le montant des dommages subis par son blé alors qu'il était en la possession de l'État en vertu des textes de loi en matière de commercialisation du blé. Le préjudice, a-t-on allégué, résultait de la négligence des mandataires de l'État qui avaient manutentionné le blé. Afin de prouver ses allégations, Robinson a demandé et a obtenu une ordonnance exigeant la communication intégrale de la totalité des documents qui se trouvaient en la possession de l'État et qui se rapportaient aux questions en litige. L'État a cependant produit un affidavit dans lequel il faisait valoir que 1 892 de ces documents étaient privilégiés parce que leur divulgation irait à l'encontre des intérêts de l'État. On disait en fait que les documents comprenaient des communications entre les fonctionnaires chargés de l'administration des ministères concernés.

Le Conseil privé a décidé de rejeter la revendication de non-divulgation de l'État. Selon le Conseil privé, les documents en question constituaient des éléments indispensables de la preuve du demandeur. D'autre part, le privilège invoqué était de portée restreinte, ne devant s'exercer qu'avec modération et seulement dans la mesure où cela s'imposait pour la protection des intérêts publics. Lord Blanesburgh a souligné que les documents en cause concernaient non pas les activités politiques de l'État, mais ses activités commerciales ou contractuelles. Bien que la communication de documents relevant de cette dernière catégorie puisse à bon droit être refusée afin d'assurer la sauvegarde d'intérêts publics réels, en raison de la tendance de plus en plus marquée vers l'intervention étatique dans les domaines des affaires et du commerce et à cause du recours, apparemment sans borne, à la revendication de privilège relativement à des demandes découlant des activités de l'État dans ces domaines, il était devenu impératif que les

"the fact that the documents, if produced might have any such effect upon the fortunes of the litigation is of itself a compelling reason for their production—one only to be overborne by the gravest considerations of State policy or security" (p. 716).

The Board noted that a court has always had the power to inquire into the nature of the document for which protection is sought and to require some indication of the injury the State would suffer from its production. In performing this task, it added, the court may inspect the documents privately, particularly in cases where the State itself is a party. In the result, the Board concluded that the proper course there was to remit the matter to the court that heard the case with directions that it was a proper one for exercising its power to inspect the documents.

Eleven years later, in 1942, the House of Lords refused to follow the *Robinson* case in *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, *supra*. There the submarine *Thetis*, which the respondents had built for the Admiralty, sank while undergoing its submergence test, and an action in negligence was brought by representatives and dependents of those who had died in the mishap. The Crown objected to the production of several documents which revealed the structural specifications of the submarine and its condition when raised. The objection having been made in proper form, the House upheld it without any inspection of the documents.

The case was undoubtedly correctly decided. A properly framed affidavit by a Minister of the Crown objecting to giving information about the structure of equipment intended for the defence of the country must surely be treated with the utmost deference, especially in wartime. Lord Blanesburgh in *Robinson's* case had noted that the documents should not be inspected where this could

tribunaux voient à ne pas étendre la portée du privilège dans des litiges de ce genre. Ce n'est pas parce que la production des documents pourrait nuire à la cause de Sa Majesté ou encore aider celle du demandeur qu'une revendication de privilège est justifiée. [TRADUCTION] «En vérité», a-t-il ajouté, «le fait que les documents, si on les produisait, pourraient avoir un tel effet sur le sort du litige constitue en lui-même une raison impérieuse de les produire, raison qui ne doit céder le pas que devant les considérations les plus graves de politique ou de sécurité de l'État» (p. 716).

Le Comité judiciaire a souligné que les tribunaux ont toujours été investis du pouvoir de faire enquête sur la nature du document à l'égard duquel la protection est demandée et d'exiger des précisions sur le préjudice que subirait l'État s'il était produit. En définitive, le Comité judiciaire est arrivé à la conclusion que la marche à suivre était de renvoyer l'affaire au tribunal qui l'avait entendue et de lui souligner qu'il y avait lieu d'exercer son pouvoir d'examiner les documents.

Onze ans plus tard, en 1942, la Chambre des lords a refusé de suivre l'arrêt *Robinson* dans l'affaire *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, précitée. Dans cette affaire, le sous-marin *Thetis*, que la société intimée avait construit pour l'Amirauté, a coulé alors qu'il subissait son essai de submersion et les représentants des victimes de l'accident ainsi que les personnes à leur charge ont intenté une action pour négligence. Sa Majesté s'est opposée à la production de plusieurs documents révélant les caractéristiques du sous-marin et son état lors de son renflouement. Puisque l'objection avait été faite dans les formes prescrites, la Chambre l'a admise sans examen des documents.

Il ne fait aucun doute que cet arrêt était bien fondé en droit. Un affidavit en bonne et due forme dans lequel un ministre de la Couronne s'oppose à fournir des renseignements sur les caractéristiques de matériel destiné à la défense nationale doit sûrement être traité avec le plus grand respect, surtout en temps de guerre. Lord Blanesburgh avait d'ailleurs souligné dans l'arrêt *Robinson* que

have the effect of itself defeating the reasons for which a privilege was claimed.

What puts the *Duncan* case at odds with its predecessor, however, was the view taken of the respective roles of the courts and of the Crown in dealing with claims for the production of state documents. In *Robinson's* case the court's role was given pre-eminence. In *Duncan*, by contrast, the House made it clear that a ministerial objection, properly made, was conclusive. The House expressly disapproved of the order for inspection granted in *Robinson's* case.

No longer bound by English authority, this Court soon began to dissociate itself from some of the more absolute statements in *Duncan's* case. In *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, the Court, at the request of the prosecution, allowed production of, and oral evidence respecting, the income tax returns of the accused despite the objection of the Minister of National Revenue. The Court there clearly reiterated "the general principle that in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme functions" in the absence of a public interest recognized as overriding it (see Rand J. at p. 482).

A similar approach was taken in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73. There the Attorney General of Quebec objected on the basis of public interest to the Secretary of the Commission's divulging in the course of bankruptcy proceedings a letter written to the Commission by the bankrupt regarding the business of the bankrupt, but the Court refused to uphold this objection. By this time, the English courts themselves had begun to move away from the approach adopted in *Duncan's* case; see *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Fauteux J., who gave the judgment of the majority of this Court, referred to the

les documents ne devaient pas faire l'objet d'un examen lorsque ce seul acte pouvait avoir pour effet de contrecarrer les buts d'une revendication de privilège.

^a Toutefois, ce à quoi tient l'incompatibilité de l'arrêt *Duncan* avec l'arrêt précédent est l'opinion exprimée relativement aux rôles respectifs des tribunaux et de Sa Majesté face à des demandes de production de documents de l'État. L'arrêt *Robinson* a donné prééminence au rôle des tribunaux. Dans l'arrêt *Duncan*, par contre, la Chambre des lords a clairement établi le caractère concluant d'une objection en bonne et due forme faite par un ministre. La Chambre a formellement désapprouvé l'ordonnance d'inspection accordée dans l'affaire *Robinson*.

^b N'étant plus liée par la jurisprudence anglaise, cette Cour n'a pas tardé à se distancier de certaines des déclarations les plus absolues faites dans l'arrêt *Duncan*. En effet, dans l'arrêt *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, la Cour, à la demande de la poursuite, a permis la production des déclarations d'impôt sur le revenu de l'accusé et a consenti à entendre des témoignages oraux à cet égard, et ce, en dépit de l'opposition du ministre du Revenu national. Dans cet arrêt, la Cour a clairement réitéré [TRADUCTION] «de principe général selon lequel une cour de justice, dans l'exercice de ses fonctions souveraines, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits», à moins qu'il n'y ait un intérêt public dont on reconnaît la prépondérance sur ce principe (voir les motifs du juge Rand, à la p. 482).

^c Telle a été également la position prise dans l'arrêt *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73. Là, le procureur général du Québec s'est opposé, en invoquant l'intérêt public, à ce que le secrétaire de la Commission produise dans le cadre de procédures en faillite une lettre portant sur l'entreprise du failli que celui-ci avait adressée à la Commission; la Cour a écarté l'objection. Déjà à cette époque, les tribunaux anglais eux-mêmes avaient commencé à s'écarter du point de vue retenu dans l'arrêt *Duncan*; voir *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Le juge Fauteux, qui a rédigé les motifs des juges de la majorité en cette

latter case in concluding that the courts had the final say in deciding between the conflicting demands of the litigant and the state, or at least in determining whether a ministerial objection is well founded. He conceded that such objection would obviously be well founded in the case of military secrets, diplomatic relations, Cabinet papers and high level political decisions. But the courts' power, though it must be prudently exercised, remained nonetheless. The facts, he added, will vary from case to case; each must be determined on its own merits.

It was left to the House of Lords in *Conway v. Rimmer*, *supra*, in 1968, to dispose of the more excessive views in *Duncan's* case and to bring English law in line with that of Canada and other parts of the Commonwealth as well as that of Scotland; for the latter, see *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1. In *Conway*, a probationary constable brought action for malicious prosecution against his former superintendent. In the course of discovery, the latter revealed relevant documents in his possession which included four reports made by the defendant during the plaintiff's probationary period and a report by him to his chief constable for transmission to the Director of Public Prosecutions in connection with the prosecution of the plaintiff on a criminal charge, on which he was acquitted and on which the civil action was based. The Secretary of State for Home Affairs objected in proper form to the production of these documents on the ground that they fell within a class of documents the production of which would be injurious to the public interest. The House of Lords held that the documents should be produced for inspection and if it was found that disclosure would not be prejudicial to the public interest or that the possibility of such prejudice was insufficient to justify their being withheld, disclosure should be ordered.

Cour, s'est référé à ce dernier arrêt en concluant qu'en dernière analyse, il appartient aux tribunaux de choisir entre les réclamations contradictoires du plaideur et de l'État ou, à tout le moins, de décider du bien-fondé d'une objection émanant d'un ministre. Il a reconnu que le bien-fondé d'une telle objection serait évident dans le cas de secrets militaires, de relations diplomatiques, de documents du Cabinet et de décisions prises par les plus hautes instances politiques. Mais le pouvoir des tribunaux, nonobstant l'obligation de l'exercer avec prudence, n'en était pas moins réel pour autant. Les faits, a précisé le juge Fauteux, varient d'une affaire à l'autre et chacune doit être tranchée en conséquence.

Dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, en 1968, la Chambre des lords a repoussé les plus excessives des opinions exprimées dans l'arrêt *Duncan* et a mis le droit anglais au diapason de celui du Canada et d'autres pays du Commonwealth et aussi de celui d'Écosse; pour un exemple du droit écossais, voir *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1. Dans l'affaire *Conway*, un policier stagiaire a intenté contre son ancien surintendant une action pour poursuites abusives. Au cours de son interrogatoire préalable, le défendeur a révélé qu'il avait en sa possession des documents pertinents, dont quatre rapports établis par lui pendant le stage du demandeur ainsi qu'un rapport qu'il avait remis à son chef pour transmission au Director of Public Prosecutions, portant sur la poursuite du demandeur relativement à une accusation criminelle à l'égard de laquelle on l'avait acquitté et sur laquelle était fondée l'action civile. Le secrétaire d'État aux Affaires intérieures s'est opposé dans les formes prescrites à la production de ces documents pour le motif qu'ils relevaient d'une catégorie de documents dont la production nuirait à l'intérêt public. La Chambre des lords a conclu que les documents devaient être produits pour qu'ils puissent faire l'objet d'un examen et, si l'on décidait que leur divulgation ne serait pas préjudiciable à l'intérêt public ou que la possibilité d'un tel préjudice était trop faible pour justifier la non-divulgation, il y aurait lieu d'ordonner leur production.

The House firmly rejected the notion that the Minister's statement was final and conclusive. It was the courts that must determine the balance to be struck between the public interest in the proper administration of justice and the public interest in withholding certain documents or other evidence. Proper deference should, of course, be given to the Minister's views, particularly in relation to objections to production of particular documents on the basis of their contents, or where the Minister's reasons involve considerations that cannot properly be weighed on the basis of judicial experience. But class documents are often not of this character. For example, it noted, a court is certainly able to assess whether candour in making a report would likely be lessened by the possibility of its revelation in judicial proceedings.

In assessing whether documents should be produced or not, the court could in some cases come to a decision one way or the other on the basis of the Minister's statement alone, but in case of doubt the judge could inspect them.

The public interest in the non-disclosure of a document is not, as Thorson J.A. noted in the Court of Appeal, a Crown privilege. Rather it is more properly called a public interest immunity, one that, in the final analysis, is for the court to weigh. The court may itself raise the issue of its application, as indeed counsel may, but the most usual and appropriate way to raise it is by means of a certificate by the affidavit of a Minister or where, as in this case, a statute permits it or it is otherwise appropriate, of a senior public servant. The opinion of the Minister (or official) must be given due consideration, but its weight will vary with the nature of the public interest sought to be protected. And it must be weighed against the need of producing it in the particular case.

La Chambre a catégoriquement refusé de reconnaître à la déclaration du ministre un caractère déterminant et concluant. C'est aux tribunaux qu'il appartenait de déterminer l'importance relative à attribuer à l'intérêt qu'a le public à ce que la justice soit bien administrée et l'intérêt public à ce que la communication de certains documents ou d'autres éléments de preuve soit refusée. Il faut, bien entendu, accorder aux opinions du ministre le respect requis, particulièrement lorsqu'il s'oppose à la production de documents en raison de leur teneur ou que les raisons invoquées par lui reposent sur des considérations que les tribunaux ne sont pas en mesure d'apprécier adéquatement. Toutefois, tel est rarement le cas de documents faisant partie d'une catégorie quelconque. Par exemple, a-t-elle souligné, un tribunal est certainement en mesure de déterminer si on ferait preuve de moins de franchise en faisant un rapport si celui-ci risquait d'être divulgué au cours de procédures judiciaires.

En décidant de l'opportunité d'ordonner ou de ne pas ordonner la production de documents, le tribunal pourrait dans certains cas se fonder sur la seule déclaration du ministre, mais en cas de doute, il serait loisible au juge de procéder à une inspection.

Comme le juge Thorson l'a souligné en Cour d'appel, l'intérêt du public à ce qu'un document ne soit pas communiqué ne constitue pas un privilège de la Couronne. Il s'agit plus exactement d'une immunité d'intérêt public, d'une immunité qui, en dernière analyse, relève de l'appréciation du tribunal. Celui-ci peut lui-même soulever la question de son applicabilité, comme le peut d'ailleurs l'avocat, mais la façon la plus commune et la plus appropriée de le faire est au moyen d'un certificat sous la forme d'un affidavit d'un ministre ou d'un haut fonctionnaire lorsque, comme en l'espèce, c'est autorisé par une loi ou c'est par ailleurs indiqué. L'avis du ministre (ou du fonctionnaire) doit dûment entrer en ligne de compte, mais son poids variera en fonction de la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger. Son avis doit en outre être considéré par rapport à la nécessité de produire le document dans l'affaire en question.

