

**Attorney General of Ontario, 3rd Party
Record Holder** *Appellant*

v.

**Lawrence McNeil, Her Majesty The Queen
and Chief of Barrie Police Service, 3rd Party
Record Holder** *Respondents*

and

**Attorney General of Alberta, Matthew
Marshall, Police Association of Ontario
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. McNEIL

Neutral citation: 2009 SCC 3.

File No.: 31852.

2008: March 19; 2009: January 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Production — Crown's duty to disclose — Corollary police obligation to disclose to Crown — Accused charged with drug-related offences — Crown's main police witness involved in drug-related misconduct leading to disciplinary proceedings and criminal charges — Accused sought production of arresting officer's police disciplinary records and criminal investigation files — Whether common law production regime for third party records applicable only in cases where these records attract reasonable expectation of privacy — Whether criminal investigation files relating to third party accused attract reasonable expectation of privacy — Whether police records relating to findings of misconduct by officer involved in investigation against accused fall within

* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Procureur général de l'Ontario, tiers
détenteur des dossiers** *Appelant*

c.

**Lawrence McNeil, Sa Majesté la Reine et
Chef du service de police de Barrie, tiers
détenteur des dossiers** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Alberta, Matthew
Marshall, Police Association of Ontario
et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. McNEIL

Référence neutre : 2009 CSC 3.

N^o du greffe : 31852.

2008 : 19 mars; 2009 : 16 janvier.

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

Droit criminel — Preuve — Production — Obligation du ministère public de communiquer la preuve — Obligation corollaire de la police de communiquer la preuve au ministère public — Accusé inculpé d'infractions relatives aux stupéfiants — Policier témoin principal du ministère public a fait preuve d'inconduite relative aux stupéfiants à l'origine de procédures disciplinaires et d'accusations criminelles — Accusé a demandé la production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle du policier qui a procédé à son arrestation — Le régime de common law de production de dossiers en la possession de tiers s'applique-t-il uniquement aux cas où ces dossiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers d'enquête criminelle relatifs à un tiers accusé ouvrent-ils droit à

* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

scope of first party disclosure package from police to Crown.

The accused was convicted on multiple drug charges. The arresting officer was the Crown's main witness. After his conviction but before sentencing, the accused learned that the arresting officer was engaged in drug-related misconduct that had led to both internal disciplinary proceedings under the Ontario *Police Services Act* and to criminal charges. In a preliminary motion before the Court of Appeal, the accused sought production of all documents related to the arresting officer's misconduct, claiming that he required this material to assist him in preparing an application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. The Court of Appeal held that an *O'Connor*-type procedure is only required in cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy, and concluded that no expectation of privacy existed in respect of the criminal investigation files. Subject to appropriate redactions and the resolution of any privilege claims, the Court of Appeal ordered the third parties to produce the criminal investigation files in their possession related to the charges against the arresting officer to the federal Crown prosecuting the accused's case. Subsequently, the arresting officer pleaded guilty to one of the criminal charges brought against him. Evidence of the officer's conviction was admitted on the accused's appeal, and the accused's convictions were set aside, following which the Crown undertook not to re-prosecute him. The production issue in this case was rendered moot and the accused withdrew his participation in this appeal. The Court appointed an *amicus curiae* and heard this appeal despite its mootness.

Held: The appeal is allowed and the order in the court below is set aside. The application having become moot, the Court makes no further order.

The Crown's obligation to disclose all relevant information in its possession to an accused is well established at common law under the *Stinchcombe* regime.

une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers de la police sur les conclusions d'inconduite d'un policier chargé de l'enquête visant l'accusé sont-ils compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale?

