

**Ministry of Correctional
Services** *Appellant*

v.

**David Goodis, Senior Adjudicator, and
Jane Doe, Requester** *Respondents*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: GOODIS v. ONTARIO (MINISTRY OF
CORRECTIONAL SERVICES)**

Neutral citation: 2006 SCC 31.

File No.: 30820.

2006: April 18; 2006: July 7.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Access to records for determination of whether they should be disclosed under Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether records may be disclosed to requester's counsel notwithstanding claim of solicitor-client privilege — Whether Divisional Court bound by Act's provisions prohibiting Commissioner from disclosing any records until final decision made — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.

A judge of the Divisional Court, who was reviewing a decision of the Ontario Information and Privacy Commissioner, granted the requester's counsel access to records notwithstanding a claim of solicitor-client privilege by the Ministry of Correctional Services. The judge treated the motion for access as one by the requester's counsel, and not as one by the requester, in order to enable counsel to argue whether those records should be disclosed under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. The order for disclosure

**Ministère des Services
correctionnels** *Appelant*

c.

**David Goodis, arbitre principal, et
M^{me} Unetelle, auteure de la demande
d'accès** *Intimés*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : GOODIS c. ONTARIO (MINISTÈRE DES
SERVICES CORRECTIONNELS)**

Référence neutre : 2006 CSC 31.

N^o du greffe : 30820.

2006 : 18 avril; 2006 : 7 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella,
Charron et Rothstein.

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

Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Accès à des documents en vue de déterminer s'ils doivent être divulgués en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Les documents peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande en dépit de la revendication du secret professionnel de l'avocat? — La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la loi interdisant au Commissaire de divulguer les documents avant qu'une décision finale soit rendue? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.

Un juge de la Cour divisionnaire, qui révisait une décision du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, a ordonné que l'avocate de l'auteure de la demande ait accès à des documents, même si le ministère des Services correctionnels revendiquait à leur égard le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il a traité la motion en vue d'y avoir accès comme si elle n'émanait pas de l'auteure de la demande, mais de son avocate en vue de sa plaidoirie sur l'assujettissement des documents à l'obligation de

was made subject to a confidentiality undertaking. The Divisional Court and of the Ontario Court of Appeal upheld that decision and found that the judge had discretion to order disclosure.

Held: The appeal should be allowed.

Records subject to a claim of solicitor-client privilege may be ordered disclosed only where absolutely necessary — a test just short of absolute prohibition. A different test is not justified for access to information cases. Here, the evidence revealed no such absolute necessity, and any records claimed to be subject to solicitor-client privilege should not be disclosed. It is difficult to envisage circumstances where this test could be met if the sole purpose of disclosure is to facilitate argument by requester's counsel on the question of whether privilege is properly claimed. While the principle of hearing from both sides of an issue is to be departed from only in exceptional cases, judges are well acquainted with privilege and well equipped to determine if a record is subject to it. [20-25]

The procedural provisions of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* apply to the Commissioner, not the courts which are bound rather by the legislation governing their procedures on judicial review. Since the provisions of the Act prohibiting the Commissioner from disclosing any records until a final decision is made are procedural, the matter of disclosure is accordingly left to the court's discretion, subject to statutory or common law rules. Where no common law rule prescribes the manner in which to deal with records, the court must adopt a procedure which will protect the confidentiality of records until a substantive decision is made. [30-32]

In this case, the judge of the Divisional Court considered the appropriateness of the confidentiality undertaking and that the integrity of counsel providing the undertaking had not been attacked. His approach was correct to the extent the records were not privileged and confidentiality had been claimed on some other basis. However, in the case of documents subject to solicitor-client privilege, this approach was inappropriate unless the "absolute necessity" test was met. [33]

divulgence prévue par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. L'ordonnance lui a accordé l'accès aux documents sous réserve qu'elle signe un engagement de non-divulgence. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé cette décision et conclu que le juge avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La divulgation de documents visés par une revendication du secret professionnel de l'avocat ne peut être ordonnée qu'en cas de nécessité absolue — un critère tout juste en deçà d'une interdiction absolue. Rien ne justifie un critère différent relativement aux demandes d'accès à l'information. En l'espèce, la preuve n'a pas établi une telle nécessité absolue et aucun document à l'égard duquel le secret professionnel de l'avocat était invoqué ne devait être divulgué. Il est difficile d'imaginer une situation qui réponde à ce critère dans un cas où la divulgation vise seulement à aider l'avocat de l'auteur d'une demande à débattre du bien-fondé de la revendication du privilège. Bien que seules des circonstances exceptionnelles puissent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question, les juges s'y connaissent bien en matière de privilège et ils sont en mesure de déterminer si un document est protégé. [20-25]

Les dispositions de nature procédurale de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* s'appliquent au Commissaire, et non aux tribunaux qui sont plutôt liés par les textes législatifs régissant leur procédure de révision judiciaire. Comme les dispositions interdisant au Commissaire de divulguer des documents avant qu'une décision finale soit rendue sont de nature procédurale, la question de la divulgation est laissée à la discrétion de la cour, sous réserve des lois et des règles de common law. En l'absence de règle de common law régissant la façon de traiter les documents, la cour doit adopter une procédure qui en protège la confidentialité jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond. [30-32]

En l'espèce, le juge de la Cour divisionnaire a examiné l'opportunité de l'engagement de non-divulgence et noté que l'intégrité de l'avocate qui signait cet engagement n'était pas remise en cause. Sa façon de procéder était la bonne, dans la mesure où les documents n'étaient pas protégés, mais où leur confidentialité était invoquée sur un autre fondement. Néanmoins, dans le cas de documents visés par le secret professionnel de l'avocat, cette approche n'était pas appropriée, à moins que le critère de la « nécessité absolue » ne soit respecté. [33]

Cases Cited

Applied: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; **distinguished:** *Fuda v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701; **referred to:** *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 135(2), 137(2).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 1(a), (b), 19, 52(3), (4), (5), (6), (8), (13), 54(2), 55.
Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, ss. 2(1), 10.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Catzman and Lang J.J.A.), [2005] O.J. No. 66 (QL), affirming a judgment of the Divisional Court (MacFarland, McCombs and Wilson J.J.), [2004] O.J. No. 894 (QL), affirming a judgment of Blair J., [2003] O.J. No. 4621 (QL), allowing the motion of the requester's counsel for access to sealed records. Appeal allowed.

