

**A. M. Appellant**

v.

**Clive Ryan and Dr. Kathleen Parfitt Respondents**

INDEXED AS: M. (A.) v. RYAN

File No.: 24612.

1996: October 2; 1997: February 6.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Evidence — Disclosure — Counselling records — Victim bringing civil action for damage allegedly caused by defendant's sexual conduct — Defendant seeking production of psychiatrist's counselling records and notes — Whether documents privileged — Whether records and notes should be produced — British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11).*

When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from the respondent R. In the course of treatment, R had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued R for damages. In order to deal with the difficulties allegedly caused by the sexual assault and gross indecency as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from the respondent P. The appellant was concerned that communications between her and P should remain confidential, and P assured her that everything possible would be done to ensure that this was the case. At one point, the appellant's concerns led P to refrain from taking her usual notes. At the hearing before the Master of R's motion to obtain disclosure, P agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported P's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant. The Master found that P had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to R. The British Columbia Supreme Court affirmed that decision. P's appeal to the Court of Appeal was allowed in part. The court ordered disclosure of P's reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. The disclosure ordered

**A. M. Appelante**

c.

**Clive Ryan et Dr<sup>e</sup> Kathleen Parfitt Intimés**

RÉPERTORIÉ: M. (A.) c. RYAN

N<sup>o</sup> du greffe: 24612.

1996: 2 octobre; 1997: 6 février.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Preuve — Divulgence — Dossiers de consultation — Poursuites civiles intentées par la victime pour le préjudice que lui aurait causé la conduite sexuelle du défendeur — Demande du défendeur visant à obtenir la production des notes et des dossiers de consultation du psychiatre — Ces documents sont-ils privilégiés? — Les dossiers et les notes devraient-ils être produits? — British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(11).*

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, l'intimé R. Au cours du traitement, R a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a lésée et elle poursuit R en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Pour faire face aux difficultés qui lui auraient été causées par l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence, ainsi qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté un psychiatre, l'intimé P. L'appelante tenait à ce que ses communications avec P demeurent confidentielles, et P lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour qu'il en soit ainsi. À un moment donné, P s'est abstenue de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante. À l'audition devant le protonotaire de la requête en divulgation de R, P a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appelante était présent. Il a appuyé P dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appelante. Le protonotaire a conclu que P ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production à R. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision. L'appel de P devant la Cour d'appel a été accueilli en partie. La cour a ordonné la divulgation des

was protected by four conditions: that inspection be confined to R's solicitors and expert witnesses, and that R himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by R's solicitors, to be passed on as necessary to R's expert witnesses.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The common law principles underlying the recognition of privilege from disclosure proceed from the fundamental proposition that everyone owes a general duty to give evidence relevant to the matter before the court, so that the truth may be ascertained. To this fundamental duty, the law permits certain exceptions, known as privileges, where it can be shown that they are required by a public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining the truth. The common law permits privilege in new situations where reason, experience and application of the principles that underlie the traditional privileges so dictate. It follows that the law of privilege may evolve to reflect the social and legal realities of our time, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The first three conditions for privilege for communications between a psychiatrist and the victim of a sexual assault are met in this case, since the communications were confidential, their confidence is essential to the psychiatrist-patient relationship, and the relationship itself and the treatment it makes possible are of transcendent public importance. The fourth requirement is that the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest of pursuing the truth and disposing correctly of the litigation.

If the court considering a claim for privilege determines that a particular document or class of documents must be produced to get at the truth and prevent an unjust result, it must permit production to the extent required to avoid that result. On the other hand, the need

lettres de compte rendu et des notes de P relatant les discussions entre elle et l'appelante. La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l'examen des documents devrait être réservé aux avocats de R et aux témoins experts sans que R puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s'abstenir d'en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu'aux fins du litige, et les avocats de R ne devraient faire qu'une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts de R.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d'un privilège interdisant la divulgation découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d'apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de privilèges, lorsqu'on peut démontrer qu'elles sont requises par un intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité. La common law permet l'existence d'un privilège dans de nouvelles situations où la raison, l'expérience et l'application des principes qui sous-tendent les privilèges traditionnels le requièrent. Il s'ensuit que le droit en matière de privilèges peut évoluer de manière à refléter la réalité sociale et juridique contemporaine, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les trois premières conditions de l'existence d'un privilège relatif aux communications entre un psychiatre et la victime d'une agression sexuelle sont remplies en l'espèce, étant donné que les communications ont été transmises confidentiellement, que leur confidentialité était essentielle aux rapports entre le psychiatre et sa patiente, et que ces rapports en soi et le traitement qu'ils rendent possible revêtent une importance supérieure pour le public. La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

Si la cour qui examine une revendication de privilège décide qu'un document ou une catégorie donnée de documents doivent être produits pour découvrir la vérité et éviter qu'un verdict injuste ne soit prononcé, elle doit en permettre la production dans la mesure requise pour

to get at the truth and avoid injustice does not automatically negate the possibility of protection from full disclosure. An order for partial privilege will more often be appropriate in civil cases where, as here, the privacy interest is compelling. Disclosure of a limited number of documents, editing by the court to remove non-essential material, and the imposition of conditions on who may see and copy the documents are techniques which may be used to ensure the highest degree of confidentiality and the least damage to the protected relationship, while guarding against the injustice of cloaking the truth. While a test for privilege which permits the court occasionally to reject an otherwise well-founded claim for privilege in the interests of getting at the truth may not offer patients a guarantee that communications with their psychiatrists will never be disclosed, the assurance that disclosure will be ordered only where clearly necessary and then only to the extent necessary is likely to permit many to avail themselves of psychiatric counselling when certain disclosure might make them hesitate or decline.