In the end, it is for the court and not the Crown to determine the issue. This was recently reaffirmed by this Court in *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, to which I shall return. The opposite view would go against the spirit of the legislation enacted in every jurisdiction in Canada that the Crown may be sued like any other person. More fundamentally, it would be contrary to the constitutional relationship that ought to prevail between the executive and the courts in this country.

The Affidavit

In making a claim of public interest immunity, the Minister (or official) should be as helpful as possible in identifying the interest sought to be protected. Examples of how this should be done appear in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), and *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.), where the Minister described with as much detail as the nature of the subject matter would allow the precise policy matters sought to be protected from disclosure.

Counsel for Carey argued that Dr. Stewart's affidavit is inadequate in that it does not set forth with sufficient particularity the interests sought to be protected. I suppose the point may be put in this way. Certainly the grounds advanced for protection are, as some cases have put it, somewhat amorphous and as Thorson J.A. pointed out, less helpful than they might be. Nonetheless, it seems to me that Thorson J.A. was correct in his view that in substance what was sought was the protection as a class of what he generally described as "Cabinet documents", i.e. documents prepared by government departments and agencies in formulating government policies, decisions made by Cabinet, and the like. That being so, Dr. Stewart did not see it as necessary to particularize the nature of the information sought to be protected as would be necessary if the claim for protection was based on the nature of the contents of the documents. Essentially what the certificate argues is that the process by which government policy is determined by the Executive Council must remain confidential whatever the policy may be and however much

Il s'agit finalement d'une question qui est à trancher par le tribunal et non pas par Sa Majesté. Cette Cour l'a récemment réaffirmé dans l'arrêt *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, dont je reparlerai. Retenir le point de vue contraire irait à l'encontre de l'esprit des lois adoptées par chaque législateur du Canada, prévoyant que Sa Majesté peut être poursuivie au même titre que n'importe quelle autre personne. Plus fondamentalement, ce point de vue serait incompatible avec les rapports qui, de par la Constitution, doivent exister entre le pouvoir exécutif et les tribunaux de notre pays.

L'affidavit

Quand il invoque une immunité d'intérêt public, le ministre (ou le fonctionnaire) doit se montrer aussi coopératif que possible en précisant l'intérêt qu'il cherche à protéger. Des exemples des modalités d'une telle coopération se dégagent des arrêts *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), et *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), où le ministre a décrit, en fournissant tous les détails qu'il pouvait compte tenu de la nature du sujet traité, les points de politique précis qu'il désirait protéger contre la divulgation.

L'avocat de Carey reproche à l'affidavit de M. Stewart d'être inadéquat en ce sens qu'il n'expose pas d'une façon assez détaillée les intérêts que l'on veut protéger. Or, je suppose que cet argument peut être formulé de cette façon. Certes, les raisons avancées à l'appui de la demande de protection revêtent, comme l'ont dit certaines décisions, un caractère plutôt nébuleux et, comme l'a souligné le juge Thorson de la Cour d'appel en l'espèce, ne présentent pas le degré d'utilité auquel on aurait pu s'attendre. Il me semble néanmoins que le juge Thorson a eu raison de conclure que ce qu'on cherchait en somme c'était la protection d'une catégorie de documents auxquels il a donné l'appellation générale de «documents du Cabinet», et qui se composait de documents préparés par des ministères et des organismes gouvernementaux dans la formulation de politiques du gouvernement, de documents exposant les décisions du Cabinet, etc. Dans ces circonstances, M. Stewart n'a pas vu la nécessité de préciser la nature des renseignements que l'on voulait protéger, ce qu'il aurait fallu faire si la demande de protection avait

time (save when it has become of historical interest only) has elapsed since the policy was developed. I refer in confirmation to the paragraphs of Dr. Stewart's affidavit already cited.

So viewed, the question is not so much whether the affidavit is insufficient as whether the substance of the claim is one to which the courts should give effect. Counsel for the Government put it that the issue raised was a simple question of principle. In short, may the documents be withheld from production simply because they are Cabinet documents as above described, at least where those documents are concerned with the formulation of government policy by the Cabinet? If one replies to this broad question in the negative, it may be necessary to ask whether the documents should be withheld because of the particular policy to which they refer. In that case it would be the duty of whoever makes the affidavit to give the court all the help he reasonably can. But if the question is answered in the affirmative, that would be an end to the matter. I shall, therefore, attempt to reply to the "simple question of principle" counsel for the Government asked us to address.

Rationale for Non-disclosure of Cabinet Documents

Generally speaking, a claim that a document should not be disclosed on the ground that it belongs to a certain class has little chance of success. Claims to secrecy for some classes of documents have, however, traditionally been considered valid, notable among these being documents relating to national defence or security and those regarding diplomatic relations with other countries. To some extent, though, claims regarding these documents, and particularly those dealing with defence or security, may be looked upon as akin to a "contents" claim. That, however, cannot be said of Cabinet documents which the

été fondée sur la nature de la teneur des documents. Le certificat allègue en substance que la démarche suivie par le Conseil exécutif dans l'élaboration de la politique gouvernementale doit ^a demeurer confidentielle, quelle que soit cette politique et indépendamment du temps (sauf lorsque la politique ne revêt plus qu'un intérêt historique) écoulé depuis son élaboration. Je renvoie à titre de confirmation aux paragraphes déjà cités de l'affidavit de M. Stewart. ^b

Dans cette optique, la question n'est pas tant de savoir si l'affidavit est insuffisant que de savoir si la nature de la réclamation est telle que les tribunaux devraient y donner effet. Selon l'avocat du gouvernement, il s'agit en l'espèce d'une simple question de principe. En bref, peut-on refuser de produire les documents simplement parce que ce ^a sont des documents du Cabinet au sens mentionné ci-dessus, du moins en tant qu'ils se rapportent à la formulation de la politique gouvernementale par le Cabinet? Dans l'hypothèse d'une réponse négative à cette question générale, il pourrait s'avérer ^e nécessaire de se demander s'il y a lieu de refuser de communiquer les documents en raison de la politique précise sur laquelle ils portent. En pareil cas, il serait du devoir du souscripteur de l'affidavit de prêter au tribunal toute assistance raisonnable. Une réponse affirmative, par contre, serait ^f décisive. J'essaierai donc de répondre à la [TRA-
DUCTION] «simple question de principe» sur laquelle l'avocat du gouvernement nous a demandé ^g de nous pencher.

La raison d'être de la non-communication de documents du Cabinet

En règle générale, les chances sont minces qu'on ^h puisse prétendre avec succès qu'un document ne devrait pas être communiqué en raison de la catégorie à laquelle il appartient. Toutefois, les revendications de secret à l'égard de certaines catégories de documents ont traditionnellement été tenues ⁱ pour justifiées; c'est le cas notamment des documents ayant trait à la défense ou à la sécurité nationales et de ceux concernant les relations diplomatiques avec d'autres pays. Dans une certaine mesure, cependant, les réclamations touchant ces documents-là, et particulièrement ceux traitant ^j de la défense ou de la sécurité, peuvent être rap-

cases have frequently considered as meriting the same type of protection as documents relating to national defence and diplomatic communications. That was done even in *Conway v. Rimmer* and in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, *supra*, despite the fact that the general thrust of these cases strongly favoured disclosure. Indeed in *Conway's* case, the impression left is that Cabinet documents should never be revealed. But it was not necessary in those cases to decide the issue and it becomes essential to analyse the reasons underlying the claim.

The principal argument for withholding the documents described in the affidavit is that their disclosure would lead to a decrease in completeness, in candour and in frankness of such documents if it were known that they could be produced in litigation and this in turn would detrimentally affect government policy and the public interest. The familiar "candour argument" is combined with the need of completeness and the fear that the freedom of Cabinet members to discuss matters of significant public concern and policy might be diminished. This may simply mean that the setting in which confidential statements are made may make them different in kind from others.

At all events, the Government's counsel in his factum put it on the following basis. The principles of joint responsibility of the members of Cabinet, and of Cabinet solidarity, are basic to Canadian constitutional law and must be maintained and preserved in the public interest. These principles, he added, would be prejudiced by disclosure of the documents and information sought to be produced in these proceedings. In Canada, the United Kingdom and elsewhere in the Commonwealth, he maintained, Cabinet documents have consistently been accorded a high degree of protection against disclosure and courts will order them inspected or

prochées d'une revendication fondée sur la «teneur». Cette observation ne s'applique cependant pas aux documents du Cabinet que la jurisprudence a souvent considérés comme méritant le même type de protection que les documents en matière de défense nationale et aux communications diplomatiques. Ce point de vue a été adopté même dans les arrêts *Conway v. Rimmer* et *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, précités, bien que, d'une manière générale, on y ait pris fermement position en faveur de la divulgation. En fait, l'arrêt *Conway* donne à entendre que les documents du Cabinet ne devraient jamais être révélés. Quoi qu'il en soit, on n'avait pas à résoudre la question dans ces affaires-là; d'où la nécessité d'analyser les raisons sous-tendant la réclamation.

L'argument principal invoqué pour la non-communication des documents énumérés dans l'affidavit est que leur divulgation aurait pour effet de les rendre moins complets à l'avenir et leur enlèverait de la franchise et de la sincérité si on les savait susceptibles de production dans le cadre d'un procès, ce qui nuirait à la fois à la politique gouvernementale et à l'intérêt public. À l'argument bien connu de la «franchise» viennent s'ajouter le souci du caractère complet et la crainte que ne soit diminuée la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public. Or, il se peut qu'on entende simplement par là que le contexte dans lequel se font des déclarations confidentielles peut les rendre différentes d'autres déclarations.

Voici, en tout état de cause, comment l'a expliqué l'avocat du gouvernement dans son mémoire. Les principes de la responsabilité conjointe des membres du Cabinet et de la solidarité du Cabinet représentent des composantes fondamentales du droit constitutionnel canadien et l'intérêt public commande le maintien et la préservation de ces principes. Toujours selon l'avocat, la divulgation des documents et des renseignements dont on cherche à obtenir la production en l'espèce serait préjudiciable à ces principes. Au Canada, au Royaume-Uni et dans d'autres pays du Commonwealth, a soutenu l'avocat, les documents du Cabinet ont

produced only in the most exceptional and unusual circumstances.

I am prepared to attach some weight to the candour argument but it is very easy to exaggerate its importance. Basically, we all know that some business is better conducted in private, but generally I doubt if the candidness of confidential communications would be measurably affected by the off-chance that some communication might be required to be produced for the purposes of litigation. Certainly the notion has received heavy battering in the courts.

The House of Lords had occasion to deal with the candour argument in *Conway v. Rimmer*, albeit at a lower level of government. Lord Reid dismissed it so far as it concerned routine documents like the probation and other reports in question in that case. He failed to see how such an argument could apply to such communications within a government department when similar communications within public corporations would not be so protected. Lord Morris of Borth-Y-Gest found the proposition that candour would be affected by the knowledge that by some remote chance a document might be the subject of possible enforced production one of "doubtful validity" (p. 957). To Lord Hodson, it seemed strange that civil servants alone are supposed to be unable to be candid without the protection denied other people (p. 976). Lord Pearce indicated that there were many circumstances where the possibility of disclosure would make the writer more candid (p. 987). And Lord Upjohn found it difficult to justify non-disclosure of class documents simply on the basis of the candour argument when equally important matters of confidence in relation to security and personnel matters in other walks of life were not similarly protected (p. 995).

toujours joui d'un haut degré de protection contre la divulgation et les tribunaux n'en ordonnent l'examen ou la production que dans les circonstances les plus exceptionnelles et inhabituelles.

Je suis prêt à reconnaître un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais il est bien facile d'en exagérer l'importance. Nous savons tous, au fond, qu'il vaut mieux traiter certaines affaires en privé, mais, en général, je doute que la faible possibilité qu'une communication quelconque puisse avoir à être produite aux fins d'un procès ait un effet appréciable sur la franchise de communications confidentielles. Indubitablement, cette notion a été mise à rude épreuve par les tribunaux.

Dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, la Chambre des lords a eu l'occasion de se pencher sur l'argument relatif à la franchise, mais à un palier de gouvernement moins élevé. Lord Reid a rejeté l'argument en ce qu'il visait des documents courants comme ceux portant sur le stage et d'autres rapports en cause dans cette affaire. Il ne voyait pas comment cet argument pouvait s'appliquer à de telles communications au sein d'un organisme gouvernemental alors que des communications du même genre faites dans des sociétés publiques ne bénéficieraient pas de la même protection. Lord Morris of Borth-Y-Gest a jugé [TRADUCTION] «douteuse» (p. 957) la proposition selon laquelle la franchise souffrirait si l'on savait qu'il y avait une possibilité, ne fût-ce que très faible, que la production d'un document puisse être ordonnée. Lord Hodson a trouvé étrange que seuls les fonctionnaires soient réputés incapables de s'exprimer franchement sans une protection dont ne jouit personne d'autre (p. 976). Lord Pearce a souligné que dans bien des situations l'éventualité de divulgation inciterait le rédacteur à une plus grande franchise (p. 987). Lord Upjohn pour sa part a eu de la difficulté à accepter que la non-divulgation de documents appartenant à une catégorie donnée puisse se justifier simplement par l'argument relatif à la franchise alors que la même protection n'est pas accordée à des affaires confidentielles tout aussi importantes touchant la sécurité et le personnel dans d'autres secteurs (p. 995).

The same approach was adopted in later cases of which I mention only a few. In the *Glasgow Corporation* case, *supra*, at p. 20, Lord Radcliffe made the same point more colourfully by saying he would have supposed Crown servants were "made of sterner stuff". From my experience, he would not be disappointed. And I suspect Cabinet Ministers would be incensed at the suggestion that their officials were made of sterner stuff than themselves. In 1973, Lord Salmon in *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), at p. 413, described the candour argument as "the old fallacy". More recently in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, at p. 724, Lord Keith of Kinkel characterized the argument as "grotesque".