Sara Blake and Lise Favreau, for the appellant.

William S. Challis, for the respondent David Goodis.

M. Philip Tunley and Christine L. Lonsdale, for the respondent Jane Doe.

Christopher M. Rugar, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

The primary issue in this appeal is whether a judge reviewing a decision of the Ontario

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; **distinction d'avec l'arrêt :** *Fuda c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 1a), b), 19, 52(3), (4), (5), (6), (8), (13), 54(2), 55.
Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2(1), 10.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 135(2), 137(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Catzman et Lang), [2005] O.J. No. 66 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges MacFarland, McCombs et Wilson), [2004] O.J. No. 894 (QL), confirmant une décision du juge Blair, [2003] O.J. No. 4621 (QL), qui avait accueilli la motion présentée par l'avocate de l'auteur de la demande en vue d'avoir accès aux documents mis sous scellés. Pourvoi accueilli.

Sara Blake et Lise Favreau, pour l'appelant.

William S. Challis, pour l'intimé David Goodis.

M. Philip Tunley et Christine L. Lonsdale, pour l'intimée M^{me} Unetelle.

Christopher M. Rugar, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

La principale question à trancher dans le présent pourvoi est la suivante : Le juge qui révisé une

Information and Privacy Commissioner (“Commissioner”) may grant the requester’s counsel access to records, which are subject to a claim of solicitor-client privilege (“*secret professionnel de l’avocat*” in the French version of the relevant statutory provision), for purposes of arguing whether those records should be disclosed under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (“*Access Act*”).

The Ontario *Access Act* serves two stated purposes. One is “to provide a right of access to information” under the control of government (s. 1(a)). The other is “to protect the privacy of individuals with respect to personal information” (s. 1(b)). This appeal is about access to information.

A judge of the Divisional Court ordered disclosure of the records to the requester’s counsel. A panel of the Ontario Divisional Court and the Ontario Court of Appeal found that the judge had the discretion to order disclosure. In their view, the records, even those claimed to be solicitor-client privileged, could be disclosed to counsel for the requester subject to an appropriate confidentiality undertaking.

I am of the opinion that disclosure to a requester’s counsel of records subject to a claim of solicitor-client privilege may only be ordered where absolutely necessary. The Ontario courts erred by not applying the absolute necessity test. Had the proper test been applied, the disclosure of records claimed to be subject to solicitor-client privilege would not have been ordered.

II. Facts

The procedural history leading to this appeal is somewhat complicated. It is not necessary to refer to every detail. The requester, Jane Doe,

décision du Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario (« Commissaire ») peut-il ordonner que l’accès à des documents visés par une revendication du privilège du « secret professionnel de l’avocat » (« *solicitor-client privilege* » dans le texte anglais de la disposition législative pertinente) soit accordé à l’avocate de l’auteur de la demande d’accès, afin qu’elle prépare sa plaidoirie sur leur assujettissement à l’obligation de divulgation imposée par la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« *Loi sur l’accès* »)?

La *Loi sur l’accès* de l’Ontario vise deux objets énoncés expressément soit, d’une part, « procurer un droit d’accès à l’information » régie par le gouvernement (al. 1a)) et, d’autre part, « protéger la vie privée des particuliers que concernent les renseignements personnels » (al. 1b)). Le présent appel porte sur l’accès à l’information.

Un juge de la Cour divisionnaire a ordonné la divulgation des documents à l’avocate de l’auteur de la demande. Un tribunal de juges de la Cour divisionnaire de l’Ontario ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario ont conclu que le juge avait le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la divulgation. À leur avis, les documents — même ceux à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat était invoqué — pouvaient être divulgués à l’avocate de l’auteur de la demande, à condition que cette avocate signe un engagement de non-divulgation approprié.

Je suis d’avis que la divulgation, à l’avocat de l’auteur d’une demande d’accès, de documents visés par une revendication du secret professionnel de l’avocat ne peut être ordonnée que si elle est absolument nécessaire. Les tribunaux ontariens ont commis une erreur en n’appliquant pas le critère de la nécessité absolue. Si le bon critère avait été appliqué, la divulgation de tels documents n’aurait pas été ordonnée.

II. Faits

L’historique des procédures qui ont conduit au présent pourvoi est plutôt compliqué. Il n’est pas nécessaire d’en relater tous les détails. L’auteure

2

3

4

5

is a journalist. Pursuant to the *Access Act*, she requested all records relating to allegations of sexual abuse of offenders by probation officers employed by the Ontario Ministry of Correctional Services in Cornwall, Ontario. The Ministry identified 459 pages of relevant records but refused to disclose them on various grounds. The requester appealed the Ministry's decision to the Commissioner. By Order PO-1999 dated March 13, 2002, an adjudicator in the office of the Commissioner ordered disclosure of 19 of the 459 pages.

6 The Ministry filed an application for judicial review in the Ontario Divisional Court seeking to quash the Commissioner's Order PO-1999 ordering disclosure of the 19 pages. By order dated April 22, 2003, the 459 pages were sealed (the private record).

7 On October 20, 2003, the requester filed a notice of motion in the Divisional Court for an order granting *her* access to the private record upon the filing of a confidentiality undertaking. The motion came before Blair J. (as he then was). Blair J. treated the motion as one for access for the *requester's counsel* in order to enable counsel to argue the judicial review and not for access to the requester herself.