It is open to a judge to conclude that psychiatrist-patient records are privileged in appropriate circumstances. In order to determine whether privilege should be accorded to a particular document or class of documents and, if so, what conditions should attach, the judge must consider the circumstances of the privilege alleged, the documents, and the case. While it is not essential in a civil case that the judge examine every document, he or she may do so if necessary to the inquiry. A court, in a case such as this, might well consider it best to inspect the records individually to the end of weeding out those which were irrelevant to this defence, but the alternative chosen by the Court of Appeal of refusing to order production of one group of documents and imposing stringent conditions on who could see the others and what use could be made of them cannot be said to be in error and should not be disturbed.

The appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master does not deprive her of the right to claim it. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver, and the

éviter ce résultat. Par ailleurs, le besoin de découvrir la vérité et d'éviter une injustice n'écarte pas automatiquement la possibilité d'une protection contre une divulgation complète. Une ordonnance de privilège partiel conviendra plus souvent dans des affaires civiles où, comme en l'espèce, le droit à la vie privée est décisif. La divulgation d'un nombre limité de documents, leur révision par la cour pour en éliminer tout ce qui n'est pas essentiel et l'imposition de conditions quant à savoir qui peut prendre connaissance de ces documents ou en faire des copies sont des moyens qui peuvent être pris pour préserver le plus possible la confidentialité et causer le moins de tort possible aux rapports protégés, tout en évitant l'injustice de la dissimulation de la vérité. Bien qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantisse peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à le faire.

Il est loisible à un juge de statuer que les dossiers d'un psychiatre concernant un patient sont des documents privilégiés, lorsque cela est indiqué. Pour déterminer si un privilège devrait être accordé relativement à un document ou à une catégorie de documents et, le cas échéant, à quelles conditions, le juge doit examiner les circonstances dans lesquelles le privilège est invoqué, les documents en cause et l'ensemble de l'affaire. Bien que, dans une affaire civile, il ne soit pas essentiel que le juge examine chaque document, il peut le faire si cela est nécessaire à la recherche de renseignements. Un tribunal, dans un cas comme la présente affaire, pourrait bien décider qu'il vaut mieux examiner chaque dossier individuellement afin de retirer ceux qui ne sont pas pertinents quant à ce moyen de défense. Cependant, on ne peut affirmer que la Cour d'appel a eu tort de refuser d'ordonner la production d'un groupe de documents et de fixer des conditions strictes quant aux personnes qui pourraient consulter les autres documents et quant à l'utilisation qui pourrait être faite de ceux-ci, et il n'y a pas lieu de modifier sa décision à ce sujet.

La prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le notaire, un privilège relativement aux dossiers ne la prive pas du droit de revendiquer ce privilège. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des

appellant's conduct does not support a finding of waiver.

Where the doctrine of privilege applies, it displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Direct disclosure of all of the information shared in the course of therapy to defence counsel and professionals who are assisting the defence constitutes a very serious breach of the plaintiff's interests in privacy as regards these communications. While the plaintiff's privacy interests in the records may receive some protection under the doctrine of privilege, this is only to the degree they serve the greater purpose of promoting relationships sufficiently valued by the public. McLachlin J.'s approach to partial privilege is agreed with, but it cannot displace the residual discretion to order production of documents in a manner which effects an appropriate balance of the *Charter* values engaged in the appeal. The source of this discretion is a common law discretionary rule governing the exercise of powers established under the B.C. Rules of Court. Since the appellant has asserted her privacy interest in private records independently of her claim for privilege, it is necessary to determine whether this interest has received adequate attention.

The traditional common law approach to the power conferred upon the courts to order the production of documents for discovery in civil proceedings holds that all relevant documents which are not privileged must be produced. An alternative approach, that taken by the Court of Appeal in this case, is one which places an outer limit on this discretion, a limit which ensures that the discovery procedures not work injustice, even where a claim of privilege has not been successful and it appears that information in the document is relevant to an issue at trial. The latter approach is more consistent with the wording of the Rules governing discovery, the origins of the procedure, the common law discretionary rules governing information regarding non-parties, and the effect of the *Charter* on the exercise of common law and statutory discretion in civil proceedings. In any

documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation, et la conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation.