In both the *Gagnon* and *Conway* cases, however, Cabinet documents were looked upon in a different light than lower level official documents, and in the latter case the Law Lords dealt with the issue at some length. Most of them looked at these, we saw, as requiring a similar degree of protection as documents relating to national security and diplomatic relations. Production of Cabinet correspondence, they asserted, would never be ordered. For them this was simply obvious. Given the general attitude at the time, this is not surprising. The best explanation is that of Lord Reid. For him it was not candour but the political repercussions that might result if Cabinet minutes and the like were disclosed before such time as they were of historical interest only. He put it this way at p. 952:

I do not doubt that there are certain classes of documents which ought not to be disclosed whatever their content may be. Virtually everyone agrees that Cabinet minutes and the like ought not to be disclosed until such time as they are only of historical interest. But I do not think that many people would give as the reason that premature disclosure would prevent candour in the Cabinet. To my mind the most important reason is that

La même position a été adoptée dans des arrêts subséquents, dont voici un échantillonnage. Dans l'arrêt *Glasgow Corporation*, précité, à la p. 20, lord Radcliffe a exprimé le même point de vue d'une façon plus pittoresque en disant qu'il aurait cru les employés de l'État [TRADUCTION] «d'une autre trempe». D'après mon expérience personnelle, il n'aurait pas eu tort. Je soupçonne d'ailleurs que les ministres s'indigneraient devant l'idée que leurs fonctionnaires étaient d'une autre trempe qu'eux. En 1973, dans l'arrêt *Rodgers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), à la p. 413, lord Salmon a décrit comme une [TRADUCTION] «erreur tenace» l'argument relatif à la franchise. Plus récemment, dans l'arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, à la p. 724, lord Keith of Kinkel a qualifié cet argument de [TRADUCTION] «saugrenu».

Dans les arrêts *Gagnon* et *Conway* cependant, les documents du Cabinet ont été considérés d'une façon différente des documents officiels émanant d'un échelon inférieur et, dans le dernier cas, les lords juges ont longuement examiné la question. En effet, nous avons constaté que la majorité des lords juges ont estimé que les documents du Cabinet doivent recevoir le même degré de protection que les documents se rapportant à la sécurité nationale et aux relations diplomatiques. Selon eux, la production de la correspondance du Cabinet ne serait ordonnée dans aucun cas. Pour eux, cela allait tout simplement de soi. Compte tenu de l'attitude prédominante à l'époque, cela n'est guère surprenant. La meilleure explication est celle fournie par lord Reid. Pour lui, ce n'était pas une question de franchise, mais plutôt des répercussions politiques qui risquaient d'en découler si les procès-verbaux du Cabinet et les documents du même genre étaient divulgués avant qu'ils ne présentent plus qu'un intérêt purement historique. Il a formulé ce point de vue ainsi, à la p. 952:

[TRADUCTION] Je ne doute pas qu'il y a des catégories de documents qui, indépendamment de leur contenu, ne doivent pas faire l'objet de divulgation. Presque tout le monde reconnaît que les procès-verbaux du Cabinet et les documents du même genre ne devraient pas être divulgués tant que l'intérêt qu'ils présentent n'est pas purement historique. Je crois toutefois qu'il n'y en a pas beaucoup qui donneraient comme raison que la

such disclosure would create or fan ill-informed or cap-
tious public or political criticism. The business of gov-
ernment is difficult enough as it is, and no government
could contemplate with equanimity the inner workings
of the government machine being exposed to the gaze of
those ready to criticise without adequate knowledge of
the background and perhaps with some axe to grind.
And that must, in my view, also apply to all documents
concerned with policy making within departments
including, it may be, minutes and the like by quite
junior officials and correspondence with outside bodies.
Further it may be that deliberations about a particular
case require protection as much as deliberations about
policy. I do not think that it is possible to limit such
documents by any definition.

While some of these remarks may seem some-
what dated, I would agree that the business of
government is sufficiently difficult that those
charged with the responsibility for running the
country should not be put in a position where they
might be subject to harassment making Cabinet
government unmanageable. What I would quarrel
with is the absolute character of the protection
accorded their deliberations or policy formulation
without regard to subject matter, to whether they
are contemporary or no longer of public interest,
or to the importance of their revelation for the
purpose of litigation. Subsequent cases have
addressed these issues.

The Decline of Absolute Protection

The idea that Cabinet documents should be
absolutely protected from disclosure has in recent
years shown considerable signs of erosion. This
development began in the United States in the
famous case of *United States v. Nixon*, 418 U.S.
683 (1974), where a subpoena was directed to the
former President of that country to produce tape
recordings and documents relating to certain con-
versations and meetings between him and others.
The President, claiming executive privilege, filed a
motion to have the subpoena quashed, but the

divulgence prématurée constituerait une entrave à la
franchise au sein du Cabinet. À mon avis, la raison la
plus importante est qu'une telle divulgation susciterait
ou attiserait des critiques publiques ou politiques mal
fondées ou spécieuses. Il est déjà assez difficile de
gouverner et aucun gouvernement ne pourrait envisager
avec équanimité que les rouages internes de l'appareil
gouvernemental soient exposés au regard de ceux qui
sont prêts à critiquer sans pourtant posséder une con-
naissance suffisante des faits et qui agissent peut-être
dans leur intérêt personnel. Et, selon moi, il en va de
même de tous les documents touchant l'élaboration de
politiques à l'intérieur des ministères, y compris, éven-
tuellement, les procès-verbaux, même rédigés par des
fonctionnaires subalternes et la correspondance avec des
organismes externes. Il se peut en outre que les délibé-
rations sur un cas précis aient besoin de protection au
même titre que les délibérations en matière de politique.
Je ne pense pas qu'il soit possible de limiter ces docu-
ments par une définition.

Quoique certaines de ces observations puissent
sembler quelque peu désuettes, je suis d'accord que
gouverner est à ce point difficile que les personnes
chargées de la direction du pays ne devraient pas
être placées dans une situation où elles pourraient
faire l'objet d'un harcèlement qui rendrait impossi-
ble le gouvernement par le Cabinet. Je conteste
toutefois le caractère absolu de la protection qu'on
accorde aux délibérations du Cabinet ou à l'élabo-
ration de politiques, sans égard au sujet en cause,
sans se demander si elles sont d'actualité ou si elles
ne présentent plus aucun intérêt pour le public, ou
sans tenir compte de l'importance que leur divul-
gation peut avoir dans un procès. Ces questions ont
été abordées dans des affaires subséquentes.

Le déclin de la protection absolue

Depuis quelques années, l'idée que les docu-
ments du Cabinet doivent jouir d'une protection
absolue contre la divulgation semble être nette-
ment en perte de vitesse. Cette tendance a été
amorcée aux États-Unis par l'affaire célèbre
United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974), dans
laquelle l'ancien président de ce pays a été sommé
par voie de *subpœna* de produire des enregistre-
ments sur bande magnétique et des documents se
rapportant à certaines conversations et réunions
entre lui et d'autres personnes. Le Président, invo-
quant le privilège du pouvoir exécutif, a présenté
une requête en annulation du *subpœna*, mais la

Supreme Court of the United States, affirming the courts below, rejected the President's claim.

While there are important differences between the governmental structure of the United States and that of this country, the underlying values concerned are much the same. Consistent with the law in this country, the Court observed that, while it would accord great deference to presidential views, the judiciary, not the President, was the final arbiter of a claim of privilege. In doing this, a court was bound to weigh the conflicting interests.

The Court recognized the need to protect communications between high government officials. It gave some weight to the candour argument, but it also noted the importance of protecting the President from being harassed by vexatious and unnecessary subpoenas.

On the other hand, the need for confidentiality in government, the court thought, must be weighed against the historic commitment to the rule of law. The integrity of the judicial system and public confidence in it depended on full disclosure of all facts within the framework of the rules of evidence, particularly in criminal matters.

In weighing the competing interests, the Court took account of the fact that the claim to confidentiality was general in nature. It could not be concluded that presidential advisors would be moved to temper their candour by the infrequent occasions of disclosure in judicial proceedings. By contrast, the production of evidence in criminal proceedings was specific and central to the fair adjudication of a particular case.

The Court also took into account that the claim, as in the case here, was made solely on the basis that confidentiality was required to secure the decision-making process generally, not to protect the revelation of any particular action or policy.

Cour suprême des États-Unis a confirmé la conclusion des tribunaux d'instance inférieure et rejeté la requête.

^a Il existe certainement d'importantes différences de structure gouvernementales entre les États-Unis et le Canada, mais les valeurs qui les sous-tendent sont sensiblement les mêmes. Prenant une position bien en harmonie avec le droit canadien, la cour a fait remarquer que, bien qu'elle accorde le plus grand respect aux opinions du Président, c'est au pouvoir judiciaire et non pas au Président qu'il appartient de statuer en dernière instance sur une revendication de privilège. Ce faisant, le tribunal ^b est tenu de prendre en considération les intérêts opposés. ^c

La cour a reconnu la nécessité de protéger les communications entre personnes occupant des charges importantes dans le gouvernement. Elle a accordé un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais elle a aussi souligné l'importance de protéger le Président contre tout harcèlement par des *subpoenas* vexatoires et inutiles.

^e D'un autre côté, la nécessité d'assurer la confidentialité au sein du gouvernement, selon la cour, doit être soupesée par rapport à la reconnaissance historique de la suprématie du droit. L'intégrité du système judiciaire et la confiance du public en celui-ci dépendaient de la divulgation intégrale de tous les faits dans les limites prescrites par les règles de la preuve, particulièrement en matière pénale. ^f

^g En pesant les intérêts opposés, la cour a pris en considération le caractère général de la confidentialité invoquée. On ne pouvait conclure que les cas peu fréquents de divulgation au cours de procédures judiciaires amèneraient les conseillers du Président à faire preuve de moins de franchise. La production de preuves dans des procédures criminelles, par contre, relevait proprement du règlement équitable d'une affaire donnée et constituait un élément essentiel de ce règlement.

ⁱ La cour a tenu compte également de ce que, comme en l'espèce, la revendication avait pour seul fondement la nécessité de la confidentialité pour protéger le processus décisionnel en général, et non pas pour empêcher la révélation d'un acte ou d'une politique en particulier.

In the United Kingdom, the erosion of the notion of absolute protection of Cabinet documents from disclosure began the following year with the case of *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. Mr. R.H.S. Crossman, who had been a Cabinet Minister from 1964 to 1970, had throughout that period kept diaries with a view to writing his memoirs for the purposes of publication. The memoirs contained details of Cabinet discussions and disclosed differences between Cabinet Ministers on particular issues. After Mr. Crossman's death, the defendants, a book publisher and a newspaper, by arrangement with his literary executors, proposed to publish the memoirs. However, objection was made to their publication by the Secretary of the Cabinet, and the Attorney General sought to obtain two permanent injunctions restraining their publication.

The Attorney General contended that all papers, discussions and proceedings of Cabinet were confidential and the court should restrain their disclosure. The basis of that contention was that the confidential character of those materials derived from the convention of joint Cabinet responsibility whereby any policy decision reached by the Cabinet had to be supported thereafter by all its members whether they approved of it or not, unless they felt compelled to resign. Accordingly Cabinet proceedings could not be referred to outside the Cabinet in such a way as to disclose the attitude of individuals in arguments preceding a decision because this would inhibit free and open discussion in the Cabinet in the future. The Attorney General also contended that advice tendered to Ministers by civil servants and personal observations made by Ministers regarding their capacity and suitability were also confidential and could equally be restrained by the court.

Lord Widgery C.J. agreed that the views expressed by Ministers in Cabinet are confidential and their disclosure may be restrained where this

Au Royaume-Uni, l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484, rendu l'année suivante, a marqué le commencement de l'érosion de la notion de la protection absolue des documents du Cabinet contre la divulgation. M. R.H.S. Crossman, ministre de 1964 à 1970, avait pendant toute cette période tenu des journaux en vue de la rédaction de ses mémoires pour publication. Les mémoires contenaient des détails concernant les discussions du Cabinet et révélaient les différends qui avaient surgi entre ministres sur certaines questions. Après la mort de M. Crossman, les défendeurs, une maison d'édition et un journal, conformément à une entente intervenue avec les exécuteurs littéraires du défunt, se proposaient de publier les mémoires. Le secrétaire du Cabinet s'est toutefois opposé à leur publication et le procureur général a sollicité deux injonctions permanentes pour empêcher leur publication.

Le procureur général a fait valoir que tous les documents, toutes les discussions et tous les procès-verbaux du Cabinet étaient confidentiels et que le tribunal devait en empêcher la divulgation. Le fondement de cet argument était que le caractère confidentiel de tout cela découlait de la convention de la responsabilité conjointe des membres du Cabinet, convention suivant laquelle toute décision en matière de politique prise par le Cabinet devrait par la suite recevoir l'appui de tous ses membres, qu'ils l'aient ou non approuvée, à moins qu'ils ne se sentent obligés de donner leur démission. Par conséquent, les délibérations du Cabinet ne pouvaient pas être mentionnées en dehors des réunions du Cabinet de manière à révéler les positions individuelles dans les débats précédant une décision parce que cela constituerait dans l'avenir une entrave à des discussions libres et ouvertes au sein du Cabinet. Le procureur général a fait valoir en outre que les conseils offerts aux ministres par des fonctionnaires ainsi que les observations personnelles de ministres concernant leurs aptitudes et leur compétence étaient également confidentiels et tout aussi susceptibles d'être frappés d'une interdiction de divulgation prononcée par le tribunal.

Le lord juge en chef Widgery a été d'accord que les opinions exprimées par des ministres au cours des réunions du Cabinet sont confidentielles et que

is clearly necessary in the public interest. He also accepted that the maintenance of the doctrine of joint responsibility within the Cabinet is in the public interest. However, the precise degree of confidentiality pertaining to Cabinet discussion, he found, was not entirely clear. There was no question that a court would restrain a person from disclosing information that affected national security or in other extreme cases. But the Attorney General faced serious difficulties in relying on the public interest in non-disclosure generally. While the application of the doctrine of joint responsibility might be prejudiced by premature disclosure of views, there must, Lord Widgery C.J. stated, be some time after which the confidential character of the information, and the duty of the court to restrain publication, would lapse. The precise point at which material loses its confidentiality may be extremely difficult to determine in a particular case. However, he rejected the suggestion that there should be an arbitrary period of thirty years. Rather he put the matter simply in this way at p. 496.

The question for the court is whether it is shown that publication now might damage the doctrine notwithstanding that much of the action is up to 10 years old and three general elections have been held meanwhile.

He concluded that it would not.