8 In his endorsement of October 24, 2003, Blair J. acknowledged the Ministry's submission that the 19 pages ordered disclosed were subject to solicitor-client privilege and that those were the only pages at issue in the judicial review. While he noted that "the matter is not free from doubt", he ordered disclosure of the entire private record to the requester's counsel subject to a confidentiality undertaking. He wrote:

de la demande, M^{me} Unetelle, est journaliste. Elle a présenté, en vertu de la *Loi sur l'accès*, une demande d'accès à tous les documents relatifs à des allégations d'abus sexuels qui auraient été commis sur des délinquants, à Cornwall en Ontario, par des agents de probation employés par le ministère des Services correctionnels de l'Ontario. Le Ministère a recensé 459 pages de documents pertinents, mais il a refusé de les divulguer pour divers motifs. L'auteure de la demande a interjeté appel de la décision du Ministère devant le Commissaire. Dans l'ordonnance PO-1999, datée du 13 mars 2002, un arbitre du Bureau du Commissaire a ordonné la divulgation de 19 des 459 pages.

Le Ministère a déposé une requête en révision judiciaire à la Cour divisionnaire de l'Ontario, en vue de faire annuler l'ordonnance PO-1999 du Commissaire qui ordonnait la divulgation des 19 pages. Les 459 pages (le dossier privé) ont été mises sous scellés (ou « fermées », pour reprendre le terme utilisé dans la loi) conformément à une ordonnance datée du 22 avril 2003.

Le 20 octobre 2003, l'auteure de la demande a déposé un avis de motion devant la Cour divisionnaire en vue d'obtenir *elle-même* accès au dossier privé, sous réserve de la signature d'un engagement de non-divulgence. C'est le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel) qui a été saisi de la motion. Il l'a traitée comme si elle visait à ce que, non pas l'auteure de la demande, mais *son avocate* ait accès aux documents en vue de sa plaidoirie dans la procédure de révision judiciaire.

Dans son jugement manuscrit du 24 octobre 2003, le juge Blair a fait état de l'argument du Ministère portant que les 19 pages visées par l'ordonnance de divulgation étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qu'il s'agissait des seules pages litigieuses dans le cadre de la révision judiciaire. Bien qu'il ait noté que [TRADUCTION] « la question continue à soulever des doutes », il a ordonné la divulgation de l'ensemble du dossier privé à l'avocate de l'auteure de la demande, sous réserve qu'elle signe un engagement de non-divulgence. Le juge Blair a écrit :

I include all 458 [*sic*] pages of the Private Record because it is not entirely clear to me — notwithstanding the submission that the judicial review is limited to the 19 pages — that the remaining documents in the Private Record, or some of them may not have relevance on the appeal.

([2003] O.J. No. 4621 (QL), at para. 3)

In making his order, Blair J. relied on the principles enunciated and the practices referred to in such cases as *Fuda v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (Div. Ct.), and *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186 (C.A.).

The Ministry moved before a panel of the Divisional Court to set aside the order of Blair J. The motion was dismissed on January 26, 2004: [2004] O.J. No. 894 (QL). In its endorsement, the panel does not refer to solicitor-client privilege but only to the Ministry's argument that under the *Access Act*, the court is limited to the powers vested in the Commissioner. In the view of the panel, a judge of the Divisional Court has jurisdiction to control the court's process and to ensure procedural fairness to all parties. The panel accepted the argument that "it may be of assistance, both to counsel and to the court, to see the documents ordered produced as well as those that were not, to make what he or she [counsel for the requester] can of any distinctions, and to provide context" (para. 4). The panel found that Blair J. did not commit a palpable and overriding error that would justify interfering with his discretionary order.

By order dated January 14, 2005, the Ontario Court of Appeal dismissed the Ministry's appeal of the order of the panel of the Divisional Court: [2005] O.J. No. 66 (QL). In the view of the Court of Appeal, Blair J., as a judge of the Divisional Court, had jurisdiction to control the process of the court and to ensure procedural fairness to all parties.

[TRANSDUCTION] J'inclus en totalité les 458 [*sic*] pages du dossier privé parce qu'il n'est pas parfaitement clair selon moi — malgré l'argument selon lequel la révision judiciaire porte uniquement sur les 19 pages — que les autres documents du dossier privé, ou certains d'entre eux, ne peuvent pas être pertinents à l'appel.

([2003] O.J. No. 4621 (QL), par. 3)

Pour prononcer cette ordonnance, le juge Blair s'est fondé sur les principes énoncés et les pratiques évoquées dans des décisions comme *Fuda c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (C. div.), et *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186 (C.A.).

Le Ministère a présenté une motion à un tribunal de juges de la Cour divisionnaire en vue de faire annuler l'ordonnance du juge Blair. La motion a été rejetée le 26 janvier 2004 : [2004] O.J. No. 894 (QL). Dans leur jugement manuscrit, les juges ne font pas référence au secret professionnel de l'avocat et se contentent de mentionner l'argument du Ministère selon lequel les pouvoirs de la Cour, sous le régime de la *Loi sur l'accès*, se limitent à ceux conférés au Commissaire. Selon eux, un juge de la Cour divisionnaire a compétence pour contrôler le déroulement de l'instance et pour garantir que toutes les parties bénéficient de l'équité procédurale. Ils ont retenu l'argument selon lequel [TRANSDUCTION] « il peut être utile, tant pour les avocats que pour la Cour, de consulter à la fois les documents dont la production a été ordonnée et ceux qui n'étaient pas visés par l'ordonnance, pour que [l'avocate de l'auteur de la demande] puisse tirer partie de toute distinction, et pour établir le contexte » (par. 4). Les juges ont conclu que le juge Blair n'avait pas commis d'erreur manifeste et dominante qui justifierait que la Cour modifie son ordonnance discrétionnaire.

Dans une ordonnance datée du 14 janvier 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel par le Ministère de l'ordonnance du tribunal de juges de la Cour divisionnaire : [2005] O.J. No. 66 (QL). Selon la Cour d'appel, le juge Blair, à titre de juge de la Cour divisionnaire, avait compétence pour contrôler le déroulement de l'instance et garantir

Blair J.'s disclosure order was a discretionary one made within his jurisdiction.