Lorsqu'elle s'applique, la règle du privilège supprime tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerait le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La communication directe, à l'avocat de la défense et aux experts qui assistent la défense, de tous les renseignements échangés pendant la thérapie constitue une atteinte très grave au droit de la demanderesse à la confidentialité de ces communications. Si le droit de la partie demanderesse à la confidentialité des documents peut être protégé en vertu de la règle du privilège, il en est ainsi seulement dans la mesure où il sert à atteindre l'objectif supérieur de la promotion de rapports ayant une valeur suffisante aux yeux du public. Il y a accord avec la façon dont le juge McLachlin aborde le privilège partiel, mais ce privilège ne saurait supplanter le pouvoir discrétionnaire résiduel d'ordonner la production de documents de manière à soulever adéquatement les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans le pourvoi. La source de ce pouvoir discrétionnaire est une règle discrétionnaire de common law régissant l'exercice des pouvoirs conférés en vertu des Règles de pratique de la Colombie-Britannique. Étant donné que l'appelante a fait valoir son droit à la confidentialité de dossiers privés indépendamment de sa revendication d'un privilège, il est nécessaire de déterminer si ce droit a reçu une attention suffisante.

Suivant la façon traditionnelle d'aborder, en common law, le pouvoir des tribunaux d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable dans des procédures civiles, tous les documents pertinents qui ne sont pas des documents privilégiés doivent être produits. Une autre façon de procéder, celle adoptée par la Cour d'appel en l'espèce, consiste à délimiter le pouvoir discrétionnaire de manière à assurer que la procédure de communication préalable de documents ne cause pas d'injustice, même lorsqu'un privilège a été revendiqué en vain et qu'il semble que l'information contenue dans les documents soit pertinente à l'égard d'une question en litige. Cette dernière méthode est plus compatible avec le texte des règles de pratique régissant la communication préalable de documents, les origines de la procédure, les règles discrétionnaires de common

event, the court must ensure that the approach followed reflects an adequate balance of the values underlying the *Charter*.

As the records at issue here are of the same nature as those mentioned in *O'Connor*, the appellant has established a reasonable expectation of privacy in the records. Rather than having waived her right to privacy by instituting an action, the appellant has engaged a process where her reasonable expectation of privacy must be balanced against the society's need to ensure that such litigation be conducted fairly and effectively. The *Charter*-related value of a fair trial for all litigants, as a fundamental principle of justice, is also affected in such cases and must be balanced with the privacy interests of the appellant. The value of equality must further guide the procedure of discovery in tort cases involving sexual assault.

Given the distinguishing and shared features of the criminal and civil contexts for production of private records, the following procedure seems the appropriate one in the context of civil discovery. The party seeking production must notify those with an interest in the confidentiality of the records. Before a court may order production of private records to the defence for the purposes of discovery, it must first ascertain what documents are likely to be relevant to an issue at trial. In civil cases the required information will be provided by the affidavit of the party seeking the order. The court must then order production of the likely relevant documents to the court for screening and removal of any information which the court deems is not likely relevant or otherwise exempt from production given the balancing of the interests involved. A number of factors to guide in this evaluation are suggested. A judge may also ask the guardian of the documents for an inventory of those in his or her possession to assist in the screening process.

These additional procedures will not confuse trial judges. In many cases, such as the one before us, the privilege claim will be settled by the judge on the basis of affidavit evidence. Even where inspection may be

law régissant l'information concernant des tiers et l'incidence de la *Charte* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire émanant de la common law et de la loi dans des procédures civiles. Quoi qu'il en soit, la cour doit s'assurer que la méthode suivie reflète une pondération adéquate des valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Comme les dossiers dont il est question en l'espèce sont de même nature que ceux mentionnés dans l'arrêt *O'Connor*, l'appelante a établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard de ces documents. Au lieu de renoncer à son droit à la vie privée en intentant une action, l'appelante s'est engagée dans une démarche où l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée doit être pondérée en regard de la nécessité, pour la société, d'assurer le déroulement équitable et efficace d'un tel litige. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est également en cause à titre de principe de justice fondamentale, et doit être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. La valeur d'égalité doit aussi guider la procédure de communication préalable dans les affaires de responsabilité civile délictuelle résultant d'une agression sexuelle.

Compte tenu des caractéristiques distinctives et communes des contextes criminel et civil au chapitre de la production de dossiers privés, la procédure suivante semble opportune aux fins de la communication préalable de documents en matière civile. La partie qui demande la production doit en informer les personnes ayant intérêt à ce que les dossiers demeurent confidentiels. Pour qu'un tribunal puisse ordonner la communication préalable de dossiers privés à la défense, il doit tout d'abord déterminer quels documents ont une pertinence probable relativement à une question en litige. En matière civile, les renseignements nécessaires sont fournis au moyen de l'affidavit de la partie qui demande l'ordonnance. Le tribunal doit ensuite ordonner que les documents ayant une pertinence probable lui soient remis pour qu'il puisse les examiner et y supprimer tout renseignement qui, selon lui, n'a aucune pertinence probable ou doit par ailleurs échapper à la production après pondération des droits en cause. Un certain nombre de facteurs devant guider cette évaluation sont proposés. Un juge peut également demander à la personne qui a la garde des documents de faire l'inventaire de ceux qui sont en sa possession afin d'en faciliter l'examen.