L'accusé a été reconnu coupable de plusieurs chefs d'accusation relatifs aux stupéfiants. L'agent responsable de son arrestation était le témoin principal du ministère public. Après avoir été déclaré coupable, mais avant le prononcé de sa peine, l'accusé a appris que l'agent responsable de son arrestation avait fait preuve d'inconduite relativement aux stupéfiants qui a donné lieu à la fois à des procédures disciplinaires internes intentées en vertu de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario et à des accusations criminelles. Dans une demande préliminaire à la Cour d'appel, l'accusé a sollicité la production de tous les renseignements relatifs à l'inconduite de l'agent responsable de son arrestation, soutenant en avoir besoin pour demander l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de son appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a conclu qu'une procédure de type *O'Connor* ne s'impose que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et a statué qu'il n'existait pas d'attente du genre quant aux dossiers de l'enquête criminelle. À la condition que soient effectuées les suppressions appropriées et réglées les revendications de privilège, la cour a ordonné aux tiers de remettre au représentant du ministère public fédéral responsable de la poursuite contre l'accusé les dossiers de l'enquête criminelle concernant les accusations visant l'agent responsable de l'arrestation qui se trouvaient en sa possession. Par la suite, l'agent a plaidé coupable à une des accusations criminelles portées contre lui. La preuve de la déclaration de culpabilité relative à l'agent a été admise dans le pourvoi interjeté par l'accusé. Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé ont été annulées, après quoi le ministère public a choisi de ne pas le poursuivre à nouveau. Les questions en l'espèce relatives à la production sont devenues théoriques et l'accusé s'est désisté du pourvoi. La Cour a nommé un *amicus curiae* et a entendu le pourvoi malgré son caractère théorique.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance rendue par la juridiction inférieure est annulée. La demande étant devenue théorique, la Cour ne rend aucune autre ordonnance.

L'obligation du ministère public de communiquer à l'accusé tous les renseignements pertinents qui sont en sa possession est bien établie en common law par le

Under *Stinchcombe*, the Crown's first party disclosure obligation extends only to material relating to the accused's case in the possession or control of the prosecuting Crown. A question then arises as to whether the "Crown" for disclosure purposes encompasses other state authorities. While the roles of the Crown and the police are separate and distinct, the police have a duty to participate in the disclosure process. The necessary corollary to the Crown's disclosure duty under *Stinchcombe* is the obligation of police to disclose to the Crown all material pertaining to its investigation of the accused. For the purposes of fulfilling this corollary obligation, the investigating police force, although distinct and independent from the Crown at law, is not a third party. Rather, it acts on the same first party footing as the Crown. Records relating to findings of serious misconduct by police officers involved in the investigation against the accused properly fall within the scope of the first party disclosure package due to the Crown from police, where the police misconduct is either related to the investigation, or the finding of misconduct could reasonably impact on the case against the accused. [14-15] [22-23]

Production of disciplinary records and criminal investigation files in the possession of the police that do not fall within the scope of this first party disclosure package is governed by the *O'Connor* regime for third party production. The *O'Connor* procedure provides a general mechanism at common law for ordering production of any record beyond the possession or control of the prosecuting Crown, and is not limited to cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy. To limit the applicability of the *O'Connor* regime to those cases where a third party has an expectation of privacy in the targeted documents would raise some uncertainty concerning the appropriate mechanism for accessing third party records when it is unknown whether a reasonable expectation of privacy attaches. [11] [15]

The first step in the *O'Connor* procedure for production of documents in the possession of a third party is for the person seeking production to satisfy the court that the documents are likely relevant to the proceedings. If likely relevance is demonstrated by the applicant, the third party record holder may be ordered to produce the documents for inspection by the court in order to determine whether production should be ordered. Ultimately,

régime *Stinchcombe*. Selon *Stinchcombe*, l'obligation de communication qui incombe au ministère public à titre de partie principale ne vise que les renseignements en sa possession ou qui sont sous son contrôle. La question qui se pose alors est celle de savoir si le « ministère public », pour les besoins de la communication, englobe d'autres autorités de l'État. Même si les rôles du ministère public et de la police sont distincts, la police est tenue de participer au processus de communication de la preuve. Forcément, le corollaire de l'obligation de communication du ministère public établie dans *Stinchcombe* est celle de la police de communiquer au ministère public tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé. Pour s'acquiescer de cette obligation corollaire, le service de police chargé de l'enquête n'est pas un tiers, même si, en droit, il est distinct et indépendant du ministère public. En fait, il agit en tant que partie principale, tout comme le ministère public. Les dossiers sur les conclusions d'inconduite grave de policiers chargés de l'enquête visant l'accusé sont à bon droit compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale quand l'inconduite en question est liée à l'enquête ou quand il est raisonnable de penser qu'elle risque d'avoir des répercussions sur la poursuite engagée contre l'accusé. [14-15] [22-23]

La production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle détenus par la police et qui ne font pas partie des dossiers que doit communiquer la partie principale est régie par le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O'Connor*. La procédure établie dans *O'Connor* crée un mécanisme général en common law pour ordonner la production de tout dossier qui n'est pas en la possession du poursuivant ou sous son contrôle et ne s'impose pas que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Limiter la portée du régime établi dans l'arrêt *O'Connor* aux cas où un tiers a une attente en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers visés comporterait certaines incertitudes sur le mécanisme auquel il convient de recourir pour obtenir les dossiers en la possession d'un tiers quand on ignore si une telle attente raisonnable s'y rattache. [11] [15]