There is a difference, however, between refusing to restrain disclosure and compelling disclosure and it is interesting that Lord Widgery C.J. thought it quite clear that no court would compel the production of Cabinet papers in the course of discovery in an action. As in *Conway v. Rimmer*, however, the question was not before the Court. Indeed, up to that time so far as I am aware, the only case in which that view was ever acted upon was in *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650, where Menzies J. of the High Court of Australia held in an action of compensation for land that Cabinet documents

leur divulgation peut être empêcher lorsque l'intérêt public l'impose manifestement. De plus, il a accepté l'idée qu'il est dans l'intérêt public de sauvegarder le principe de la responsabilité conjointe du Cabinet. Il a toutefois constaté que le degré précis de confidentialité relative aux discussions du Cabinet n'était pas parfaitement clair. Sans nul doute un tribunal empêcherait la divulgation de renseignements touchant la sécurité nationale et interviendrait aussi dans d'autres cas extrêmes. Mais, dans la mesure où il soutenait que l'intérêt public commandait une interdiction générale de divulgation, le procureur général se heurtait à des difficultés majeures. Bien que la divulgation prématurée d'opinions puisse nuire à l'application du principe de la responsabilité conjointe, il doit, affirme le lord juge en chef Widgery, exister un délai passé lequel les renseignements perdraient leur caractère confidentiel et l'obligation du tribunal d'empêcher la publication s'éteindrait. Or, le moment précis auquel des documents cessent d'être confidentiels peut être extrêmement difficile à déterminer dans un cas donné. Il a néanmoins écarté la proposition d'un délai arbitraire de trente ans et a dit simplement ceci, à la p. 496:

[TRADUCTION] La question à trancher par la cour est donc de savoir si on a établi que la publication immédiate risquerait de porter atteinte à la doctrine, même si une bonne partie des événements en question remontent à dix ans et qu'il y ait eu dans cet intervalle trois élections générales.

Il a conclu par la négative.

Il y a toutefois une différence entre le refus d'empêcher la divulgation et le fait d'ordonner la divulgation et, chose intéressante, le lord juge en chef Widgery a tenu pour bien évident qu'aucun tribunal n'ordonnerait la communication préalable de documents du Cabinet dans le cadre d'une action en justice. Pas plus que dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, cependant, la cour n'était pas saisie de cette question. En fait, jusqu'alors, autant que je sache, l'affaire *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650, était la seule dans laquelle on avait jamais appliqué ce point de vue. Dans cette action en indemnisation pour des biens-fonds, le juge Menzies de la Haute Cour d'Australie a conclu que, dans l'inté-

related to the matter should not be disclosed in the public interest.

It was in Australia, however, that the next stage of development took place. In *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), a private prosecutor had laid an information alleging that Mr. Whitlam, the former Prime Minister, and three former Cabinet colleagues had committed an offence against s. 86 of the *Crimes Act* and had been involved in a conspiracy at common law. The charges arose out of activities taken while the accused had been members of the Australian Cabinet.

In the course of the proceedings, a number of subpoenae *duces tecum* were issued on behalf of the prosecutor seeking production of various documents, including Cabinet documents, and communications between Ministers and departments and others. The Commonwealth objected to the production of some of these documents on the ground that disclosure would impede the proper functioning of the executive branch of government and the public service. As here, the objection was made not on the basis that disclosure of the contents would harm the national interest, but on the basis of the class to which they belonged. The magistrate upheld the objection and refused to order production of the documents. The prosecutor then brought an action for declarations that the documents be produced. The case was ultimately heard by the High Court of Australia which concluded that the documents should be produced.

The principal judgment, delivered by Gibbs A.C.J., is a veritable textbook on the subject. Dealing with the arguments traditionally advanced for non-disclosure of Cabinet documents, he noted that while some judges find the candour argument unconvincing, he did not find it altogether unreal that in some matters at least communications between Ministers and public servants might be more frank and candid if those concerned believed they were protected from disclosure. However, he did not think this consideration was sufficient to justify a grant of complete immunity from disclosure. Similarly, referring to the statement of Lord Reid above cited, he thought it was inherent in the

rêt public, les documents du Cabinet s'y rapportant ne devaient pas être divulgués.

C'est en Australie toutefois que l'étape suivante a été franchie. Dans l'affaire *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), un poursuivant privé avait déposé une dénonciation alléguant que M. Whitlam, l'ex-premier ministre, et trois anciens collègues du Cabinet avaient commis une infraction à l'art. 86 de la *Crimes Act* et avaient participé à un complot de *common law*. Les accusations tiraient leur origine d'activités auxquelles les accusés s'étaient livrés alors qu'ils étaient membres du Cabinet australien.

Au cours des procédures, plusieurs *subpoenae duces tecum* exigeant la production de divers documents, y compris des documents du Cabinet, et de communications entre ministres et ministères et autres, ont été lancés pour le compte du poursuivant. Le Commonwealth s'est opposé à la production de plusieurs de ces documents pour le motif que la divulgation gênerait le bon fonctionnement du pouvoir exécutif et de la fonction publique. Comme c'est le cas en l'espèce, l'objection se fondait non pas sur le préjudice que la divulgation de la teneur des documents porterait à l'intérêt national, mais sur la catégorie à laquelle appartenaient ces documents. Le magistrat a accueilli l'objection et a refusé d'ordonner la production des documents. Le poursuivant a alors intenté une action tendant à l'obtention d'un jugement ordonnant la production. La cause a finalement été entendue par la Haute Cour d'Australie qui a conclu que les documents devaient être produits.

Le jugement principal, rédigé par le juge en chef adjoint Gibbs, constitue un véritable traité en la matière. Dans une analyse des arguments traditionnellement avancés pour la non-divulgence de documents du Cabinet, il a fait remarquer que, quoique certains juges trouvent peu convaincant l'argument relatif à la franchise, pour sa part, il ne jugeait pas entièrement invraisemblable que, sur certaines questions du moins, les communications entre ministres et fonctionnaires pourraient être plus franches et ouvertes si ces personnes se croyaient à l'abri de la divulgation. Selon lui, toutefois, cette considération ne suffisait pas pour justifier une immunité totale. De même, il s'est

nature of things that government at a high level cannot function without some degree of secrecy. But here again he did not think the public interest required that all high level government documents should be protected from disclosure irrespective of their subject matter. Consistently with these views, Stephen J. noted that there were no static rules for classifying one class of documents as being immune from disclosure; it was simply one of the variables to take into account in balancing the relevant public interests.

Nor, the Court thought, should protection from disclosure last forever. The length of time the immunity should last would depend on the subject matter. The statement in *Conway v. Rimmer* that Cabinet documents should not be disclosed at least until they become of historical interest only was out of keeping with the principle enunciated in that case, namely, that documents should be withheld from disclosure only, and to the extent, that the public interest renders it necessary. The matters with which the documents in that case dealt with had occurred over three years before and were no longer of continuing significance.

Gibbs A.C.J. made another significant point. He underlined that "a rule of evidence designed to serve the public interest" should not "become a shield to protect wrongdoing by ministers in the execution of their office" (p. 532). Stephen J. elaborated on this issue. In some cases, he observed, it is important that disclosure be given to support the very purpose that non-disclosure is intended to support, i.e., the proper functioning of government. In that case, the charge of misbehaviour in the conduct of government operations made it important in the public interest that the documents be revealed.

référé à la déclaration précitée de lord Reid, se disant d'avis qu'il était dans l'ordre des choses que le gouvernement ne puisse fonctionner à ses échelons les plus élevés sans une certaine mesure de secret. Mais, là encore, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire dans l'intérêt public que tous les documents émanant des plus hautes instances gouvernementales soient protégés contre la divulgation, indépendamment de leur contenu. Dans la même veine, le juge Stephen a souligné l'absence de règles figées permettant de qualifier d'exempte de communication une catégorie donnée de documents; la catégorie ne représentait qu'un des éléments à prendre en considération dans l'évaluation des intérêts publics en cause.

La cour a estimé en outre que la protection contre la divulgation ne devait pas durer indéfiniment. En effet, la durée de l'immunité serait fonction de la teneur des documents. Quand on affirmait dans l'arrêt *Conway v. Rimmer* que les documents du Cabinet ne devaient pas être divulgués tant que l'intérêt qu'ils présentaient n'était pas purement historique, on allait à l'encontre du principe énoncé dans ce même arrêt selon lequel la divulgation de documents doit être refusée seulement dans la mesure où l'intérêt public le commande. Les questions sur lesquelles portaient les documents dont il s'agissait dans cette affaire-là remontaient à plus de trois ans auparavant et n'avaient plus d'importance réelle.

Le juge en chef adjoint Gibbs a fait une autre observation importante. Il a souligné que [TRADUCTION] «une règle de preuve conçue pour servir l'intérêt public» ne devrait pas [TRADUCTION] «devenir un bouclier qui protège les ministres qui se rendent coupables de fautes dans l'exercice de leurs fonctions» (p. 532). Le juge Stephen a approfondi ce point. Dans certains cas, a-t-il fait remarquer, il importe qu'il y ait divulgation afin d'atteindre le but même qui est censé constituer la raison d'être de la non-divulgation, c.-à-d. le bon fonctionnement du gouvernement. Dans cette affaire, on se trouvait en présence d'une accusation de prévarication dans la conduite des activités du gouvernement et, par conséquent, il importait dans l'intérêt public que les documents soient communiqués.

The general flavour of the case may be rendered by the following remarks of Stephen J. at p. 534, with which I am in complete agreement:

On the one hand, a measure of secrecy must surround at least some aspects of what has been called the counsels of the Crown; the Executive Government of the Commonwealth should, in those cases where real need arises, be able to preserve the confidentiality both of information which it possesses and of advice which it receives. On the other hand, in civil and criminal cases alike, the course of justice must not be unnecessarily impeded by claims to secrecy and those who, with the Governor-General, exercise the executive power of the Commonwealth, Ministers of the Crown acting in exercise of their offices, should, in common with those officers of the public service of the Commonwealth who advise them, be as amenable to the general law of the land as are ordinary citizens.

Though the *Whitlam* case involved a criminal prosecution, the Court, as the last quotation reveals, saw no difference in principle between criminal and civil cases. The following year, the House of Lords in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, also concluded that a court, in certain circumstances, might order the production of high level government documents—high level in that they were concerned with the formulating of government policy and that they involved the inner workings of the government. It was, as well, a civil case, one moreover that did not involve “special circumstances” such as criminal activities or other improprieties described by the Divisional Court. On the basis of this case, then, the Court of Appeal in the present case was quite right in rejecting the concept of special circumstances.

In the *Burmah Oil* case, Burmah Oil sued the Bank alleging that a sale of certain shares to the Bank should be set aside as an unconscionable transaction. Negotiations between the company and the Bank, which acted pursuant to government policy, were made at a time when Burmah Oil was in serious financial difficulties. Various documents disclosing the government’s role in the transaction appeared on the Bank’s list of documents in the litigation. At the request of the Crown, the Bank objected to discovery of a number of these docu-

Les remarques suivantes du juge Stephen, à la p. 534, donnent le sens général de l’arrêt et je les partage entièrement:

[TRADUCTION] D’un côté, au moins certains aspects de ce qu’on appelle les délibérations de la Couronne doivent bénéficier d’un certain degré de secret; le pouvoir exécutif du Commonwealth doit pouvoir, dans les cas où il en est réellement besoin, préserver le caractère confidentiel à la fois des renseignements qu’il a en sa possession et des conseils qu’il reçoit. Par ailleurs, aussi bien en matière civile qu’en matière criminelle, il faut que la justice puisse suivre son cours sans être indûment entravée par des revendications de secret; il faut en outre que les personnes qui, de concert avec le gouverneur général, exercent le pouvoir exécutif du Commonwealth, savoir les ministres de la Couronne dans l’exercice de leurs fonctions, soient, comme le sont les fonctionnaires du Commonwealth qui les conseillent, assujettis au droit général du pays au même titre que les simples citoyens.

Bien qu’il se soit agi dans l’affaire *Whitlam* d’une poursuite criminelle, il ressort du dernier passage cité que la cour ne voyait aucune différence de principe entre les causes criminelles et les causes civiles. L’année suivante, dans l’arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, la Chambre des lords a elle aussi conclu qu’un tribunal pouvait, dans certaines circonstances, ordonner la production d’importants documents gouvernementaux importants en ce sens qu’ils concernaient l’élaboration de politiques gouvernementales et qu’ils révélaient les rouages internes du gouvernement. C’était en outre une affaire civile qui, du reste, ne comportait pas de [TRADUCTION] «circonstances spéciales» telles que des activités criminelles ou d’autres méfaits décrits par la Cour divisionnaire. Compte tenu donc de cet arrêt, c’est à bon droit que la Cour d’appel a écarté en l’espèce le concept des circonstances spéciales.

Dans l’affaire *Burmah Oil*, Burmah Oil a intenté contre la Banque une action alléguant que la vente de certaines actions à la Banque devait être annulée parce qu’elle constituait une opération abusive. Les négociations entre la société et la Banque, qui a agi conformément à une politique gouvernementale, se sont déroulées à une époque où Burmah Oil éprouvait de graves difficultés financières. Divers documents précisant le rôle joué par le gouvernement dans l’opération figuraient sur la liste de documents produite par la

ments. A certificate by the Chief Secretary to the Treasury claimed privilege on the ground that he had concluded that the production of the documents would be injurious to the public interest because it was necessary to the proper functioning of the public service that they be withheld. The documents included high level ministerial papers relating to government policy (i.e. memoranda of meetings attended by Ministers) and inter-departmental communications between senior government officials. The documents were said to belong to a class relating to the formulation of government policy on important economic and financial matters.

Unlike the situation in the present case, the certificate was not "amorphous", but specific and motivated. The Minister had not contented himself with a claim of a blanket character that such documents should not be revealed in the public interest. Rather, he had fully set forth why they should be withheld, namely, that they concerned discussions at a very high level of specific government policies, policies identified as being of the highest national and political importance. The case, therefore, involved circumstances of far greater sensitivity than those in the present case.

All the Law Lords were agreed that there was no rule of law that a claim of immunity from production of Cabinet documents was conclusive. Whether the documents should be revealed or not was a question for the court.

Sankey v. Whitlam, supra, was cited with approval. A majority thought (Lord Wilberforce dissenting) that the action was not concerned with the policy reasons for rescuing Burmah Oil but with an alleged unconscionable transaction taken within the confines of that policy. The majority also concluded that a reasonably probable case had been made out that the documents contained material relevant to issues in the action. That being

Banque au cours du procès. À la demande de la Couronne, la Banque s'est opposée à la communication de plusieurs de ces documents. Le secrétaire principal du Trésor a produit un certificat dans lequel il invoquait le privilège pour le motif que, à son avis, la production des documents nuirait à l'intérêt public parce que leur non-divulgation était nécessaire pour la bonne marche de la fonction publique. Il s'agissait notamment d'importants documents ministériels ayant trait à la politique gouvernementale (c.-à-d. des procès-verbaux de réunions auxquels avaient assisté des ministres) et de communications interministérielles entre hauts fonctionnaires. Les documents en cause, prétendait-on, appartenaient à une catégorie de documents qui se rapportaient à l'élaboration de politiques gouvernementales sur des questions importantes relevant des domaines économique et financier.