Cette procédure supplémentaire ne sera pas déroulante pour les juges du procès. Dans bien des cas, comme celui dont nous sommes saisis, le juge statuera sur la revendication de privilège à partir d'une preuve

required, the fourth branch of the Wigmore test should be applied to the documents as a whole. Once the privilege claim has been settled, the judge would then undertake the screening procedures described above to those documents which are not protected, provided their likely relevance has been established.

Here the Court of Appeal did not review the documents before ordering their production. By failing to screen private records in such cases, the court creates an impermissible hierarchy of *Charter* values, where interests in privacy and equality may be seriously affected for records or information which may provide very little if any benefit to the defence or be unnecessary to ensure the fairness of proceedings. The decision of the Court of Appeal should be set aside, except as regards the notes which were not disclosed, and the matter remitted to the Master for determination in a manner consistent with these reasons.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Not followed:** *Jaffee v. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), aff'g 51 F.3d 1346 (1995); **referred to:** *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

par affidavit. Même lorsque l'examen peut être requis, il y a lieu d'appliquer le quatrième volet du test de Wigmore à l'ensemble des documents. Une fois tranchée la question de la revendication de privilège, le juge s'attaquerait à l'examen susmentionné des documents non privilégiés, à la condition que leur pertinence probable ait été établie.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas examiné les documents avant d'en ordonner la production. En omettant d'examiner les dossiers privés en de telles circonstances, la cour établit une hiérarchie inacceptable des valeurs de la *Charte*, qui fait en sorte que les droits à la vie privée et à l'égalité peuvent faire l'objet d'une grave atteinte en échange de dossiers ou de parties de ceux-ci qui peuvent tout au plus procurer un avantage très minime à la défense, ou être inutiles pour garantir l'équité des procédures. L'arrêt de la Cour d'appel devrait être infirmé, sauf en ce qui concerne les notes qui n'ont pas été divulguées, et l'affaire devrait être renvoyée devant le protonotaire pour qu'il rende une décision compatible avec les présents motifs.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt non suivi:** *Jaffee c. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), conf. 51 F.3d 1346 (1995); **arrêts mentionnés:** *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

**Statutes and Regulations Cited**

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(10), (11).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 15.

**Authors Cited**

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).  
 McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, allowing in part the respondent Parfitt's appeal from a decision of Vickers J. (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, affirming an order of Master Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordering the respondent Parfitt to produce a copy of her records relating to the appellant. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Brian J. Wallace, Q.C.*, and *Carolyn McCool*, for the appellant.

*Christopher E. Hinkson, Q.C.*, and *William S. Clark*, for the respondent Ryan.

No one appeared for the respondent Parfitt.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — After having been sexually assaulted by the respondent Dr. Ryan, the appellant sought counselling from a psychiatrist. The question on this appeal is whether the psychiatrist's notes and records containing statements the appellant made in the course of treatment are protected

**Lois et règlements cités**

British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(10), (11).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 15.

**Doctrine citée**

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).  
 McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, qui a accueilli en partie l'appel de l'intimée Parfitt contre une décision du juge Vickers (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, qui avait confirmé une ordonnance du protonotaire Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordonnant à l'intimée Parfitt de produire une copie de ses dossiers relatifs à l'appelante. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Brian J. Wallace, c.r.*, et *Carolyn McCool*, pour l'appelante.

*Christopher E. Hinkson, c.r.*, et *William S. Clark*, pour l'intimé Ryan.

Personne n'a comparu pour l'intimée Parfitt.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Après avoir été agressée sexuellement par l'intimé le Dr Ryan, l'appelante a consulté un psychiatre. En l'espèce, il s'agit de savoir si les notes et les dossiers du psychiatre contenant des déclarations que l'appelante a faites au cours de son traitement échappent à toute divul-

from disclosure in a civil suit brought by the appellant against Dr. Ryan. Put in terms of principle, should a defendant's right to relevant material to the end of testing the plaintiff's case outweigh the plaintiff's expectation that communications between her and her psychiatrist will be kept in confidence?

### I. The Facts and History of Proceedings

2 When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from Dr. Ryan. In the course of treatment, Dr. Ryan had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued Dr. Ryan for damages. Dr. Ryan does not deny that this sexual conduct occurred. He contends, however, that the appellant consented to the acts. He also takes the position that the conduct was not the cause of the injury for which the plaintiff sues.

3 The appellant alleges that the sexual assault and gross indecency caused her mental distress and anguish, loss of dignity and self-esteem, humiliation and embarrassment, difficulty in forming and maintaining relationships with other persons, lasting psychological and emotional trauma, continuing fear and anxiety, foregone career and educational opportunities, inability to verbalize emotions and recollections of the events, repeated suicide attempts, severe depression and post-traumatic stress disorder. In order to deal with these difficulties as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from Dr. Parfitt.