III. Analysis

11 There are two issues in this appeal:

- (a) Can the records in issue be disclosed to counsel for the requester notwithstanding the Ministry's claim of solicitor-client privilege?
- (b) Is the Divisional Court bound by the provisions of the *Access Act* such that the prohibition on the Commissioner's disclosing records applies to the court?

A. *Solicitor-Client Privilege*

(1) Introduction

12 The Ministry has claimed that all the documents in the private record are exempt from disclosure under s. 19 of the *Access Act*, which provides:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

Section 19 applies to two categories of documents: (1) communications between a solicitor and his or her client and (2) documents prepared in contemplation of or for use in litigation. Section 19 recognizes these common law privileges: solicitor-client communication privilege and litigation privilege.

13 In their submissions to this Court on appeal, the parties have restricted their arguments to solicitor-client privilege. They have not addressed litigation privilege. This decision, therefore, will deal solely with solicitor-client privilege, i.e., communications

que toutes les parties bénéficient de l'équité procédurale. L'ordonnance de divulgation du juge Blair relevait du pouvoir discrétionnaire dont il était investi.

III. Analyse

Deux questions doivent être tranchées dans le présent pourvoi :

- a) Les documents en cause peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteur de la demande, en dépit de la revendication par le Ministère du secret professionnel de l'avocat?
- b) La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès* de telle sorte que l'interdiction faite au Commissaire de divulguer les documents s'applique à la cour?

A. *Le secret professionnel de l'avocat*

(1) Introduction

Le Ministère a soutenu que, par application de l'art. 19 de la *Loi sur l'accès*, tous les documents qui se trouvent dans le dossier privé sont soustraits à la divulgation.

19 La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

L'article 19 s'applique à deux catégories de documents : (1) les communications entre un avocat et son client et (2) les documents préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. L'article 19 reconnaît les privilèges de common law suivants : le privilège des communications entre avocat et client et le privilège relatif au litige.

Les parties ont limité leurs arguments en appel devant la Cour à la question du secret professionnel de l'avocat. Elles n'ont pas traité du privilège relatif au litige. Par conséquent, la présente décision traitera exclusivement du secret professionnel

between solicitor and client and not with litigation privilege.

(2) Jurisprudence

In a series of cases, this Court has dealt with the question of the circumstances in which communications between solicitor and client may not be disclosed. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875, Lamer J., on behalf of a unanimous Court, formulated a substantive rule to apply when communications between solicitor and client are likely to be disclosed without the client's consent:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

The substantive rule laid down in *Descôteaux* is that a judge must not interfere with the confidentiality of communications between solicitor and client "except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation". In *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, it was found that a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that authorized the

de l'avocat, soit du privilège des communications entre avocat et client, et non du privilège relatif au litige.

(2) Jurisprudence

Dans une série d'arrêts, la Cour a traité des circonstances dans lesquelles les communications entre un avocat et son client ne peuvent être divulguées. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875, le juge Lamer, qui exprimait l'opinion unanime de la Cour, a formulé une règle de fond à appliquer lorsque les communications entre un avocat et son client sont susceptibles d'être dévoilées sans le consentement de ce dernier :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Selon la règle de fond énoncée dans *Descôteaux*, un juge ne peut porter atteinte à la confidentialité des communications entre un avocat et son client « que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante ». Dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, la Cour a conclu qu'une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise

seizure of documents from a law office was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it permitted the automatic loss of solicitor-client privilege. That decision further emphasized the fundamental nature of the substantive rule. It is, therefore, incumbent on a judge to apply the “absolutely necessary” test when deciding an application for disclosure of such records.

16 This strict approach had been followed earlier in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14. At p. 459, Major J. stated:

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

17 Of particular significance is that the question of disclosure of solicitor-client privileged communications does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. By contrast, Blair J. followed the decision of the Divisional Court in *Fuda* where Lang J. laid out different principles for the disclosure of records to a requester’s counsel for the purpose of arguing the judicial review of an access to information decision. At para. 33 of *Fuda*, Lang J. states:

In other words, the decision on whether to grant access to the private record is fact specific. . . . A balancing is needed; a balancing between, on the one hand, ensuring that a court operating in an adversarial context has the benefit of full and informed submissions, and, on the other hand, ensuring that highly sensitive information is not improperly accessed, particularly where such access would cause harm to uninvolved third parties. [Emphasis added.]

18 While a fact-specific balancing may have been appropriate in *Fuda*, it cannot, having regard to this Court’s categorical jurisprudence, apply where the records involve communications between solicitor and client.

la saisie de documents dans un cabinet d’avocats était abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce qu’elle permettait la perte automatique du secret professionnel de l’avocat. Cette décision a souligné encore davantage la nature fondamentale de la règle de fond. Le juge doit donc appliquer le critère de l’« absolue nécessité » lorsqu’il statue sur une demande de divulgation de tels documents.

Cette approche stricte avait déjà été suivie dans *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14. À la page 459, le juge Major a affirmé :

Toutefois, le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

Le fait que la question de la divulgation des communications confidentielles échangées entre un avocat et son client ne nécessite pas une évaluation des intérêts au cas par cas est particulièrement important. Or, le juge Blair a suivi la décision *Fuda*, de la Cour divisionnaire, dans laquelle la juge Lang a énoncé des principes différents à appliquer pour décider si des documents doivent être divulgués à l’avocat de l’auteur d’une demande d’accès en vue de sa plaidoirie dans la procédure de révision judiciaire en matière d’accès à l’information. Dans *Fuda*, la juge Lang a affirmé, au par. 33 :

[TRADUCTION] En d’autres termes, la décision de donner accès au dossier privé dépend des faits de chaque cause. [. . .] il faut procéder à une évaluation; c’est-à-dire pondérer la nécessité, d’une part, qu’une cour de justice œuvrant dans un contexte contradictoire dispose d’observations complètes et éclairées et, d’autre part, d’éviter tout accès inopportun à de l’information très sensible, en particulier lorsqu’un tel accès causerait un préjudice à des tiers qui ne sont pas mêlés à l’affaire. [Je souligne.]