À la première étape d'une demande de type *O'Connor* visant la production de renseignements en la possession d'un tiers, il incombe à la personne qui demande la production de convaincre la cour que les renseignements sont vraisemblablement pertinents. Si l'auteur de la demande réussit à démontrer la pertinence vraisemblable, le tiers détenteur du dossier peut se voir ordonner de produire les renseignements pour que la

what is required at this second stage of the common law regime is a balancing of the competing interests at stake in the particular circumstances of the case. [28] [34] [35]

In most cases, a useful starting point for courts in balancing the competing interests at the second stage of an *O'Connor* application will be to assess the true relevancy of the targeted record in the case against the accused. Once a court has ascertained upon inspection that third party records are indeed relevant to the accused's case, in the sense that they pertain to an issue in the trial, the second stage balancing exercise is easily performed. In effect, a finding of true relevance puts the third party records in the same category for disclosure purposes as the fruits of the investigation against the accused in the hands of the prosecuting Crown under *Stinchcombe*. It may be useful to pose the question in this way: If the third party record in question had found its way into the Crown prosecutor's file, would there be any basis under the first party *Stinchcombe* disclosure regime for not disclosing it to the accused? If the answer to that question is no, there can be no principled reason to arrive at a different outcome on the third party production application. The accused's interest in obtaining disclosure for the purpose of making full answer and defence will, as a general rule, outweigh any residual privacy interest held by third parties in the material. This is particularly so in respect of criminal investigation files concerning third party accused. [20] [39] [42]

That is not to say that residual privacy interests in the contents of criminal investigation files, police disciplinary records or any other third party records should be disregarded. The court should ensure that a production order is properly tailored to meet the exigencies of the case but do no more. To ensure that only relevant material is produced and that no unwarranted invasion of privacy interests occurs, the court may find it necessary to make a production order subject to redactions or other conditions. In addition, when just and appropriate to do so, the court may well impose restrictions on the dissemination of the information produced for purposes unrelated to the accused's full answer and defence or prosecution of an appeal. [43-44] [46]

cour en fasse l'examen et décide s'ils devraient être communiqués. En fin de compte, à la deuxième étape du régime de common law, il faut mettre en balance les droits divergents en jeu dans les circonstances particulières de l'espèce. [28] [34] [35]

Dans la plupart des cas, il serait plus utile que les tribunaux évaluent d'abord la pertinence véritable du dossier visé relativement à la poursuite engagée contre l'accusé lorsqu'ils mettent en balance des droits divergents à la seconde étape d'une demande de type *O'Connor*. Une fois qu'un tribunal a déterminé, après examen, que des dossiers en la possession de tiers sont effectivement pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé, en ce qu'ils se rapportent à une question en litige au procès, l'exercice de mise en balance de la seconde étape peut facilement être effectué. En effet, une conclusion confirmant la pertinence véritable a pour effet de classer les dossiers en la possession de tiers dans la même catégorie, pour les besoins de la communication, que les fruits de l'enquête contre l'accusé qui se trouvent en la possession du ministère public suivant *Stinchcombe*. Il pourrait être utile de poser la question de la manière suivante : si le renseignement en la possession d'un tiers s'était retrouvé dans le dossier du ministère public, y aurait-il un fondement, suivant le régime de communication qui incombe à la partie principale établi dans *Stinchcombe*, qui justifierait de ne pas le communiquer à l'accusé? Si la réponse est négative, aucun motif rationnel ne permet de tirer une conclusion différente relativement à la demande de production de renseignements en la possession de tiers. En général, l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir la communication afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière l'emporte sur le droit résiduel des tiers à la protection de la vie privée. Il en est de même particulièrement à l'égard de dossiers relatifs à une enquête criminelle concernant un tiers accusé. [20] [39] [42]

Cela ne veut pas dire que les droits résiduels à la protection de la vie privée quant au contenu des dossiers d'enquête criminelle, des dossiers disciplinaires de la police ou de tout autre dossier en la possession de tiers doivent être ignorés. Le tribunal doit garantir que l'ordonnance de production est conçue pour satisfaire aux exigences de l'affaire, sans plus. Pour garantir que seuls des renseignements pertinents sont produits et pour empêcher toute atteinte injustifiée au droit à la vie privée, la cour peut juger nécessaire d'assujettir l'ordonnance de production à l'obligation d'effectuer des suppressions ou à d'autres conditions. De plus, lorsqu'elle estime une telle mesure juste et nécessaire, la cour peut également imposer des restrictions à la diffusion des renseignements produits qui ne sont pas liés à la défense pleine et entière de l'accusé ou à la poursuite d'un appel. [43-44] [46]