4 The appellant was concerned that communications between her and Dr. Parfitt should remain confidential. Dr. Parfitt assured her that everything possible would be done to ensure that their discussions would remain confidential. At one point, the appellant's concerns led Dr. Parfitt to refrain from taking her usual notes.

gation dans des poursuites civiles intentées par l'appelante contre le Dr Ryan. En principe, le droit d'une partie défenderesse à la documentation pertinente pour vérifier l'exactitude de la preuve de la partie demanderesse l'emporte-t-il sur l'attente de cette dernière à ce que ses communications avec son psychiatre demeurent confidentielles?

### I. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, le Dr Ryan. Au cours du traitement, le Dr Ryan a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a lésée et elle poursuit le Dr Ryan en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Le Dr Ryan ne nie pas qu'il a adopté cette conduite sexuelle. Il affirme, toutefois, que l'appelante a consenti aux actes en question. Il fait aussi valoir que la conduite reprochée n'est pas la cause du préjudice pour lequel la demanderesse le poursuit.

L'appelante allègue que l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence lui ont causé les problèmes suivants: souffrance morale et anxiété, perte de dignité et d'amour-propre, humiliation et honte, difficultés à nouer et à entretenir des relations interpersonnelles, traumatisme psychologique et émotionnel persistant, état de crainte et d'angoisse constant, perte de chances de carrière et de se faire instruire, pertes de mémoire et incapacité d'exprimer ses émotions, tentatives répétées de suicide, grave dépression et troubles de stress post-traumatique. Pour faire face à ces difficultés de même qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté un psychiatre, le Dr Parfitt.

L'appelante tenait à ce que ses communications avec le Dr Parfitt demeurent confidentielles. Le Dr Parfitt lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour préserver la confidentialité de leurs discussions. À un moment donné, le Dr Parfitt s'est abstenue de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante.



The British Columbia Rules of Court permit each party to an action to examine the other for discovery and to obtain discovery of all documents in the possession of the other party that are relevant to the lawsuit and not protected from disclosure by privilege or some other legal exemption. If a party has not voluntarily produced a required document, the court may order that it be produced. The rules also provide for documents to be obtained from third parties. Failing voluntary production, an application for production may be brought under Rule 26(11).

During the examination for discovery of the appellant, counsel for Dr. Ryan requested production of Dr. Parfitt's records and notes. The appellant's counsel advised that they would not be produced without a court order. Accordingly, Dr. Ryan's counsel brought a motion to obtain disclosure. At the hearing before Master Bolton, Dr. Parfitt agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported Dr. Parfitt's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant.

The Master found that Dr. Parfitt had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to Dr. Ryan. In his view, there is no blanket privilege for communications between patient and physician. The only basis upon which privilege could be asserted would be under the principles approved by this Court for case-by-case privilege, sometimes referred to as the "Wigmore test". The first branch of this test requires that the communications originate in confidence. The Master ruled that this was not the case here, since the appellant had been fearful throughout that the doctor's notes would be disclosed and Dr. Parfitt had assured her only that everything possible would be done to ensure that their discussions were kept private. The Master went on to consider whether the discretion granted by the Rules of Court permitted him to accede to Dr. Parfitt's claim for confidential

Les Règles de pratique de la Colombie-Britannique permettent à chaque partie à une action en justice de procéder à l'interrogatoire préalable de l'autre partie et d'obtenir d'elle la communication de tous les documents en sa possession qui sont pertinents quant à la poursuite et qui n'échappent pas à la divulgation en raison d'un privilège ou d'une autre exception prévue par la loi. Dans le cas où une partie ne produit pas volontairement un document requis, la cour peut ordonner la production de ce document. Les Règles prévoient aussi l'obtention de documents auprès de tiers. À défaut d'une production volontaire, une demande de production peut être présentée en vertu du par. 26(11) des Règles.

Au cours de l'interrogatoire préalable de l'appellante, l'avocat du Dr Ryan a demandé la production des dossiers et des notes du Dr Parfitt. L'avocat de l'appellante a prévenu que ces documents ne seraient pas produits sans une ordonnance judiciaire. L'avocat du Dr Ryan a donc présenté une requête en divulgation. À l'audience devant le protonotaire Bolton, le Dr Parfitt a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appellante était présent. Il a appuyé le Dr Parfitt dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appellante.

Le protonotaire a conclu que le Dr Parfitt ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production au Dr Ryan. À son avis, il n'y avait aucun privilège général applicable aux communications entre un patient et son médecin. Un privilège ne pourrait être invoqué qu'en vertu des principes approuvés par notre Cour en ce qui concerne un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, lesquels principes sont parfois désignés sous le nom de «critère de Wigmore». Le premier volet de ce critère exige que les communications aient été transmises confidentiellement. Le protonotaire a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce, étant donné que l'appellante avait constamment craint que les notes de son médecin ne soient divulguées, et que le Dr Parfitt ne lui avait donné que l'assurance qu'elle ferait tout son possible pour préserver le

5

6

7

ality. He found the notes to be relevant. The only remaining question was whether Dr. Parfitt's "embarrassment" at revealing the notes outweighed this probative value. It did not, in the Master's view. Although he acknowledged the legitimate interest of keeping patient-therapist discussions free-ranging and confidential, he held that this was not a factor that he could consider under the law as it stood.