Si dans *Fuda*, il a pu être approprié de procéder à une évaluation en fonction des faits propres à chaque cas, la jurisprudence catégorique de la Cour indique que ce ne saurait être le cas lorsque les documents en cause concernent des communications entre un avocat et son client.

Although raised, it appears from the record that the question of solicitor-client privilege was not the primary focus of argument before the Ontario courts. It is perhaps for that reason that the Ontario courts were of the view that procedural fairness required disclosure of the records to the counsel for the requester. However, in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31, Major J. explained that privilege and procedural fairness co-exist without being at the expense of each other. As he stated at para. 31:

Procedural fairness does not require the disclosure of a privileged legal opinion. [Privilege and procedural fairness] may co-exist without being at the expense of the other The concept of fairness permeates all aspects of the justice system, and important to it is the principle of solicitor-client privilege.

(3) Meaning of Absolute Necessity

Absolute necessity is as restrictive a test as may be formulated short of an absolute prohibition in every case. The circumstances in which the test has been met exemplify its restrictive nature. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 841, for example, it was found that subject to strict safeguards, mail received by an inmate at a penitentiary could be inspected to maintain the safety and security of the penitentiary. Similarly, in *McClure*, it was found that documents subject to privilege could be disclosed where there was a genuine danger of wrongful conviction because the information was not available from other sources and the accused could not otherwise raise a reasonable doubt as to his guilt.

While I cannot rule out the possibility, it is difficult to envisage circumstances where the absolute necessity test could be met if the sole purpose of disclosure is to facilitate argument by the requester's counsel on the question of whether privilege is properly claimed. Hearing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances. However, privilege is

Même si la question du secret professionnel de l'avocat a été soulevée, il ressort du dossier qu'elle ne constituait pas l'argument principal soumis aux tribunaux ontariens. C'est peut-être pourquoi ces derniers étaient d'avis que l'équité procédurale exigeait la divulgation des documents à l'avocate de l'auteur de la demande. Toutefois, dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31, le juge Major a expliqué que le privilège avocat-client et l'équité procédurale coexistent sans que l'un ne nuise à l'autre. Il a affirmé au par. 31 :

L'équité procédurale n'exige pas la divulgation d'un avis juridique protégé par le privilège avocat-client. [Le privilège et l'équité procédurale] peuvent coexister sans que l'un ne nuise à l'autre [. . .] La notion d'équité imprègne tous les aspects du système de justice, et l'un de ses aspects fondamentaux est le privilège avocat-client.

(3) Définition de l'absolue nécessité

L'absolue nécessité est le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d'une interdiction absolue dans tous les cas. Les circonstances dans lesquelles il a été satisfait à ce critère illustrent sa nature restrictive. À titre d'exemple, dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 841, la Cour a statué que, sous réserve de mesures strictes de protection, le courrier adressé à un détenu incarcéré dans un pénitencier peut être inspecté pour le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution. De même, dans *McClure*, la Cour a conclu que les documents protégés par le privilège pouvaient être divulgués en présence d'un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée, parce que l'information ne pouvait être obtenue ailleurs et que l'accusé était incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Bien que je ne puisse écarter la possibilité qu'une situation réponde au critère de la nécessité absolue dans un cas où la divulgation vise seulement à aider l'avocat de l'auteur d'une demande à débattre du bien-fondé de la revendication du privilège, une telle situation est difficile à imaginer. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre

19

20

21

a subject with which judges are acquainted. They are well equipped in the ordinary case to determine whether a record is subject to privilege. There is no evidence in this case that disclosure of records to counsel for the purpose of arguing whether or not they are privileged is absolutely necessary.

(4) Judicial Workload

22

It is suggested that the need to examine many records could place an undue burden on the reviewing judge. It is not obvious that disclosure to the requester's counsel will necessarily reduce that workload. In any event, there are techniques available to help reduce the volume of information that must be reviewed. At a minimum, for example, the 459 pages could be organized in categories that exhibit common characteristics relevant to the solicitor-client privilege. Nor do I see how an increase in judicial workload or other administrative considerations make absolutely necessary disclosure to the requester's counsel for the purpose of arguing the judicial review application. Convenience is not a reason to release information subject to a claim of solicitor-client privilege.

(5) Conclusion on Solicitor-Client Privilege

23

In sum, I agree with the Ministry that there is no justification for establishing a new or different test for disclosure of records subject to a claim for solicitor-client privilege in an access to information case.

24

I am of the respectful opinion that the Ontario courts were in error in permitting disclosure of all the documents in this case. The appropriate test for any document claimed to be subject to solicitor-client privilege is "absolute necessity".

le point de vue des deux parties sur une question. En revanche, les juges s'y connaissent en matière de privilège. Ordinairement, ils sont en mesure de déterminer si un document est protégé. En l'espèce, aucune preuve n'établit la nécessité absolue de la divulgation des documents à l'avocate afin qu'elle prépare sa plaidoirie quant à leur caractère privilégié ou non.

(4) La charge de travail du juge

On laisse entendre que la nécessité d'examiner de nombreux documents entraînerait une charge de travail indue pour le juge saisi de la révision. Il ne va pas de soi que la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande réduirait nécessairement cette charge de travail. Quoi qu'il en soit, il existe des techniques pour réduire le volume de l'information qui doit être examinée. À titre d'exemple, les 459 pages pourraient à tout le moins être organisées selon des catégories de documents présentant des caractéristiques communes, pertinentes au privilège avocat-client. Je ne vois pas non plus en quoi un accroissement de la charge de travail du juge — ou quelque autre considération administrative — rend absolument nécessaire la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande en vue du débat sur la demande de révision judiciaire. La commodité n'est pas un motif pour divulguer de l'information visée par une revendication du secret professionnel de l'avocat.