Cases Cited

Referred to: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. Gingras* (1992), 120 A.R. 300; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444; *Driskell v. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615; *R. v. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123; *R. v. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134; *R. v. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL); *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3; *P. (D.) v. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501; *R. v. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81; *R. v. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, c. A-1.1, s. 22.
Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, s. 28.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Code of ethics of Québec police officers, (1990) 122 G.O. II, 1760, s. 7(2).
Code of Professional Conduct Regulation, B.C. Reg. 205/98, s. 5(e).
Code of Professional Conduct Regulation — Police Act, N.B. Reg. 2007-81, s. 36(1)(d)(iii).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91, 278.3(4), 698(1), 700(1).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 20.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01, s. 18.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.M. 1997, c. 50, s. 25.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, c. 5, s. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 15.
General, O. Reg. 123/98 (*Police Services Act*), Sch., s. 2(1)(c)(vi).
Police Service Regulation, Alta. Reg. 356/90, s. 5(2)(h)(vii).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42(1)(e).
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. Gingras* (1992), 120 A.R. 300; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL); *Driskell c. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615; *R. c. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123; *R. c. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134; *R. c. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL); *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3; *P. (D.) c. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501; *R. c. Arsenault* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 81; *R. c. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154.

Lois et règlements cités

Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 22.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91, 278.3(4), 698(1), 700(1).
Code de déontologie des policiers du Québec, (1990) 122 G.O. II, 2531, art. 7(2).
Code de déontologie professionnelle — Loi sur la Police, Règl. du N.-B. 2007-81, art. 36(1)(d)(iii).
Code of Professional Conduct Regulation, B.C. Reg. 205/98, art. 5e).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 20.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15.01, art. 18.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, ch. 5, art. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 15.
General, Règl. de l'Ont. 123/98 (*Loi sur les services policiers*), ann., art. 2(1)(c)(vi).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.M. 1997, ch. 50, art. 25.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14.
Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 28.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22.
Loi sur le droit à l'information, L.N.-B. 1978, ch. R-10.3, art. 6a), f).

Right to Information Act, S.N.B. 1978, c. R-10.3, s. 6(a), (f).

Authors Cited

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

Ontario. *Review and Recommendations Concerning Various Aspects of Police Misconduct*, vol. I. Toronto: Toronto Police Service, 2003 (online: <http://www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/ferguson1.pdf>).

Paciocco, David M. "Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O'Connor*: The 'McNeil' Disclosure Application" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Simmons and Blair J.J.A.) (2006), 218 O.A.C. 1, 215 C.C.C. (3d) 22, 43 C.R. (6th) 370, [2006] O.J. No. 4746 (QL), 2006 CarswellOnt 7557, allowing a motion for production of certain documents. Appeal allowed.

Christine Bartlett-Hughes and Elise Nakelsky, for the appellant.

James C. Martin and Rick Visca, for the respondent Her Majesty the Queen.

H. Reginald Watson and Jill Sexsmith, for the respondent the Chief of Barrie Police Service, 3rd Party Record Holder.

James A. Bowron, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gary R. Clewley and Henry S. Brown, Q.C., for the intervener Matthew Marshall.

Ian J. Roland and Danny Kastner, for the intervener the Police Association of Ontario.

David M. Porter and Christopher A. Wayland, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marie Henein and Jordan Glick, for the *amicus curiae*.

Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1)e).

Police Service Regulation, Alta. Reg. 356/90, art. 5(2)h(vii).

Doctrine citée

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.

Ontario. *Review and Recommendations Concerning Various Aspects of Police Misconduct*, vol. I. Toronto : Toronto Police Service, 2003 (online : <http://www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/ferguson1.pdf>).

Paciocco, David M. « Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O'Connor*: The "McNeil" Disclosure Application » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Simmons et Blair) (2006), 218 O.A.C. 1, 215 C.C.C. (3d) 22, 43 C.R. (6th) 370, [2006] O.J. No. 4746 (QL), 2006 CarswellOnt 7557, qui a accueilli une demande de production de certains documents. Pourvoi accueilli.

Christine Bartlett-Hughes et Elise Nakelsky, pour l'appelant.

James C. Martin et Rick Visca, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

H. Reginald Watson et Jill Sexsmith, pour l'intimé le Chef du service de police de Barrie, tiers détenteur des dossiers.

James A. Bowron, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gary R. Clewley et Henry S. Brown, c.r., pour l'intervenant Matthew Marshall.