8 Dr. Parfitt appealed to the Supreme Court of British Columbia. That appeal was dismissed: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Vickers J. agreed that the notes were not privileged, not on the ground that they had not been made in confidence as the Master had found, but on the ground that the public interest in the proper administration of justice outweighed confidentiality concerns where the appellant had placed the matters in issue by initiating the suit.

9 Dr. Parfitt appealed to the British Columbia Court of Appeal. The appeal was allowed in part: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Southin J.A. began by stating that she was only concerned with Dr. Parfitt's privilege and not the plaintiff's, since the plaintiff had not properly claimed privilege. A physician could only assert privilege if disclosure would harm the physician. Dr. Parfitt had not shown this to be the case. Therefore, no claim for privilege could be made by anyone, and the matter fell to be considered exclusively under the Rules of Court.

10 Under Rule 26(11), relevant or "material" documents should be produced unless the order is oppressive of the plaintiff or will have such an

caractère confidentiel de leurs discussions. Le protonotaire s'est ensuite demandé si le pouvoir discrétionnaire conféré par les règles de pratique l'autorisait à accéder à la demande du Dr Parfitt en matière de confidentialité. Il a conclu que les notes étaient pertinentes. Il ne restait plus qu'à décider si l'«embarras» dans lequel le Dr Parfitt serait mis s'il avait à divulguer ses notes l'emportait sur leur valeur probante. Le protonotaire a jugé que non. Tout en reconnaissant l'intérêt légitime qu'il y a à préserver la confidentialité et la liberté des discussions entre un patient et son thérapeute, il a conclu que ce n'était pas un facteur dont il pouvait tenir compte selon l'état du droit.

Le Dr Parfitt a interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cet appel a été rejeté: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Le juge Vickers était d'avis que les notes ne constituaient pas des documents privilégiés, non pas parce que leur contenu n'avait pas été transmis confidentiellement, comme le protonotaire l'avait conclu, mais parce que l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice l'emportait sur les considérations de confidentialité, du fait que l'appelante avait elle-même provoqué cette situation en engageant les poursuites judiciaires.

Le Dr Parfitt a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'appel a été accueilli en partie: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Le juge Southin a commencé par affirmer qu'elle ne s'intéressait qu'au privilège du Dr Parfitt, et non à celui de la demanderesse, étant donné que la revendication de privilège de cette dernière n'était pas justifiée. Un médecin ne peut invoquer l'existence d'un privilège que dans le cas où la divulgation lui serait préjudiciable. Le Dr Parfitt n'avait pas établi qu'il en serait ainsi. Par conséquent, personne ne pouvait revendiquer un privilège, et l'examen de l'affaire devait reposer exclusivement sur les règles de pratique.

La Cour d'appel a statué que, en vertu du par. 26(11) des Règles, les documents pertinents ou «importants» doivent être produits à moins que

adverse effect on her that it would be unjust to order production, the Court of Appeal ruled. In applying this test, the court should consider whether the particular invasion of privacy is necessary to the proper administration of justice and, if so, whether terms are appropriate to limit that invasion. On the one hand, a plaintiff should not be “scared away” from suing by fear of disclosure. On the other hand, a defendant should not be deprived of an assessment of the true loss caused by the alleged wrong. There is no perfect balance to be struck, in the court’s view.

Southin J.A. ordered disclosure of Dr. Parfitt’s reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. Southin J.A. did not order disclosure of Dr. Parfitt’s personal notes which she uses to make sense of what the patient is telling her. These notes were not disclosed because the appellant assured the court that Dr. Parfitt would not be called at trial and therefore her diagnosis was “of no moment” (p. 19 B.C.L.R.). The disclosure ordered was protected by four conditions: that inspection be confined to Dr. Ryan’s solicitors and expert witnesses, and that Dr. Ryan himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by Dr. Ryan’s solicitors, to be passed on as necessary to Dr. Ryan’s expert witnesses.

The appellant objects to this order for limited production and appeals to this Court.

## II. The Legislation

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11)

Where a document is in the possession or control of a person who is not a party, the court, on notice to the person and all other parties, may order production and

l’ordonnance ne soit oppressive envers la demanderesse ou qu’elle n’ait sur elle un effet si préjudiciable qu’il serait injuste d’en ordonner la production. Lorsqu’elle applique ce critère, la cour doit se demander si l’atteinte en cause à la vie privée est nécessaire à la bonne administration de la justice et, dans l’affirmative, s’il y a lieu d’imposer des conditions pour limiter cette atteinte. D’une part, un demandeur ne doit pas être «découragé» d’intenter des poursuites par crainte de divulgation. D’autre part, un défendeur ne doit pas être privé d’une évaluation de la véritable perte causée par la faute alléguée. Selon la Cour d’appel, il n’y a pas d’équilibre parfait à établir.