(5) Conclusion quant au secret professionnel de l'avocat

En somme, je souscris à la thèse du Ministère selon laquelle rien ne justifierait qu'un critère nouveau ou différent soit établi quant à la divulgation de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué dans le cadre d'une demande d'accès à l'information.

Je suis d'avis que les cours de l'Ontario ont commis une erreur en autorisant la divulgation de tous les documents en l'espèce. Le critère applicable à tout document visé par une revendication du secret professionnel de l'avocat est celui de la

That test was not applied. Had it been, disclosure of all the records would not have been ordered.

I am mindful that openness of the court's process is a recognized principle. However, as with all general principles, there are exceptions. Records that are subject to a claim of solicitor-client privilege in an access to information case are such an exception. Absent absolute necessity in order to achieve the end sought by the enabling legislation, such records may not be disclosed. As stated, the evidence disclosed no such absolute necessity in this case.

B. *Access Act*

The Ministry has argued that a court hearing a judicial review of the Commissioner's decision is bound by the provisions of the *Access Act* that prohibit the Commissioner from disclosing any records until a final decision is made. I am unable to agree.

(1) Textual Analysis

The provisions of the *Access Act* which the Ministry cites are specifically referable to the Commissioner: s. 55 and ss. 52(3), 52(4), 52(5), 52(13) and 54(2). If it had been the intention of the Legislature that the courts be subject to the same strictures, it would have been very easy and indeed, very obvious, for the Legislature to have stated such intention in express terms. The Ontario Legislature did not do so even though there is no doubt that a decision of the Commissioner could be subject to judicial review.

Moreover, there are provisions in the *Access Act* applicable to the Commissioner that could never be applicable to the court. For example, under s. 52(6), a head may *require* the Commissioner to examine a document at its site. It would be highly unusual that a court be *required* to inspect documents on site. By contrast, s. 10 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, which by virtue of s. 2(1)

« nécessité absolue ». Ce critère n'a pas été appliqué. S'il l'avait été, la divulgation de tous les documents n'aurait pas été ordonnée.

Je suis conscient que la transparence des débats judiciaires est un principe reconnu. Par contre, comme tous les principes généraux, il souffre certaines exceptions. Les documents à l'égard desquels une partie invoque le secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une demande d'accès à l'information constituent une telle exception. À moins que cela ne soit absolument nécessaire à la réalisation de la fin recherchée par la loi habilitante, de tels documents ne peuvent être divulgués. Tel qu'il a été mentionné, en l'espèce, aucun élément de preuve n'établissait une telle nécessité absolue.

B. *Loi sur l'accès*

Le Ministère a fait valoir qu'une cour saisie de la révision judiciaire d'une décision du Commissaire est liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès* qui interdisent à ce dernier de divulguer quelque document que ce soit avant qu'une décision finale soit rendue. Je ne puis souscrire à ce point de vue.

(1) Analyse du texte de la loi

Les dispositions de la *Loi sur l'accès* citées par le Ministère mentionnent expressément le Commissaire : art. 55 et par. 52(3), 52(4), 52(5), 52(13) et 54(2). Si le législateur avait voulu que les tribunaux soient assujettis aux mêmes restrictions, il lui aurait été facile, et il lui aurait paru évident, d'exprimer clairement cette intention. Le législateur ontarien ne l'a pas fait, même s'il était clair qu'une décision du Commissaire pouvait faire l'objet d'une révision judiciaire.

En outre, certaines dispositions de la *Loi sur l'accès* qui s'appliquent au Commissaire ne pourraient jamais être applicables à la cour. À titre d'exemple, selon le par. 52(6), une personne responsable peut *exiger* que le Commissaire consulte un document sur place. Il serait très inhabituel qu'on *exige* d'une cour qu'elle consulte un document sur place. Au contraire, l'art. 10 de la *Loi sur la procédure de*

25

26

27

28

is directly applicable to the court's proceedings, requires that the record of the Commissioner be filed with the court.

29 Similarly, under s. 52(8), the Commissioner may summon and examine on oath any person who, in the Commissioner's opinion, may have information relating to the inquiry. In a matter involving the *Access Act*, the court is conducting a judicial review and, except in extraordinary circumstances, witnesses will not be examined. In any event, the court will not summon and examine witnesses on its own initiative.

30 On a textual analysis of the *Access Act*, therefore, I do not see that its procedural provisions applicable to the Commissioner apply to the court. There is no express reference to the judicial review of a decision of the Commissioner under the *Access Act* and some of the provisions could not logically have been intended to bind the court on judicial review. Rather, I think it must follow that the court is bound by the legislation governing the court's procedures on judicial review, the *Judicial Review Procedure Act* and the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. The *Courts of Justice Act* provides that the court may order the exclusion of the public from hearings (s. 135(2)) or that any document filed before it be treated as confidential, sealed and not form part of the public record (s. 137(2)) as was done in this case.

(2) Jurisdiction on Judicial Review

31 In support of its position that the court is bound by the provisions of the *Access Act*, the Ministry submits that, on judicial review, a court cannot have more powers than the decision-maker under review. In this case, the decision-maker under review is the Commissioner. While it is true that a court sitting on judicial review does not have more substantive decision-making powers than the Commissioner, it does not follow that the court is bound by the procedures applicable to

révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, que le par. 2(1) rend directement applicable aux procédures judiciaires, exige que le dossier du Commissaire soit déposé au greffe.

De même, en vertu du par. 52(8), le Commissaire peut assigner à comparaître et interroger sous serment la personne qui, à son avis, pourrait avoir des renseignements relatifs à l'enquête. Dans une affaire concernant l'application de la *Loi sur l'accès*, la cour procède à une révision judiciaire et, sauf circonstances extraordinaires, aucun témoin n'est interrogé. Quoi qu'il en soit, la cour n'assigne et n'interroge pas de témoins de sa propre initiative.