À la différence de la situation présente, le certificat, loin d'être «nébuleux», était précis et motivé. Le ministre ne s'était pas contenté d'une allégation globale que l'intérêt public exigeait la non-communication de tels documents. Au contraire, il avait fait un exposé complet de la raison pour laquelle la communication devait être refusée, savoir que les documents concernaient des discussions tenues à un échelon très élevé sur des politiques gouvernementales précises, lesquelles étaient présentées comme revêtant la plus grande importance nationale et politique. La situation était donc beaucoup plus délicate que celle en l'espèce.

Tous les lords juges ont convenu qu'il n'y avait aucun principe de droit voulant qu'une réclamation d'exemption de communication de documents du Cabinet soit concluante. C'est au tribunal qu'il appartenait de décider de l'opportunité de divulguer ou de ne pas divulguer des documents.

Les lords juges ont cité et approuvé l'arrêt *Sankey v. Whitlam*, précité. La majorité a estimé (lord Wilberforce étant dissident) que l'action portait non pas sur les raisons de politique sous-tendant la décision de venir en aide à Burmah Oil, mais sur une opération qu'on prétendait abusive intervenue dans le cadre de cette politique. La majorité a conclu en outre qu'on avait prouvé l'existence d'une probabilité raisonnable que les

so, the court had a discretion to review the Crown's claim of privilege. In doing so, it had to balance the competing interests of preventing harm to the public service against the public interest in the administration of justice, and could inspect the documents privately to determine where the balance of interest lay. Having inspected them, however, the Law Lords concluded that the documents did not contain material necessary for disposing fairly of the case and therefore upheld the Crown's objection to their disclosure.

It is obvious that Lord Wilberforce accepted the newer approach with reluctance, but the majority was more favourably disposed towards disclosure for a variety of reasons. Lord Edmund-Davies, for example, underlined that the party objecting to disclosure was "not a wholly detached observer of events"; the government, he noted, had "a very real and lively interest" in the result of the proceedings (p. 720). Lord Keith of Kinkel emphasized that the whole context must be examined. In particular, he observed, "Details of an affair which is stale and no longer of topical significance might be capable of disclosure without risk of damage to the public interest" (p. 725); see also Lord Scarman, at p. 733. Lord Keith also noted the significance of the modern trend to more open government. While it is for Parliament to determine how far this trend should go, it is not a matter of indifference to the courts. As he put it at p. 725:

There can be discerned in modern times a trend towards more open governmental methods than were prevalent in the past. No doubt it is for Parliament and not for courts of law to say how far that trend should go. The courts are, however, concerned with the consideration that it is in the public interest that justice should be done and should be publicly recognised as having been done. This may demand, though no doubt only in a very limited number of cases, that the inner workings of government should be exposed to public gaze, and there

documents renferment des renseignements qui se rapportaient aux questions soulevées par l'action. Cela étant, la cour jouissait d'un pouvoir discrétionnaire d'examiner la revendication de privilège avancée par Sa Majesté. Dans l'exécution de cette tâche, elle devait évaluer deux intérêts opposés, celui qu'il y avait à empêcher qu'il ne soit porté atteinte au service public et l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice; à cette fin, elle pouvait examiner les documents en privé afin de déterminer lequel de ces intérêts l'emportait. Après avoir procédé à leur examen toutefois, les lords juges sont arrivés à la conclusion que les documents ne contenaient pas de données nécessaires à un règlement équitable du litige et, par conséquent, ont retenu le point de vue de Sa Majesté qui s'était opposée à leur divulgation.

Il appert que c'est avec hésitation que lord Wilberforce a accepté la tendance plus récente, mais la majorité, pour différentes raisons, a été plus disposée à permettre la divulgation. Lord Edmund-Davies, par exemple, a souligné que la partie qui s'opposait à la divulgation [TRADUCTION] «n'était pas le témoin entièrement désintéressé d'événements»; le gouvernement, a-t-il ajouté, avait un «intérêt [...] à la fois très réel et très vif» dans l'issue des procédures (p. 720). Lord Keith of Kinkel a insisté sur la nécessité d'examiner tout le contexte. En particulier, il a fait remarquer que, [TRADUCTION] «des détails d'une affaire passée qui n'est plus d'actualité pourraient être divulgués sans risque de préjudice à l'intérêt public» (p. 725); voir également lord Scarman, à la p. 733. Lord Keith a aussi mentionné en outre l'importance de la tendance moderne vers un gouvernement plus ouvert. Quoique la détermination des limites de cette tendance soit du ressort du Parlement, les tribunaux ne sauraient en faire abstraction. Comme il l'a dit, à la p. 725:

[TRADUCTION] On peut constater à l'époque moderne une tendance vers un mode de gouvernement plus ouvert que ce n'était le cas dans le passé. Sans doute, c'est au Parlement et non pas aux cours de justice d'établir où cette tendance devrait aboutir. Les tribunaux ont toutefois présent à l'esprit qu'il est dans l'intérêt public que justice soit faite et que le public reconnaisse que justice a été faite. Or, cela peut nécessiter, quoique sans doute seulement dans un nombre fort restreint de cas, que les rouages internes du gouvernement soient exposés au

may be some who would regard this as likely to lead, not to captious or ill-informed criticism, but to criticism calculated to improve the nature of that working as affecting the individual citizen.

Lord Scarman eloquently set forth the need for disclosure and distinguished between objections on the basis of class and content at p. 733:

A Cabinet minute, it is said, must be withheld from production. Documents relating to the formulation of policy at a high level are also to be withheld. But is the secrecy of the 'inner workings of the government machine' so vital a public interest that it must prevail over even the most imperative demands of justice? If the contents of a document concern the national safety, affect diplomatic relations or relate to some state secret of high importance, I can understand an affirmative answer. But if they do not (and it is not claimed in this case that they do), what is so important about secret government that it must be protected even at the price of injustice in our courts?

(Emphasis added.)

Once again English judicial attitude was adapted to conform with more liberal developments in other parts of the Commonwealth. In this approach, it was soon joined by the New Zealand Court of Appeal in *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146.

In Canada, however, the former attitude prevailed until the early 1980s. Until then, dicta can be found in several appeal courts to the effect that Cabinet documents are not open to disclosure until they become of historical interest; see *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86 (Sask. C.A.); *Smerchanski v. Lewis*, *supra*. *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343 (Alta. C.A.) showed somewhat more openness, but it was not until *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82 that the new trend was adopted in a Canadian court. There Nemetz C.J., speaking for the British Columbia Court of Appeal, accepted the view that Cabinet minutes and discussions are not subject to absolute privilege. The claim of privilege, he

regard public, et d'aucuns pourraient estimer que cela amènera probablement, non pas des critiques spécieuses ou mal fondées, mais des critiques susceptibles d'améliorer le fonctionnement du gouvernement en tant qu'il touche les particuliers.

Lord Scarman a défendu avec éloquence la nécessité de la divulgation et a fait une distinction entre les objections fondées sur la catégorie et celles fondées sur la teneur, à la p. 733:

[TRADUCTION] Un procès-verbal du Cabinet doit, dit-on, être exempt de production. Il en va de même des documents ayant trait à l'élaboration de politiques à des échelons élevés. Mais le secret des «rouages internes de l'appareil gouvernemental» représente-t-il un intérêt public à ce point vital qu'il doit l'emporter sur les exigences mêmes les plus impératives de la justice? Si la teneur d'un document intéresse la sûreté nationale, touche les relations diplomatiques ou se rapporte à quelque secret d'État extrêmement important, je conçois qu'on y réponde par l'affirmative. Mais si ce n'est pas le cas (et on ne dit pas le contraire en l'espèce), le secret en matière gouvernementale revêt-il une importance telle qu'il doit être protégé même au prix d'injustice devant nos tribunaux?

(C'est moi qui souligne.)

Une fois de plus les tribunaux anglais ont su s'aligner sur l'orientation plus libérale d'autres pays du Commonwealth. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande n'a pas tardé à en faire autant dans l'arrêt *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146.

Au Canada, cependant, les vieilles attitudes ont persisté jusqu'au début des années 80. Jusqu'alors plusieurs cours d'appel avaient exprimé l'opinion que les documents du Cabinet ne sont susceptibles de divulgation que du moment qu'ils ne revêtent plus qu'un intérêt historique; voir *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86 (C.A. Sask.); *Smerchanski v. Lewis*, *précité*. Certes, l'arrêt *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343 (C.A. Alb.) manifeste une attitude un peu plus libérale, mais ce n'est que dans l'arrêt *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82, qu'un tribunal canadien a adopté la nouvelle orientation. Dans cet arrêt-là, le juge en chef Nemetz, parlant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a retenu le

stated, will prevail only when it is necessary in the public interest. In words reminiscent of those expressed by Fauteux J. in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, *supra*, he noted that the court will weigh the facts in each particular case to determine whether the public interest in the administration of justice should prevail over the public interest in non-disclosure.

This Court had occasion to deal with the matter the following year in *Smallwood v. Sparling*, *supra*. Sparling was appointed under the *Canada Corporations Act* to conduct an investigation for the Restrictive Trade Practices Commission into the management of Canadian Javelin Ltd. A subpoena was issued to Mr. Smallwood, the former Premier of Newfoundland, to give evidence and to bring forth certain particularized documents. Mr. Smallwood then applied for an injunction enjoining Sparling and others from acting upon the subpoena. In support of his application, it was asserted that at the relevant times he had acted solely as Premier, and that any testimony he would be called upon to give or any documents he would be called upon to produce were subject to public interest immunity.

This Court, however, decided against the granting of the injunction. In dealing with these issues, Wilson J., who delivered the judgment, first noted that while a former Minister may, in some circumstances, claim public interest immunity with respect to specific oral or documentary evidence, he cannot claim complete immunity. In her review of the cases, she emphasized Rand J.'s statement in *R. v. Snider*, *supra*, that the general principle was that all facts must be available to the court in the absence of an overriding public interest. *Conway v. Rimmer*, she added, later adopted the view that state documents enjoyed only relative immunity and could in appropriate circumstances be divulged. She noted, however, that some comments in that case indicated that Cabinet documents could not be disclosed until they were of

point de vue selon lequel les procès-verbaux et les délibérations du Cabinet ne font pas l'objet d'un privilège absolu. Une revendication de privilège, a-t-il affirmé, sera accueilli seulement lorsque cela s'impose dans l'intérêt public. En des termes qui rappellent les propos tenus par le juge Fauteux dans l'arrêt *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, précité, il a souligné que le tribunal pèsera les faits dans chaque cas afin de déterminer si l'intérêt public dans l'administration de la justice doit primer l'intérêt public dans la non-divulgaration.

Cette Cour a eu l'occasion de se pencher sur la question l'année suivante dans l'affaire *Smallwood c. Sparling*, précitée. Sparling avait été nommé en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* pour mener pour le compte de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce une enquête sur la gestion de Canadian Javelin Ltd. M. Smallwood, l'ancien premier ministre de Terre-Neuve, a été sommé par voie de *subpoena* de témoigner et de produire certains documents. M. Smallwood a alors demandé une injonction interdisant à Sparling et à d'autres personnes de donner suite au *subpoena*. À l'appui de sa demande, il a fait valoir qu'aux époques pertinentes il avait agi seulement à titre de premier ministre et que tout témoignage de sa part ou toute production de documents qu'on pourrait lui demander étaient assujettis à l'immunité d'intérêt public.

Cette Cour a toutefois décidé de ne pas accorder d'injonction. En examinant ces questions, le juge Wilson, qui a rendu le jugement, a d'abord souligné qu'un ancien ministre peut dans certaines circonstances invoquer une immunité d'intérêt public à l'égard de preuves orales ou documentaires précises, mais qu'il ne peut réclamer une immunité totale. Dans son étude de la jurisprudence, elle a souligné la déclaration du juge Rand dans l'arrêt *R. v. Snider*, précité, selon laquelle le principe général veut que, en l'absence d'un intérêt public prépondérant, tous les faits doivent être mis à la disposition du tribunal. L'arrêt *Conway v. Rimmer*, a-t-elle ajouté, a par la suite adopté le point de vue que les documents de l'État jouissaient d'une immunité relative et pouvaient dans des circonstances appropriées être divulgués. Elle a

historical interest. In her view, however, the more recent *Burmah Oil* case did not appear to be based on any absolute principle of public immunity. That case, Wilson J. concluded, indicated that "it is the role of the courts, not the administration to determine whether disclosure of documents would be injurious to the public interest" (p. 704). The same principle applied to oral evidence.

In rejecting Mr. Smallwood's claim to immunity on the basis of the doctrine of collective Cabinet responsibility, Wilson J. underlined that in *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, *supra*, Lord Widgery C.J. had made it clear that there was a time limit on the application of the doctrine. Indeed after a careful examination of the case, she concluded at p. 707 that:

... the onus would be on Mr. Smallwood to establish that the public interest in joint cabinet responsibility would be prejudiced by any particular disclosure he was being asked to make. Any blanket claim to immunity on this basis must, in my view, also fail.

Later, at p. 708, she added:

His immunity in that regard is relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Mr. Smallwood cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

Summary and Application of the Principles

The foregoing authorities, and particularly, the *Smallwood* case, are in my view, determinative of many of the issues in this case. That case determines that Cabinet documents like other evidence must be disclosed unless such disclosure would interfere with the public interest. The fact that such documents concern the decision-making process at the highest level of government cannot, however, be ignored. Courts must proceed with caution in having them produced. But the level of the decision-making process concerned is only one of many variables to be taken into account. The nature of the policy concerned and the particular contents of the documents are, I would have thought, even more important. So far as the pro-

cedant noté que, d'après certaines observations faites dans cet arrêt, les documents du Cabinet ne peuvent être communiqués qu'à partir du moment où ils ne présentent qu'un intérêt historique. À son avis toutefois, l'arrêt *Burmah Oil* qui est plus récent ne paraissait pas reposer sur un principe absolu d'immunité publique. Cette affaire, a-t-elle conclu, indiquait qu'«il appartient aux cours et non à l'administration de décider si la divulgation de documents nuira à l'intérêt public» (p. 704). Ce même principe s'applique à la preuve orale.

En rejetant la revendication d'immunité de M. Smallwood sur le fondement du principe de la responsabilité collective, le juge Wilson a souligné que dans l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, précité, le lord juge en chef Widgery avait clairement dit que la durée d'applicabilité de la doctrine était limitée. De fait, après un examen soigneux de l'affaire, elle conclut, à la p. 707, que:

... il incombe à M. Smallwood d'établir que l'intérêt public dans la responsabilité collective du Cabinet serait mis en danger par une divulgation particulière qu'on lui demande de faire. De même, j'estime qu'il y a lieu de rejeter toute demande générale d'immunité sur ce fondement.