Le juge Southin a ordonné la divulgation des lettres de compte rendu et des notes du Dr Parfitt relatant les discussions entre elle et l’appelante. Le juge Southin n’a pas ordonné la divulgation des notes personnelles du Dr Parfitt, dont elle se sert pour tenter de comprendre ce que le patient lui dit. Ces notes n’ont pas été divulguées parce que l’appelante a donné à la cour l’assurance que le Dr Parfitt ne serait pas appelée à témoigner au procès et que, par conséquent, son diagnostic était [TRADUCTION] «sans importance» (p. 19 B.C.L.R.). La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l’examen des documents devrait être réservé aux avocats du Dr Ryan et aux témoins experts sans que le Dr Ryan puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s’abstenir d’en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu’aux fins du litige, et les avocats du Dr Ryan ne devraient faire qu’une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts du Dr Ryan.

L’appelante s’oppose à cette ordonnance de production restreinte et se pourvoit devant notre Cour.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

Règles de pratique de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, par. 26(11)

[TRADUCTION] Lorsqu’un document est en la possession ou sous le contrôle d’un tiers, la cour peut, à la suite d’un préavis donné à ce tiers et à toutes les autres

11

12

13

inspection of the document or preparation of a certified copy that may be used instead of the original. An order under Rule 41(16) in respect of an order under this sub-rule may be made if that order is endorsed with an acknowledgement by the person in possession or control of the document that the person has no objection to the terms of the proposed order.

### III. Preliminary Issues

14 The findings of the courts below raise three preliminary issues. The first is whether the appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master deprives her of the right to claim it. I respectfully dissent from the Court of Appeal's view that it did. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver. The appellant's conduct does not support a finding of waiver. It is true that she did not claim privilege to the notes and records at issue in her affidavit of documents. However, the notes and records were not in her possession but Dr. Parfitt's. The argument that they were technically in her control and hence should have been mentioned establishes at best omission from the affidavit of documents, not a conscious waiver of privilege. The motion for production before the Master was directed not at the appellant but at Dr. Parfitt. As a result, the appellant was not called upon directly to assert privilege in the documents. However, she appeared through counsel and supported Dr. Parfitt's claim for privilege. Far from waiving privilege, the appellant has asserted it throughout the proceedings.

parties, ordonner la production et l'examen du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pouvant tenir lieu de l'original. Une ordonnance fondée sur le par. 41(16) des Règles quant à une ordonnance rendue en vertu du présent paragraphe peut être délivrée si cette ordonnance comporte une reconnaissance par la personne en possession du document, ou qui en a le contrôle, qu'elle ne s'oppose pas aux conditions de l'ordonnance proposée.

### III. Questions préliminaires

Les conclusions des tribunaux d'instance inférieure soulèvent trois questions préliminaires. La première est de savoir si la prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le protonotaire, un privilège relativement aux dossiers la prive du droit de revendiquer ce privilège. En toute déférence, je suis en désaccord avec l'opinion de la Cour d'appel que c'est le cas. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation. La conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation. Il est vrai que, dans son affidavit de documents, elle n'a pas revendiqué de privilège relativement aux notes et aux dossiers en cause. Cependant, les notes et les dossiers étaient non pas en sa possession, mais en la possession du Dr Parfitt. L'argument selon lequel ces documents étaient, en principe, sous son contrôle et que, par conséquent, ils auraient dû être mentionnés établit au mieux l'omission de revendiquer un privilège dans l'affidavit de documents, et non l'existence d'une renonciation consciente au privilège. La requête en production déposée devant le protonotaire visait non pas l'appelante, mais le Dr Parfitt. Par conséquent, l'appelante n'était pas invitée directement à invoquer un privilège quant à ces documents. Elle s'est toutefois fait représenter par un avocat et a appuyé la revendication de privilège du Dr Parfitt. Loin de renoncer au privilège, l'appelante l'a invoqué pendant toutes les procédures.

15 A second preliminary issue concerns the relationship between the Rules of Court and the common law rule of privilege. In my view, the present appeal falls to be decided solely on the law of privilege. Where the doctrine of privilege applies, it

Une deuxième question préliminaire concerne le lien entre les règles de pratique et la règle de common law du privilège. À mon avis, le présent pourvoi doit être tranché uniquement en fonction du droit en matière de privilèges. Lorsqu'elle s'ap-

displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

Where the person objecting to production is a party to the action and privilege is raised, there is no need for a supplementary discretion under Rule 26(11), since in considering whether privilege exists on a case-by-case basis, the judge must take into account the interest of the person being asked to disclose. The fourth branch of the Wigmore test for privilege requires the judge to consider whether the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest in getting at the truth and correctly disposing of the litigation. This means that the complainant's privacy interest and interest in maintaining a productive and healing relationship with her psychiatrist must be considered and weighed in determining whether privilege lies. The fact that her privacy interest arises and hence falls to be considered in the context of her relationship to her psychiatrist does not negate the fact that what is at issue is her privacy interest and whether it should, in the circumstances of the case, prevail over the defendant's right to disclosure. It thus becomes unnecessary to reconsider the same matters after having decided whether privilege lies. Having determined the issue of privilege, nothing remains to be considered under the Rule.