Après avoir analysé le texte de la *Loi sur l'accès*, je ne crois pas que les dispositions régissant la procédure devant le Commissaire s'appliquent à la cour. Aucune disposition de la *Loi sur l'accès* ne fait expressément référence au contrôle judiciaire d'une décision du Commissaire et certaines de ses dispositions ne pourraient pas logiquement viser à lier la cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire. J'estime donc que la cour est plutôt assujettie aux textes législatifs qui régissent sa procédure de révision judiciaire, soit la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* et la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. Cette dernière permet au tribunal d'ordonner le huis clos (par. 135(2)) et d'ordonner qu'un document déposé dans une instance civile soit traité comme un document confidentiel, qu'il soit fermé et qu'il ne fasse pas partie du dossier public (par. 137(2)), comme cela a été fait en l'espèce.

(2) Compétence en matière de révision judiciaire

Au soutien de sa thèse selon laquelle la cour est liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès*, le Ministère fait valoir que, dans le cadre de la révision judiciaire d'une décision, les pouvoirs de la cour ne peuvent excéder ceux de l'instance qui a rendu la décision. En l'espèce, il s'agit du Commissaire. Bien qu'il soit vrai que la cour saisie d'une demande de révision judiciaire ne possède pas, sur le fond, un pouvoir décisionnel plus étendu que celui du Commissaire, il ne s'ensuit pas qu'elle

the Commissioner. The provisions that allow for the Commissioner's hearing to be held in private or prohibit the Commissioner from disclosing records prior to deciding that they must be disclosed are procedural in nature. The procedure of the court is governed by the provisions of the relevant statutes and rules that apply to the court.

(3) Protection for Documents Under the *Access Act*

I acknowledge that if the procedures in the *Access Act* that apply to the Commissioner are not directly applicable to the court on judicial review, the matter of disclosure is left to the discretion of the court (subject to statutory and common law rules such as those pertaining to documents over which privilege is claimed). However, in the case of judicial review proceedings relating to the *Access Act*, it is obvious that the court's adjudicative process must not result in disclosure of contested documents and thereby pre-empt the court's substantive ruling on the issue. Where no common law rule prescribes the manner in which to deal with records, the court must adopt a procedure that will protect the confidentiality of records until a substantive decision is made.

The precise terms upon which disclosure may be ordered to the requester's counsel for purposes of arguing a judicial review is within the discretion of the judge. In this case, Blair J. considered the appropriateness of the confidentiality undertaking and that there was no attack on the integrity of counsel providing the undertaking. These were relevant considerations. To the extent records are not subject to a claim for solicitor-client privilege, but confidentiality is claimed on some other basis, I agree with the approach of Blair J. However, in the case of documents subject to solicitor-client privilege, the approach adopted by Blair J. is not appropriate unless the "absolute necessity" test is met.

est liée par les règles de procédure applicables au Commissaire. Les dispositions qui permettent au Commissaire de tenir une audience à huis clos ou qui lui interdisent de divulguer des documents avant qu'il ne soit décidé qu'ils doivent être divulgués sont de nature procédurale. Or, la procédure de la cour est régie par les lois et règles pertinentes qui s'appliquent à la cour.

(3) Protection des documents sous le régime de la *Loi sur l'accès*

Je conviens que si les règles de procédure énoncées dans la *Loi sur l'accès* et applicables au Commissaire ne s'appliquent pas directement à la cour saisie d'une demande de révision judiciaire, la question de la divulgation est laissée à la discrétion du tribunal (sous réserve des lois et des règles de common law comme celles relatives aux documents dont on soutient qu'ils sont protégés par un privilège). Néanmoins, dans le cas d'une procédure de révision judiciaire concernant l'application de la *Loi sur l'accès*, il est évident que le processus décisionnel de la cour ne doit pas entraîner la divulgation des documents litigieux et, de ce fait, court-circuiter la décision de la cour sur le fond. En l'absence de règle de common law régissant la façon de traiter les documents, la cour doit adopter une procédure qui en protégera la confidentialité jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond.

Les conditions précises qui peuvent être incluses dans une ordonnance de divulgation des documents à l'avocat de l'auteur d'une demande en vue de la révision judiciaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge. En l'espèce, le juge Blair a examiné l'opportunité de l'engagement de non-divulgation et noté que l'intégrité de l'avocate qui signait cet engagement n'était pas remise en cause. Ces considérations étaient pertinentes. Dans la mesure où les documents ne sont pas visés par une revendication du secret professionnel de l'avocat, mais lorsqu'on invoque leur confidentialité sur un autre fondement, j'approuve la façon de procéder du juge Blair. Néanmoins, dans le cas de documents visés par le secret professionnel de l'avocat, l'approche adoptée par le juge Blair n'est pas appropriée, à moins que le critère de la « nécessité absolue » ne soit respecté.

32

33

IV. Conclusion

34

I would allow the appeal and quash the decisions of the Ontario courts allowing the disclosure of the entire private record to the requester's counsel. Any records claimed to be subject to solicitor-client privilege should not be disclosed to the requester's counsel. Disclosure to counsel for purposes of arguing the judicial review of records not subject to a claim of solicitor-client privilege or that are found by the judge not to be so privileged, are, provided they are not governed by any other statutory or common law rule, subject to the discretion of the judge, having regard to the objective of protecting the confidentiality of records until a substantive decision is made and to considerations such as the appropriateness of a confidentiality undertaking. The matter should be remitted to the Divisional Court for redetermination in accordance with these reasons. The Ministry expressly did not request costs and none are ordered.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

52.— . . .

(3) The inquiry may be conducted in private.

(4) In an inquiry, the Commissioner may require to be produced to the Commissioner and may examine any record that is in the custody or under the control of an institution, despite Parts II and III of this Act or any other Act or privilege, and may enter and inspect any premises occupied by an institution for the purposes of the investigation.