Plus loin à la p. 708, elle ajoute:

Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. M. Smallwood ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. À ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Résumé et application des principes

La jurisprudence qui précède, et en particulier l'arrêt *Smallwood*, règle à mon avis plusieurs des questions en cause en l'espèce. Cet arrêt détermine que les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d'autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public. Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que de tels documents concernent le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement. Les tribunaux doivent agir avec prudence en ordonnant leur production. Toutefois, le palier du processus décisionnel dont il s'agit n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres à prendre en considération. Plus importantes encore, à ce qu'il me semble, sont la nature de la politique

tection of the decision-making process is concerned, too, the time when a document or information is to be revealed is an extremely important factor. Revelations of Cabinet discussion and planning at the developmental stage or other circumstances when there is keen public interest in the subject matter might seriously inhibit the proper functioning of Cabinet government, but this can scarcely be the case when low level policy that has long become of little public interest is involved.

To these considerations, and they are not all, one must, of course, add the importance of producing the documents in the interests of the administration of justice. On the latter question, such issues as the importance of the case and the need or desirability of producing the documents to ensure that it can be adequately and fairly presented are factors to be placed in the balance. In doing this, it is well to remember that only the particular facts relating to the case are revealed. This is not a serious departure from the general regime of secrecy that surrounds high level government decisions.

I would repeat that no claim is made here on the basis of the nature of the policy discussed in the documents. If the certificate had particularized that their divulgence should be withheld on the ground, for example, that they relate or would affect such matters as national security or diplomatic relations, that would be another matter. If the certificate was properly framed, the court might in such a case well agree to their being withheld even without inspection; see in this context *Goguen v. Gibson, supra*. For on such issues, it is often unwise even for members of the judiciary to be aware of their contents, and the period in which they should remain secret may be very long.

In the present case, however, we are dealing with a claim based solely on the fact that the

en question et la teneur précise des documents. Aussi, en ce qui concerne la protection du processus décisionnel, le moment où sera divulgué un document ou un renseignement constitue un facteur extrêmement important. La révélation des discussions et des projets du Cabinet au stade de l'élaboration ou dans d'autres situations où le public s'intéresse vivement à ces choses risquerait de nuire gravement au bon fonctionnement du gouvernement par le Cabinet, mais cela n'est guère le cas lorsqu'il s'agit d'une politique de moindre importance qui a cessé depuis longtemps de susciter beaucoup d'intérêt parmi le public.

À ces considérations, et la liste n'est pas exhaustive, on doit bien entendu ajouter l'importance qu'il y a à produire les documents dans l'intérêt de l'administration de la justice. À ce propos, des points tels que l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable sont autant de facteurs à faire entrer en ligne de compte. En même temps, il est bien de se rappeler que seuls doivent être révélés les faits particuliers se rapportant au litige. Ainsi on ne se trouve pas à s'écarter sérieusement du principe général du secret qui s'applique aux plus importantes décisions gouvernementales.

Je répète que la revendication en l'espèce ne se fonde nullement sur la nature de la politique traitée dans les documents. Si le certificat avait précisé que la divulgation devait être refusée pour le motif, par exemple, que les documents se rapportaient à des domaines tels que la sécurité nationale ou les relations diplomatiques, ou auraient des répercussions sur ces domaines-là, c'eût été une toute autre chose. Pour peu que le certificat revête la forme prescrite, le tribunal pourrait très bien en pareil cas consentir, sans même procéder à une inspection, à ce que les documents ne soient pas produits; dans ce contexte voir l'arrêt *Goguen c. Gibson*, précité. En effet, dans le cas de documents relevant de ces domaines, il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue.

Dans la présente affaire, cependant, nous sommes en présence d'une revendication ayant

documents concerned are of a class whose revelation might interfere with the proper functioning of the public service. It is difficult to see how a claim could be based on the policy or contents of the documents. We are merely dealing with a transaction concerning a tourist lodge in northern Ontario. The development of a tourist policy undoubtedly is of some importance, but it is hardly world-shaking. Apart from this, are we really dealing with the formulation of policy on a broad basis, or are we simply concerned with a transaction made in the implementation of that policy? Such a distinction was accepted by a majority of the House of Lords in *Burmah Oil* in relation to far more sensitive policy issues, i.e. major financial and economic policies of the nation. Policy and implementation may well be intertwined but a court is empowered to reveal only so much of the relevant documents as it feels it is necessary or expedient to do following an inspection.

I turn now to the length of time since the transaction in question occurred. Recent cases make clear that if Cabinet documents may be given protection as a class, that protection need not be continued until they are only of historical interest. Rather, these cases indicate that the period of protection solely for preserving the confidentiality of the government decision-making process will be relatively short. While it may be true as the Court of Appeal states that the government policy concerned—the tourist and recreational industry in northwestern Ontario—may still be ongoing, I find it difficult to accept its conclusion that the advice given and decisions taken respecting the transaction involved in this case have not so lost their immediacy that a court must concern itself about them. We are talking about a transaction that took place over twelve years ago in connection with what by any measure can scarcely be regarded as high level government policy. To advert to the remarks of Lord Widgery C.J. in the *Jonathan Cape* case, several provincial elections have taken place since that time, and governments

pour seul fondement le fait que les documents en cause appartiennent à une catégorie de documents dont la révélation risquerait d'entraver la bonne marche de la fonction publique. En effet, je conçois mal comment on pourrait fonder une revendication sur la politique énoncée dans les documents ou sur leur contenu. Il s'agit simplement d'une opération portant sur une hôtellerie dans le nord de l'Ontario. L'élaboration d'une politique touristique est sans doute importante jusqu'à un certain point, mais son importance n'est certainement pas capitale. À part cette considération, s'agit-il en réalité ici de la création d'une politique au sens large ou s'agit-il simplement d'une opération faite en exécution de cette politique? Dans l'arrêt *Burmah Oil*, la Chambre des lords à la majorité a retenu une telle distinction relativement à des questions de politique beaucoup plus délicates, c.-à-d. à l'égard d'importantes politiques nationales en matière financière et économique. Certes, il se peut bien que la politique et son application soient indissociables, mais un tribunal est autorisé à ne divulguer que les parties des documents pertinents qu'il juge nécessaires ou à propos à la suite d'un examen.

Cela m'amène au temps écoulé depuis l'opération en cause. Des arrêts récents établissent clairement que, si des documents du Cabinet peuvent recevoir une protection en tant que catégorie, point n'est besoin que cette protection continue jusqu'à ce qu'ils ne présentent plus qu'un intérêt historique. Au contraire, il se dégage de cette jurisprudence que la protection visant uniquement à préserver le caractère confidentiel du processus décisionnel du gouvernement sera de relativement courte durée. Bien qu'il puisse être vrai, comme l'a dit la Cour d'appel, que la politique gouvernementale en question, savoir celle touchant l'industrie du tourisme et de la récréation dans le nord-ouest de l'Ontario, soit encore en voie d'élaboration, j'ai de la difficulté à accepter sa conclusion que les conseils donnés et les décisions prises relativement à l'opération présentement en litige ont encore un tel intérêt qu'un tribunal soit obligé de s'en préoccuper. L'opération en question a eu lieu il y a plus d'une douzaine d'années dans le cadre d'une politique gouvernementale qu'aucun critère ne permet de qualifier d'importante. En fait, on peut dire, en

have come and gone. In the *Burmah Oil* case, the Court inspected the documents though the transaction concerned far more sensitive policy and had taken place three or four years before; see also the *Whitlam*, *Nixon* and *Smallwood* cases. Assuming there were matters respecting the transaction that could, even feebly, affect present policy, a court could, on weighing the competing interests, simply refrain from having these matters divulged.

There is a further matter that militates in favour of disclosure of the documents in the present case. The appellant here alleges unconscionable behaviour on the part of the government. As I see it, it is important that this question be aired not only in the interests of the administration of justice but also for the purpose for which it is sought to withhold the documents, namely, the proper functioning of the executive branch of government. For if there has been harsh or improper conduct in the dealings of the executive with the citizen, it ought to be revealed. The purpose of secrecy in government is to promote its proper functioning, not to facilitate improper conduct by the government. This has been stated in relation to criminal accusations in *Whitlam*, and while the present case is of a civil nature, it is one where the behaviour of the government is alleged to have been tainted.

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts. As Lord Keith of Kinkel noted in the *Burmah Oil* case, *supra*, at p. 725, it has a bearing on the perception of the litigant and the public on whether justice has been done.

s'inspirant des propos du lord juge en chef Widgery dans l'arrêt *Jonathan Cape*, qu'il y a eu dans l'intervalle plusieurs élections provinciales et plusieurs gouvernements se sont succédés. Dans l'affaire *Burmah Oil*, la cour a procédé à l'examen des documents, bien que l'opération en cause ait fait partie d'une politique bien plus délicate et n'avait eu lieu que trois ou quatre ans auparavant; voir aussi les arrêts *Whitlam*, *Nixon* et *Smallwood*. À supposer que l'opération comporte des aspects susceptibles d'avoir des répercussions, si faibles soient-elles, sur la politique actuelle, il serait loisible à un tribunal, après avoir pesé les intérêts opposés, de simplement ne pas en ordonner la divulgation.

Il y a un autre facteur qui milite en faveur de la divulgation des documents en l'espèce. L'appelant allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement. À mon sens, il importe que ce point soit débattu non seulement dans l'intérêt de l'administration de la justice mais aussi dans l'intérêt du bon fonctionnement du pouvoir exécutif du gouvernement, ce qui a été avancé comme but de la demande de non-divulgence des documents. Car, si le pouvoir exécutif a agi de façon sévère ou abusive envers un particulier, il faut que cela émerge au grand jour. Le secret en matière gouvernementale a pour objet de favoriser la bonne marche du gouvernement et non pas de lui faciliter les abus. Cela a été dit relativement à des accusations criminelles dans l'arrêt *Whitlam* et, malgré le caractère civil de la présente affaire, il s'agit d'un cas où l'on reproche au gouvernement une conduite abusive.

La divulgation est d'autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l'administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux. Comme l'a souligné lord Keith of Kinkel dans l'arrêt *Burmah Oil*, précité, à la p. 725, elle a un effet sur la perception du justiciable et du public que justice a été faite.

Inspection

I would, therefore, order disclosure of the documents for the court's inspection. This will permit the court to make certain that no disclosure is made that unnecessarily interferes with confidential government communications. Given the deference owing to the executive branch of government, Cabinet documents ought not to be disclosed without a preliminary judicial inspection to balance the competing interests of government confidentiality and the proper administration of justice.

The Court of Appeal refused to inspect the documents not so much for the reasons I have described earlier, but because it felt that even before it could inspect the documents, there must be some concrete ground for belief, something beyond speculation, that the documents are likely to provide evidence of facts or a state of affairs which, if the documents were produced, would substantially assist the party seeking their production. That consideration was all the more important, it thought, were there was reason to believe these facts or state of affairs are likely to be capable of proof by some other means.

There is no doubt authority for this approach in recent English cases. In *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, the House of Lords, we saw, inspected Cabinet documents with a view to balancing the competing interests involved, but that was on the ground that it was reasonably probable or likely (Lord Wilberforce would have required a strong positive case) that the documents contained matter that was material to the issues arising in the case.

It is by no means clear from the judgment that the expressions "reasonably probable" or "likely" were used as a test or reflected the state of facts in that case. Indeed in the *Smallwood* case, at p. 703, Wilson J. interpreted the *Burmah Oil* case as holding that "when a claim of privilege is made in respect of documents which are *prima facie* rele-

L'examen

Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner que les documents soient mis à la disposition de la cour pour qu'elle puisse les examiner. Cela lui permettra de s'assurer que les divulgations ne gêneront pas indûment les communications confidentielles du gouvernement. Compte tenu de la déférence due au pouvoir exécutif, les documents du Cabinet ne doivent pas être divulgués sans qu'on ne procède à un examen judiciaire préliminaire afin d'évaluer les intérêts opposés de la confidentialité en matière gouvernementale et de la bonne administration de la justice.

La Cour d'appel a refusé d'examiner les documents non pas tant pour les raisons que j'ai exposées précédemment, mais parce qu'elle a estimé que, avant même qu'elle puisse examiner les documents, il doit y avoir un motif concret de croire, un motif qui ne tient pas de la conjecture, que les documents fourniront vraisemblablement une preuve de certains faits ou d'un certain état de choses et que cette preuve, si les documents étaient produits, serait d'un grand secours à la partie qui cherche la production desdits documents. Cette considération était, de l'avis de la Cour d'appel, d'autant plus importante lorsqu'il y avait des raisons de croire que ces faits ou cet état de choses étaient probablement susceptibles de preuve par d'autres moyens.

Ce point de vue est sans doute appuyé par la jurisprudence anglaise récente. Nous avons vu que, dans l'arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, la Chambre des lords a examiné des documents du Cabinet avec l'intention d'équilibrer les intérêts opposés qui étaient en jeu. Cette démarche a toutefois été motivée par une probabilité raisonnable (lord Wilberforce aurait exigé une preuve positive solide) que les documents contenaient des données qui se rapportaient aux questions en litige.

Il est loin d'être clair à la lecture du jugement que l'expression [TRADUCTION] «probabilité raisonnable» a servi de critère ou qu'elle décrivait la situation qui existait dans cette affaire. D'ailleurs dans l'arrêt *Smallwood*, à la p. 703, le juge Wilson a considéré que l'arrêt *Burmah Oil* voulait dire que «lorsque le privilège est invoqué à l'égard de

vant to the issues before the court, the court must review the documents in order to balance the competing interests" already described.

The law in England was considerably clarified by the subsequent case of *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494 (H.L.) There the British Airport Authority fixes the charges airlines have to pay for using airports. The Authority embarked on a programme of improvements which it had intended to finance out of its reserves and from borrowing. However, the Secretary of State for Trade, who had certain statutory powers over the Authority, ordered it to finance these improvements out of revenue. In consequence, the Authority imposed a 35 per cent increase on the charges at Heathrow Airport. Air Canada and other airlines then brought suit against the Authority and the Secretary of State claiming that the Secretary had acted unlawfully and that the charges were excessive and unlawful.

The airlines alleged that the Secretary's power was confined to the purpose of the Act concerned, whereas the dominant purpose for which he acted was to reduce public sector borrowings. So, they concluded, his directions were unlawful. They did not allege that his motives were different from those expressed in a White Paper and in a statement made by the Secretary in the House of Commons. But the airlines were not content to rely on the latter information; they sought production of a number of high level ministerial documents relating to the formulation of government policy and to interdepartmental communications between senior civil servants. The Secretary claimed public interest immunity against disclosing these documents.