Requiring the judge to reconsider the matter under a residual discretion conferred by Rule 26(11) according to a different methodology would, moreover, be confusing for trial judges. Even more serious, it might on occasion result in a conflicting conclusion. This would amount to a procedural rule enacted not by the Legislature but

plique, la règle du privilège supplante tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerait le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

Lorsque la personne qui s'oppose à la production est une partie à l'action et qu'un privilège est invoqué, un pouvoir discrétionnaire additionnel en vertu du par. 26(11) des Règles n'est d'aucune utilité puisque, en examinant si un privilège existe en fonction de chaque cas, le juge doit tenir compte de l'intérêt de la personne qui fait l'objet d'une demande de divulgation. Le quatrième volet du critère de Wigmore applicable pour déterminer l'existence d'un privilège exige donc que le juge examine si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela signifie que, pour décider si un privilège s'applique, il faut examiner et soupeser le droit à la vie privée de la plaignante et son droit de maintenir des rapports thérapeutiques productifs avec son psychiatre. Le fait que la question du droit à la vie privée de la plaignante se pose et qu'elle doit ainsi être examinée dans le contexte des rapports de cette dernière avec son psychiatre n'empêche pas que ce qui est en cause c'est son droit à la vie privée et qu'il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de l'affaire, il devrait l'emporter sur le droit à la divulgation du défendeur. Ainsi, il devient inutile de réexaminer les mêmes questions après avoir décidé si un privilège s'applique. Une fois tranchées les questions de privilège, il ne reste plus rien à examiner selon la Règle.

De plus, il serait déroutant pour les juges du procès d'obliger le juge à recourir à une méthode différente en réexaminant la question en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 26(11) des Règles. Ce qui est encore plus grave, il pourrait parfois en résulter une conclusion contradictoire. Cela correspondrait à une règle de procédure,

by Order in Council, trumping the common law. Such a result would be wholly inappropriate.

adoptée non pas par le législateur mais par décret, qui éclipserait la common law. Pareil résultat serait entièrement inopportun.

18 A third preliminary issue concerns the distinction between absolute or blanket privilege, on the one hand, and partial privilege on the other. While the traditional common law categories conceived privilege as an absolute, all-or-nothing proposition, more recent jurisprudence recognizes the appropriateness in many situations of partial privilege. The degree of protection conferred by the privilege may be absolute or partial, depending on what is required to strike the proper balance between the interest in protecting the communication from disclosure and the interest in proper disposition of the litigation. Partial privilege may signify that only some of the documents in a given class must be produced. Documents should be considered individually or by sub-groups on a “case-by-case” basis.

Une troisième question préliminaire concerne la distinction entre, d’une part, un privilège absolu ou général et, d’autre part, un privilège partiel. Bien que les catégories de common law traditionnelles aient perçu le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, la jurisprudence plus récente reconnaît l’à-propos d’un privilège partiel dans de nombreuses situations. La protection accordée par le privilège peut être absolue ou partielle, selon ce qui est requis pour établir l’équilibre approprié entre l’intérêt qu’il y a à soustraire la communication à la divulgation et l’intérêt qu’il y a à bien trancher le litige. L’existence d’un privilège partiel peut signifier que seuls certains documents d’une catégorie donnée doivent être produits. Les documents devraient être examinés individuellement ou par catégorie, selon les circonstances de chaque cas.

#### IV. General Principles

#### IV. Principes généraux

19 The common law principles underlying the recognition of privilege from disclosure are simply stated. They proceed from the fundamental proposition that everyone owes a general duty to give evidence relevant to the matter before the court, so that the truth may be ascertained. To this fundamental duty, the law permits certain exceptions, known as privileges, where it can be shown that they are required by a “public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining truth”: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at p. 50.

Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d’un privilège interdisant la divulgation sont simples. Ils découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d’apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de privilèges, lorsqu’on peut démontrer qu’elles sont requises par un [TRADUCTION] «intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité»: *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), à la p. 50.

20 While the circumstances giving rise to a privilege were once thought to be fixed by categories defined in previous centuries — categories that do not include communications between a psychiatrist and her patient — it is now accepted that the common law permits privilege in new situations where reason, experience and application of the princi-

Même si on a déjà cru que les circonstances à l’origine d’un privilège étaient désignées par des catégories définies au cours des siècles précédents — des catégories qui ne comprennent pas les communications entre une psychiatre et sa patiente — il est maintenant reconnu que la common law permet l’existence d’un privilège dans de nouvelles