IV. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'infirmier les décisions des cours ontariennes autorisant la divulgation de l'ensemble du dossier privé à l'avocate de l'auteure de la demande. Aucun document à l'égard duquel le secret professionnel de l'avocat est invoqué ne doit être divulgué à l'avocate de l'auteure de la demande. Quant aux documents qui ne font pas l'objet du secret professionnel de l'avocat ou à l'égard desquels le juge conclut qu'ils ne sont pas protégés par un tel privilège, s'ils ne sont régis par aucune autre loi ou règle de common law, leur divulgation à l'avocate en vue de la procédure de révision judiciaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui tiendra compte, d'une part, de l'objectif de protection de la confidentialité des documents jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond et, d'autre part, de considérations telle l'opportunité d'un engagement de non-divulgation. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour divisionnaire pour qu'elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. Le Ministère a expressément mentionné qu'il ne demande pas les dépens et aucune ordonnance n'est rendue à cet égard.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31

19 La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

52 . . .

(3) L'enquête peut se dérouler à huis clos.

(4) Malgré les parties II et III de la présente loi, et toute autre loi ou privilège, le commissaire peut, dans le cadre d'une enquête, exiger que lui soit communiqué un document dont une institution a la garde ou le contrôle et en faire l'examen. Il peut de même aux fins de l'enquête pénétrer dans les locaux d'une institution et en faire l'inspection.

(5) The Commissioner shall not retain any information obtained from a record under subsection (4).

(6) Despite subsection (4), a head may require that the examination of a record by the Commissioner be of the original at its site.

. . .

(8) The Commissioner may summon and examine on oath any person who, in the Commissioner's opinion, may have information relating to the inquiry, and for that purpose the Commissioner may administer an oath.

. . .

(13) The person who requested access to the record, the head of the institution concerned and any affected party shall be given an opportunity to make representations to the Commissioner, but no person is entitled to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

54.— . . .

(2) Where the Commissioner upholds a decision of a head that the head may refuse to disclose a record or a part of a record, the Commissioner shall not order the head to disclose the record or part.

55.—(1) The Commissioner or any person acting on behalf of or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their powers, duties and functions under this or any other Act.

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43

135. . . .

(2) The court may order the public to be excluded from a hearing where the possibility of serious harm or injustice to any person justifies a departure from the general principle that court hearings should be open to the public.

137. . . .

(2) A court may order that any document filed in a civil proceeding before it be treated as confidential, sealed and not form part of the public record.

(5) Le commissaire ne doit pas conserver les renseignements consignés dans un document communiqué en vertu du paragraphe (4).

(6) Malgré le paragraphe (4), la personne responsable peut exiger que le commissaire consulte sur place l'original du document.

. . .

(8) Le commissaire peut assigner à comparaître et interroger sous serment la personne qui, à son avis, pourrait avoir des renseignements relatifs à l'enquête. Il peut faire prêter serment à cette fin.

. . .

(13) Il doit être fourni à la personne qui a présenté une demande d'accès à un document, à la personne responsable de l'institution concernée, ainsi qu'à toute personne intéressée par les renseignements, l'occasion de présenter leurs observations au commissaire. Toutefois, nul n'a le droit d'être présent lors de la présentation faite par une autre personne, d'avoir accès à ces observations ou de les commenter.

54 . . .

(2) Si le commissaire confirme la décision de la personne responsable de refuser la divulgation d'un document en totalité ou en partie, il ne doit pas enjoindre à celle-ci de divulguer le document ou la partie visée.

55 (1) Le commissaire ou la personne qui agit pour son compte ou sous son autorité ne peuvent divulguer les renseignements portés à leur connaissance dans l'exercice de leurs attributions en vertu de la présente loi ou de toute autre loi.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43

135 . . .

(2) Le tribunal peut ordonner le huis clos si la possibilité qu'une personne subisse un préjudice important ou une injustice grave justifie une dérogation au principe général de la publicité des audiences des tribunaux.

137 . . .

(2) Le tribunal peut ordonner qu'un document déposé dans une instance civile soit traité comme un document confidentiel, qu'il soit fermé et qu'il ne fasse pas partie du dossier public.

Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1

2.—(1) On an application by way of originating notice, which may be styled “Notice of Application for Judicial Review”, the court may, despite any right of appeal, by order grant any relief that the applicant would be entitled to in any one or more of the following:

1. Proceedings by way of application for an order in the nature of mandamus, prohibition or certiorari.
2. Proceedings by way of an action for a declaration or for an injunction, or both, in relation to the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power.

10. When notice of an application for judicial review of a decision made in the exercise or purported exercise of a statutory power of decision has been served on the person making the decision, such person shall forthwith file in the court for use on the application the record of the proceedings in which the decision was made.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent David Goodis: Information and Privacy Commissioner, Toronto.

Solicitors for the respondent Jane Doe: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Canada, Ottawa.

Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1

2 (1) Sur requête par voie d’avis de requête, qui peut s’intituler « Avis de requête en révision judiciaire », la Cour peut, malgré tout droit d’appel, accorder par voie d’ordonnance tout redressement auquel le requérant aurait droit dans les cas suivants :

1. Une instance par voie de requête pour l’obtention d’une ordonnance de la nature d’un *mandamus*, d’une prohibition ou d’un *certiorari*.
2. Une instance par voie d’action en déclaration judiciaire ou en injonction ou les deux à la fois, relativement à l’exercice réel, projeté ou prétendu d’une compétence légale ou au refus de l’exercer.

10 Lorsqu’un avis d’une requête en révision judiciaire d’une décision rendue dans l’exercice réel ou prétendu d’une compétence légale de décision est signifié à la personne qui a rendu la décision, celle-ci dépose sans délai au greffe, aux fins de la requête, le dossier de l’instance d’où émane la décision.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelant : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intimé David Goodis : Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée, Toronto.

Procureurs de l’intimée M^{me} Unetelle : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l’intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.