The trial judge held that the court's concern was to elicit the truth whether it favoured one side or the other, and that the documents were necessary for the due administration of justice if they substantially assisted the court in determining the

documents qui à première vue se rapportent aux questions dont elle est saisie, la cour doit examiner ces documents afin de décider entre deux intérêts contradictoires» déjà décrits.

^a Le droit anglais a été passablement éclairci par l'arrêt subséquent *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494 (H.L.) Le British Airport Authority (ci-après appelé «l'Office») fixe les droits à acquitter par les lignes aériennes pour l'utilisation des aéroports. L'Office a entrepris un programme d'améliorations qu'il avait prévu de financer à même ses réserves et au moyen d'emprunts. Toutefois, le secrétaire d'État ^b au Commerce, auquel la loi conférait une certaine autorité sur l'Office, a ordonné à celui-ci de financer les améliorations à même ses revenus. En conséquence, l'Office a augmenté de 35 p. 100 les droits exigés à l'aéroport Heathrow. Alléguant que ^c le secrétaire d'État avait agi illégalement et que les droits exigés étaient à la fois excessifs et illégaux, ^d Air Canada et d'autres lignes aériennes ont alors intenté une action contre l'Office et le secrétaire ^e d'État.

Les lignes aériennes ont allégué que le pouvoir du secrétaire ne pouvait s'exercer qu'aux fins de la loi en cause, tandis que la mesure qu'il avait prise ^f visait principalement la réduction des emprunts du secteur public. Elles en concluaient donc que ses directives étaient frappées d'illégalité. Certes, les lignes aériennes n'ont pas prétendu que le secrétaire avait agi pour des motifs différents de ceux ^g exprimés dans un livre blanc et dans une déclaration faite par le secrétaire lui-même devant la Chambre des communes, mais, n'étant pas satisfaites de se fonder sur ces renseignements, elles ont demandé la production de plusieurs documents ^h ministériels importants se rapportant à l'élaboration de la politique du gouvernement et à des communications interministérielles entre hauts fonctionnaires. Le secrétaire a invoqué une immunité d'intérêt public contre la divulgation de ces ⁱ documents.

Le juge de première instance a conclu que l'objet du tribunal était de dégager la vérité, que celle-ci soit favorable à une partie ou à l'autre, et que, dans la mesure où les documents aideraient réellement le tribunal à établir les faits sur lesquels

facts upon which its decision depended. This involved the interpretation to be given to Order 24, r. 13(1) of the English Rules of Court which provided that no order for the production of any documents for inspection or to the court shall be made unless the court is of the opinion that the order is "necessary either for disposing fairly of the cause or matter or for saving costs". Being inclined to think the high level ministerial documents were relevant for the purpose, the trial judge decided to inspect them, but stayed the order pending appeal.

The Court of Appeal allowed the appeal and its decision was upheld by the House of Lords. Three of the Law Lords (Lord Fraser of Tullybelton, Lord Wilberforce and Lord Edmund-Davies) were of the view that to permit documents to be inspected for the purpose of considering whether they should be produced under Order 24, r. 13(1), it was necessary for the person seeking their production to establish that they would give substantial support to the contention of the party seeking disclosure. Unless this were established, the court should not even inspect the documents. In their view, the party seeking production must first establish that they would be of assistance in establishing the plaintiff's case. Only if this had been done would the court inspect the documents to weigh the competing interests. This approach was adopted by the Court of Appeal in the present case.

It should be mentioned, however, that in the *Air Canada* case two of the Law Lords (Lord Scarman and Lord Templeman) were of the view that it was sufficient if the documents might assist any of the parties to the proceeding. They adopted the view of the trial judge that "documents are necessary for fairly disposing of a cause or for the due administration of justice if they give substantial assistance to the court in determining the facts upon which the decision in the cause will depend"; see Lord Scarman, at p. 535.

It should also be underlined that it was not solely for these reasons that the Law Lords refused

devrait se fonder sa décision, leur production s'imposait pour la bonne administration de la justice. Il a fallu à cette fin interpréter la règle 13(1) de l'ordre 24 des règles de pratique d'Angleterre, prévoyant que la production de documents en cour ou pour inspection ne doit être ordonnée que si le tribunal estime qu'une ordonnance est [TRADUCTION] «nécessaire pour régler équitablement la cause ou le litige ou pour éviter des frais». Étant porté à croire à la pertinence des importants documents ministériels en question, le juge de première instance a décidé de les examiner, mais a sursis au prononcé de l'ordonnance en attendant l'issue de l'appel.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et son arrêt a été confirmé par la Chambre des lords. De l'avis de trois des lords juges (lord Fraser of Tullybelton, lord Wilberforce et lord Edmund-Davies), pour que soit autorisé l'examen de documents afin qu'on puisse déterminer s'il y avait lieu d'en ordonner la production en vertu de la règle 13(1) de l'ordre 24, il incombait à la personne qui demandait la production d'établir que ces documents étayeraient réellement le point de vue de la partie qui veut leur divulgation. À défaut de cela, le tribunal ne devrait même pas entreprendre l'examen des documents. À leur avis, la partie qui cherche à obtenir la production doit d'abord démontrer que les documents l'aideront à établir sa preuve. Seulement à ce moment-là le tribunal examinera-t-il les documents pour peser les intérêts opposés. Telle a été la démarche de la Cour d'appel en l'espèce.

Il convient toutefois de mentionner que, dans l'affaire *Air Canada*, deux lords juges (lord Scarman et lord Templeman) ont estimé qu'il suffisait que les documents soient susceptibles d'aider l'une des parties aux procédures. Ils ont fait leur opinion du juge de première instance que des [TRADUCTION] «documents sont nécessaires pour régler équitablement une cause ou pour la bonne administration de la justice s'ils aident réellement le tribunal à établir les faits sur lesquels sera fondée la décision dans l'affaire»; voir lord Scarman, à la p. 535.

Soulignons en outre que ce ne sont pas là les seuls motifs qui ont amené les lords juges à refuser

to inspect the documents, let alone have them disclosed. They were all of the view that any relevant information that might be gleaned from them had already been publicly revealed in the White Paper and the Secretary's statement mentioned earlier. Accordingly, their production was not, in the words of Order 24, r. 13(1) "necessary either for disposing fairly of the cause or matter or for saving costs". Lord Scarman made it clear that it was "for this reason, but for no other" that he would hold that the trial judge was wrong to decide to inspect the documents (p. 535).

What was involved in the *Burmah Oil* and *Air Canada* cases, therefore, was the question of how, in the particular circumstances of those cases, the court should exercise its discretion under an English Rule of Court in the context of the general practice in English courts, a rule the appellant maintains has no equivalent in this country. Before delving further into this matter, however, it is important that one look at precisely what the Court of Appeal did in the present case.

The approach of the Court of Appeal was as follows. Carey, it stated, failed to make the case he had to make in order to succeed. The Crown's objection to having the documents disclosed was based on a ground of a public interest which the law recognizes as sufficient to make a *prima facie* case for their protection. The burden of persuasion, therefore, was on the plaintiff to make the case to the contrary in accordance with the rules that govern how that is to be done. Central to Carey's claim, it stated, is his allegation that the Crown breached several agreements, which agreements could be established if the Cabinet documents in question were produced. However, the Court went on to say that to the extent that the agreements were later reduced to writing, they should be readily capable of being proved at trial. To the extent that they were not reduced to writing, their existence could be proved by calling witnesses. Counsel did not assert or lead the Court to believe these witnesses were unavailable.

d'examiner les documents et, à plus forte raison, à ne pas en permettre la divulgation. Ils ont tous estimé que tout renseignement pertinent qu'on aurait pu recueillir dans les documents avait déjà été rendu public dans le livre blanc et dans la déclaration du secrétaire déjà mentionné. Par conséquent, leur production n'était pas, pour reprendre les termes de la règle 13(1) de l'ordre 24, «nécessaire pour régler équitablement la cause ou le litige ou pour éviter des frais». Lord Scarman a dit clairement que c'était [TRADUCTION] «pour cette raison et pour aucune autre» qu'il concluait que le juge de première instance avait eu tort de décider d'examiner les documents (p. 535).

La question dans les affaires *Burmah Oil* et *Air Canada* était donc de savoir comment, étant donné les circonstances particulières de ces affaires, le tribunal devait exercer dans le contexte de la pratique générale des tribunaux anglais le pouvoir discrétionnaire que lui conférait une règle de pratique anglaise, règle qui, selon l'appelant en l'espèce, n'a pas de pendant au Canada. Avant d'étudier plus avant cette question, toutefois, il importe d'établir exactement ce que la Cour d'appel a fait dans la présente affaire.

La démarche de la Cour d'appel a été celle exposée ci-après. Carey, a-t-elle affirmé, n'a pas fait la preuve nécessaire pour obtenir gain de cause. Sa Majesté a opposé à la divulgation des documents l'intérêt public, ce qui est reconnu en droit comme suffisant pour constituer une preuve *prima facie* qu'il y a lieu de protéger lesdits documents. Il incombait en conséquence au demandeur de prouver le contraire conformément aux règles applicables. L'élément essentiel de la réclamation de Carey, d'après la Cour d'appel, est son allégation que Sa Majesté a violé plusieurs accords, l'existence desquels pourrait être établie si l'on produisait les documents du Cabinet en question. La cour a cependant ajouté que, dans la mesure où les accords ont par la suite été constatés par écrit, ils devraient être facilement prouvables au procès. Dans la mesure où ils n'ont pas été constatés par écrit, on pourrait produire des témoins pour établir leur existence. L'avocat n'a pas prétendu ni n'a donné à entendre à la cour qu'il n'y avait pas de tels témoins.

In a word, the Court stated, no case was made that the existence of and terms of the agreements are unlikely to be capable of proof by other means. All the submissions on behalf of Carey came down to, it concluded, is that the documents are relevant to his case and that, accordingly, they either could or might assist him. This was no more than "a bare unsupported assertion . . . that something to help him may be found" in the documents; Carey's case stopped far short of showing "some concrete ground for belief" which would take the case beyond mere speculation.

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation. But they deal with precisely the subject matter of the action and what one party was doing in relation to the relevant transactions at the time.

It may well be that witnesses could establish what the contract was but there are always questions of precise recall and of credibility. Besides, in an evolving arrangement like the one alleged there is no substitute for written documents in determining precisely what was going on, and what the parties had in mind. In particular, in the present case the Court failed to observe that the plaintiff was not only alleging breach of an agreement, but that the transfer of the lodge under the circumstances constituted an unconscionable transaction, the determination of which could surely be assisted by an examination of the document.

The method of approach adopted by the Court of Appeal appears to be diametrically opposed to that implicit in Wilson J.'s, remark in *Smallwood*, *supra*, p. 703, cited earlier, regarding the *Burmah*

En un mot, a dit la cour, on n'a pas établi qu'il était vraisemblablement impossible de prouver par d'autres moyens l'existence des accords et leurs modalités. La Cour d'appel a conclu que les arguments avancés pour le compte de Carey se ramenaient simplement à ceci: que les documents en question se rapportaient à sa réclamation et que, par conséquent, ils pouvaient lui être d'un certain secours. Il s'agissait là de rien d'autre qu'une [TRADUCTION] «simple affirmation, sans rien à l'appui [...] que quelque chose d'utile pourrait se trouver» dans les documents. En effet, la preuve produite par Carey était bien loin de démontrer [TRADUCTION] «un motif concret de croire» qui ferait sortir ses allégations du domaine de la pure conjecture.

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture. En l'espèce toutefois les documents traitent du sujet même de l'action et renseignent sur le rôle que l'une des parties a joué à l'époque dans les opérations pertinentes.

Il se peut bien que le contenu du contrat puisse être établi par des témoins, mais on peut toujours se poser des questions concernant la mémoire et la crédibilité de ceux-ci. Au surplus, dans le cas d'une entente, comme celle qu'on dit exister en l'espèce, dont les modalités évoluent, rien ne vaut une preuve documentaire pour déterminer exactement ce qui s'est passé et ce que les parties ont eu à l'esprit. En particulier, la cour dans la présente affaire a omis de tenir compte de ce que le demandeur alléguait non seulement la violation d'un accord mais aussi le fait que la cession de l'hôtellerie dans les circonstances constituait une opération abusive. Or, il s'agit là d'une détermination que l'examen du document pourrait certainement faciliter.

La démarche adoptée par la Cour d'appel semble diamétralement opposée à celle qui était implicite dans la remarque déjà citée du juge Wilson dans *Smallwood*, précité, à la p. 703, en ce

Oil case. But even if one were to adopt the most stringent English view regarding the production of documents, which appears to have found favour with the Court of Appeal, I cannot help concluding that the documents are likely (though one cannot really tell without inspecting them) to assist Carey's case. The whole of the surrounding circumstances is, I think, sufficient to give a "concrete ground" for that view. I cannot agree that under the known circumstances the attempt to obtain disclosure can be categorized as a mere "fishing expedition".

It is instructive to examine more closely the observations on the point made by the Law Lords in the *Burmah Oil* case. It was the surrounding circumstances that persuaded the House to examine the documents in that case; see for example Lord Keith of Kinkel, at pp. 722-23. As Lord Scarman noted, "common sense must be allowed to creep into the picture" (p. 731). As in this case, the House at the time it heard the case was, in Lord Edmund-Davies' words at p. 720, "completely in the dark as to the cogency" of the documents. He added that "No judge can profitably embark on such [public interest] balancing exercise without himself seeing the disputed documents" (p. 721), a view shared by Lord Scarman (p. 731).

The *Burmah Oil* case bears a considerable resemblance to this case at least in so far as it alleged that the transaction was an unconscionable one, one forced on the plaintiff by undue pressure of the other party. That issue, as the majority in the *Burmah Oil* case noted, cannot be treated entirely objectively. On this issue, it seems to me, the remarks of Lord Scarman at p. 731 are compelling:

Burmah's case is not merely that the Bank exerted pressure: it is that the Bank acted unreasonably, abusing its power and taking an unconscionable advantage of the weakness of Burmah. On these questions the withheld documents may be very revealing. This is not 'pure speculation'. The government was creating the pressure; the Bank was exerting it on the government's instruc-

qui concerne l'arrêt *Burmah Oil*. Mais même si on adoptait le point de vue anglais le plus rigoriste en matière de production de documents, point de vue que semble avoir retenu la Cour d'appel, je ne peux m'empêcher de conclure que les documents aideront probablement (quoiqu'on ne puisse vraiment en juger sans les avoir examinés) la cause de Carey. L'ensemble des circonstances suffit, je crois, pour constituer un «motif concret» d'adopter ce point de vue. Compte tenu des faits connus, je ne suis pas d'accord que l'on peut qualifier de simple «recherche à l'aveuglette» la tentative d'obtenir la divulgation.

Il est instructif d'examiner de plus près les observations qu'ont faites les lords juges sur ce point dans l'arrêt *Burmah Oil*. C'est le contexte factuel qui a persuadé la Chambre d'examiner les documents dans cette affaire; voir par exemple ce qu'a dit lord Keith of Kinkel, aux pp. 722 et 723. Comme l'a souligné lord Scarman, [TRADUCTION] «il faut accorder une place au gros bon sens» (p. 731). Comme en l'espèce, au moment où elle a entendu la cause, la Chambre des lords, pour reprendre les termes employés par lord Edmund-Davies, à la p. 720, [TRADUCTION] «ne savait rien de la pertinence» des documents. Il a ajouté que [TRADUCTION] «Aucun juge ne peut utilement entreprendre une telle évaluation [des intérêts publics] sans avoir lui-même vu les documents en litige» (p. 721), opinion qui a été partagée par lord Scarman (p. 731).

L'affaire *Burmah Oil* ressemble beaucoup à la présente affaire, du moins dans la mesure où l'on y alléguait qu'il s'agissait d'une opération abusive, imposée à la demanderesse au moyen d'une pression induue exercée par l'autre partie. Or cette question, comme l'a souligné la majorité dans l'affaire *Burmah Oil*, n'admet pas une analyse parfaitement objective. À ce propos, me semble-t-il, les observations de lord Scarman, à la p. 731, sont éloquentes:

[TRADUCTION] Burmah fait valoir non pas simplement que la Banque a exercé des pressions, mais qu'elle a agi de manière déraisonnable, abusant de son pouvoir et tirant indûment avantage de la situation de faiblesse de Burmah. Sur ces points, les documents qu'on refuse de divulguer pourront s'avérer fort révélateurs. Ce n'est pas là de la «pure conjecture». Le gouvernement a créé la

tions. Is a court to assume that such documents will not assist towards an understanding of the nature of the pressure exerted? The assumption seems to me as unreal as the proverbial folly of attempting to understand Hamlet without reference to his position as the Prince of Denmark.

I might also observe that there was evidence in that case, apart from the documents sought to be discovered, that went some considerable way towards establishing that the transaction was unconscionable. The fact that there may be other evidence in the present case to prove the existence and terms of the transaction and the surrounding circumstances is no reason for refusing to produce, let alone inspect, the documents. This case is entirely different from the *Air Canada* case where the sole reason for seeking the production of the documents was to establish the motive of the Secretary of State in instructing the Airport Authority, a motive already fully revealed in a White Paper and a statement of the Secretary in the House of Commons. Under these circumstances the Law Lords concluded that it was improbable that the documents whose production was sought contained anything that had not already been published and were, therefore, unlikely to be of assistance to the Court.

I should add that I much prefer the approach of Lord Scarman and Lord Templeman in the *Air Canada* case that the court may under R.S.C. Order 24, r. 13, inspect the document and, if not found to be outbalanced on the basis of some public interest, produced not only when this is likely to assist the plaintiff's case or damage the defendant's, but also where it may assist any of the parties to the proceedings. Disclosure may as they indicate be necessary for a fair determination of the issues and for saving costs even when it does not directly assist the plaintiff's case; see for example Lord Scarman at p. 535.

pression et la Banque l'a exercée à la demande du gouvernement. Cela étant, un tribunal doit-il supposer que de tels documents n'aideront d'aucune manière à comprendre la nature de la pression exercée? Pareille supposition me semble tout aussi irréaliste que la folie proverbiale d'une tentative de comprendre Hamlet sans tenir compte de sa qualité de prince de Danemark.

Je pourrais mentionner en outre qu'il y avait dans cette affaire-là, en plus des documents dont on cherchait à obtenir la communication, des éléments de preuve qui tendaient nettement à démontrer le caractère abusif de l'opération en question. Le fait qu'il peut y avoir en l'espèce d'autres éléments de preuve établissant l'existence et les modalités de l'opération et les circonstances de celle-ci ne justifie aucunement le refus d'ordonner la production et, à plus forte raison, l'examen des documents. La présente instance diffère complètement de l'affaire *Air Canada*, où la production des documents a été demandée à seule fin d'établir le motif sous-tendant les directives que le secrétaire d'État avait donné à l'Airport Authority, motif déjà totalement dévoilé dans un livre blanc et dans une déclaration faite par le secrétaire d'État à la Chambre des communes. Dans ces circonstances, les lords juges ont jugé peu probable que les documents dont on demandait la production puissent contenir des renseignements qui n'avaient pas déjà été rendus publics. Il s'ensuivait donc, selon eux, que ces documents ne seraient vraisemblablement d'aucun secours au tribunal.

Je tiens à ajouter que je préfère de beaucoup la position de lord Scarman et de lord Templeman qui ont dit dans l'affaire *Air Canada* que R.S.C. Ordre 24, règle 13 autorise la cour à examiner le document et, si elle conclut qu'aucun intérêt public ne l'en empêche, elle peut ordonner la production, non seulement lorsque cela aidera probablement la cause du demandeur ou risque de nuire à celle du défendeur, mais aussi lorsque la production pourra aider l'une des parties aux procédures. La divulgation peut, comme ils le disent, être nécessaire pour le juste règlement des questions en litige et pour éviter des frais, même si elle n'est d'aucun secours direct au demandeur; voir par exemple lord Scarman, à la p. 535.

Indeed, I do not think the rule, if it existed in this country, would require the rigorous approach adopted in England. Its language is not compelling and, even in England, a more relaxed practice is adopted when questions of confidentiality are not raised. It seems to me that in a claim of public interest immunity which, like the present, seems doubtful, the court should feel free to examine the documents. There has, for a long period now, been a far more open and flexible attitude towards discovery in this country than in England. I think deciding the issue on a bare *prima facie* case of a public interest in non-disclosure, such as the Court of Appeal did here, is out of place in Canadian practice. Lord Scarman referred with approval to the trend towards inspection and disclosure in the United States and in the Commonwealth generally as well as under Scottish law. Besides, counsel did not refer us to any rule in Ontario similar to R.S.C. Order 24, r. 13. The practice in the province is governed by rules having a quite independent base; for its genesis, see Williston and Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2, pp. 745-51, 780-81, 805-06. The different legislative base requires, as Le Dain J. in speaking on the regime under *Canada Evidence Act* pointed out in *Goguen v. Gibson*, *supra*, at p. 472, that the *Air Canada* case "be treated with caution".

The approach that, in my view, should be followed may be exemplified by a recent case in New Zealand, *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290 (C.A.), where there is also no provision like Order 24, r. 13. There a judge refused to order the production and inspection of documents in an action for breach of a timber cutting agreement, or alternatively, for damages in tort resulting from negligent misrepresentation. The documents concerned included Cabinet documents and the Ministry of Forests raised a claim against their production on the ground of public interest immunity. On appeal, the

En fait, je ne crois pas que la règle, si elle existait au Canada, exigerait la démarche rigoureuse adoptée en Angleterre. Sa formulation n'a rien d'impérieux et, même en Angleterre, on adopte une pratique moins stricte lorsqu'il ne s'agit pas de questions reliées à la confidentialité. À mon avis, dans le cas d'une revendication d'immunité d'intérêt public qui, comme en l'espèce semble mal fondée, le tribunal doit se sentir libre d'examiner les documents. Voilà maintenant longtemps que l'attitude canadienne à l'égard de la communication de documents est bien plus libérale et souple que l'attitude anglaise. Selon moi, il est inopportun dans le contexte canadien de faire comme la Cour d'appel en l'espèce et de trancher la question en fonction d'une simple preuve *prima facie* de l'existence d'un intérêt public à ce qu'il n'y ait pas de divulgation. Lord Scarman a exprimé son approbation de la tendance aux États-Unis, dans le Commonwealth en général, ainsi qu'en droit écossais, vers l'examen et la communication. Par ailleurs, l'avocat ne nous a renvoyés à aucune règle ontarienne semblable à R.S.C. Ordre 24, règle 13. La pratique en Ontario est assujettie à des règles dont le fondement est tout à fait distinct; sur l'origine de cette pratique voir Williston et Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2, aux pp. 745 à 751, 780 et 781, 805 et 806. Comme l'a souligné le juge Le Dain en parlant, dans l'arrêt *Goguen c. Gibson*, précité, à la p. 472, du régime constitué par la *Loi sur la preuve au Canada*, il faut, en raison de cette différence quant au fondement législatif, «examiner avec prudence» l'arrêt *Air Canada*.

Selon moi, la démarche à suivre se dégage de l'arrêt néo-zélandais récent *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290 (C.A.) En Nouvelle-Zélande, pas plus qu'au Canada, il n'y a pas de disposition comparable à la règle 13 de l'Ordre 24. Dans cette affaire, un juge a refusé d'ordonner la production et l'inspection de documents dans le cadre d'une action pour rupture d'un accord relatif à la coupe de bois ou, subsidiairement, pour le préjudice subi par suite du délit civil de déclaration inexacte faite par négligence. Parmi les documents en question figuraient des documents du Cabinet et le ministère des Forêts a

Court, in the exercise of its discretion, ordered their inspection.

I shall largely confine myself to the remarks of Woodhouse P. with whom the other judges were in substantial agreement. He referred to the different procedural environment that existed in England under which, he stated, the same test had to be used when the judge was asked to examine documents privately in order to resolve whether they should be made available to the applicant. He wryly added: "To describe the conclusion in another way, the condition upon which the discretion to make an order will arise has been brought forward to qualify what might be the only profitable way of deciding how the discretion could be correctly exercised" (p. 294). Whatever might be the situation in England, he held, this was not the law in New Zealand. At page 295, he made the following statement with which I am in total agreement:

If the balance of public interest can be seen to support the claim of immunity without prior inspection by the Judge then the consequential decision against production will be made without further ado. In that regard the certificate itself should demonstrate with sufficient particularity what is the nature and the significance of the documents both in terms of any need to preserve their confidentiality on the one hand and for the actual litigation on the other. But where this is not the position, where the Judge has been left uncertain, it is difficult to understand how his own inspection could affect in any way the confidentiality which might deserve protection. And in that situation I think it would be wrong to put aside such a direct and practical means of resolving the difficulty. Indeed if it were to happen the primary responsibility of the Courts to provide informed and just answers would often depend on processes of sheer speculation, leaving the Judge himself grasping at air. That cannot be sensible nor is it necessary when by the simple act of judicial reconnaissance a reasonably confident decision could be given one way or the other.

opposé à leur production l'immunité d'intérêt public. En appel, la cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a ordonné l'examen des documents.

a

Je me borne essentiellement aux observations du président Woodhouse avec lequel les autres juges ont été d'accord en substance. Il a fait mention du contexte différent en matière de procédure qui existait en Angleterre et qui, selon lui, exigeait l'emploi du même critère lorsqu'on demandait au juge d'examiner des documents en privé afin de déterminer s'il y avait lieu de permettre au requérant de les consulter. Il a ironiquement ajouté: [TRADUCTION] «On peut décrire la conclusion d'une autre manière: la condition de la naissance du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance a été invoquée pour restreindre ce qui constitue peut-être la seule manière valable de décider comment ce pouvoir discrétionnaire pourrait s'exercer correctement» (p. 294). Quelle qu'ait pu être la situation en Angleterre, a-t-il conclu, ce n'était pas ce que prévoyait le droit néo-zélandais. À la page 295, il a fait la déclaration suivante à laquelle je souscris entièrement:

[TRADUCTION] S'il appert que l'intérêt public prépondérant appuie la demande d'immunité, sans que le juge procède à un examen préalable, alors la décision qui en résulte de ne pas ordonner la production sera prise sans autre formalité. À cet égard, le certificat lui-même devrait révéler avec suffisamment de précision la nature et l'importance des documents, tant du point de vue de la nécessité de préserver leur confidentialité d'une part que du point de vue des besoins du litige proprement dit d'autre part. Mais lorsqu'il n'en est pas ainsi, lorsqu'on a laissé le juge dans l'incertitude, il est difficile de concevoir en quoi son inspection risquerait de compromettre la confidentialité, qui peut mériter d'être protégée. Je crois que dans cette situation on aurait tort d'écarter un moyen aussi direct et aussi pratique de résoudre la difficulté. En fait, il en résulterait que la responsabilité primordiale des tribunaux de fournir des réponses éclairées et justes serait souvent assujettie à une démarche relevant de la pure conjecture, si bien que le juge lui-même ne saurait guère à quoi s'en tenir. Or, cela ne peut pas être raisonnable ni n'est nécessaire, car il suffit d'un simple acte d'inspection judiciaire pour que puisse être rendue avec passablement de confiance une décision dans un sens ou dans l'autre.

See also Richardson J., especially at pp. 301-02 and McMullin J., especially at pp. 307-08. These judges make it clear, in McMullin J.'s words at p. 308, that:

... once the documents are admitted to relate to the case, as they are here, they should be available for inspection unless there is some reason shown why in the interests of public policy that course should not be followed. And the onus of establishing that they should not be produced for inspection must lie on the party which seeks a departure from the general rule.

I am, therefore, of the view that the documents to be produced should be inspected by the trial judge to determine whether, on balancing the competing interests already described, they should be produced.

Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and I would also set aside the order of the Honourable Mr. Justice Catzman dated July 9, 1982 quashing the subpoena *duces tecum* directed to Dr. E. E. Stewart.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitor for the respondents: Archie Campbell, Toronto.

Voir également les propos du juge Richardson, particulièrement aux pp. 301 et 302, et du juge McMullin; particulièrement aux pp. 307 et 308. Ces juges disent clairement, pour reprendre les termes du juge McMullin, à la p. 308, que:

[TRADUCTION] ... une fois admis que les documents se rapportent au litige, comme c'est le cas en l'espèce, il devrait être possible de les examiner, à moins qu'on ne présente une raison pour laquelle, dans l'intérêt public, il faut procéder autrement. Et l'obligation de prouver que les documents ne devraient pas être produits pour inspection incombe nécessairement à la partie qui cherche à déroger à la règle générale.

Par conséquent, je suis d'avis que le juge de première instance doit examiner les documents dont la production est demandée afin qu'il puisse déterminer si une fois évalués les intérêts déjà décrits, ils doivent être produits.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'infirmer l'ordonnance de l'honorable juge Catzman en date du 9 juillet 1982 portant annulation du subpoena *duces tecum* adressé à M. E. E. Stewart.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureur des intimés: Archie Campbell, Toronto.