Ian J. Roland et Danny Kastner, pour l'intervenante Police Association of Ontario.

David M. Porter et Christopher A. Wayland, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marie Henein et Jordan Glick, pour l'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] This appeal concerns an accused's motion for production of police disciplinary records and criminal investigation files relating to the Crown's main police witness in the case against him. The respondent Lawrence McNeil brought his motion in accordance with the procedure set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, for the production of third party records. The proceedings against McNeil have since been discontinued, McNeil has withdrawn his participation in this appeal, and the production issue is now moot.

[2] Issues concerning the production of police disciplinary records and criminal investigation files relating to third party accused occur frequently and, because the proceedings in which these questions generally arise are interlocutory in nature, production orders are often evasive of appellate review. In addition, the third parties in the present case have a subsisting interest in clarifying some of the uncertainties arising from the decision below. For these reasons, the Court appointed an *amicus curiae* and heard this appeal despite its mootness.

[3] The question of whether production of the particular documents at issue in the court below should or should not have been ordered is no longer before us. The evidence and prior proceedings in the current case will therefore be reviewed simply to provide the necessary background for discussion of the issues canvassed by the parties on this appeal.

2. Background

[4] McNeil was arrested by Constable Rodney Hackett and other members of the Barrie Police

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] Le pourvoi porte sur la demande présentée par l'accusé en vue d'obtenir la production des dossiers disciplinaires de la police et des dossiers d'enquête criminelle concernant le policier qui a été le témoin principal du ministère public dans la poursuite engagée contre lui. L'intimé, Lawrence McNeil, a présenté cette demande de dossiers en la possession de tiers conformément à la procédure énoncée dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Depuis, les procédures intentées contre M. McNeil ont été abandonnées, ce dernier ne participe plus au présent pourvoi et la question de la production est devenue théorique.

[2] Les questions relatives à la production de dossiers disciplinaires de la police et de dossiers d'enquête criminelle concernant un tiers accusé se posent fréquemment. En outre, comme elles sont généralement soulevées dans le cadre de procédures de nature interlocutoire, les ordonnances de production échappent souvent à l'examen en appel. De plus, en l'espèce, les tiers ont encore un intérêt à faire clarifier certaines des incertitudes découlant de la décision du tribunal de juridiction inférieure. Pour ces motifs, la Cour a nommé un *amicus curiae* et a entendu le pourvoi malgré son caractère théorique.

[3] Nous ne sommes plus saisis de la question de savoir si la production des documents particuliers en cause devant la juridiction inférieure aurait dû faire l'objet d'une ordonnance. La preuve et les procédures antérieures seront donc examinées uniquement dans le but de fournir les éléments nécessaires pour analyser les questions soulevées par les parties dans le présent pourvoi.

2. Contexte

[4] Monsieur McNeil a été arrêté par l'agent Rodney Hackett et d'autres membres du service de

Service in respect of an alleged drug transaction. He was subsequently prosecuted by the federal Crown and convicted on multiple drug charges, including possession of marijuana and cocaine for the purpose of trafficking. Hackett was the Crown's main witness in the case against McNeil. He was the only witness who testified to the reasonable grounds supporting McNeil's arrest. In addition, the trial judge's ultimate finding that McNeil's admitted possession of marijuana and cocaine was for the purpose of trafficking turned on Hackett's credibility.

[5] After his conviction but before sentencing, McNeil learned that Hackett was engaged in drug-related misconduct that had led to both internal disciplinary proceedings under the Ontario *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, and to criminal charges. Both proceedings against Hackett were ongoing at the time. Following an aborted application to reopen his trial to introduce evidence about Hackett's misconduct, McNeil chose to proceed to sentence and appeal his conviction instead.

[6] In a preliminary motion before the Court of Appeal for Ontario, McNeil sought production of all documents related to Hackett's misconduct, claiming that he required this material to assist him in preparing an application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. The police disciplinary and criminal investigation documents at issue were intermingled, and were in the possession of both the Barrie Police Service and the provincial Crown prosecuting the criminal charges against Hackett. Both entities resisted production, and the federal Crown supported their opposition to the motion.

police de Barrie relativement à une prétendue transaction de stupéfiants. Il a ensuite été poursuivi par le ministère public fédéral et a été reconnu coupable de plusieurs chefs d'accusation relatifs aux stupéfiants, dont celui de possession de marijuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic. L'agent Hackett était le témoin principal du ministère public dans la poursuite engagée contre M. McNeil et le seul à avoir témoigné sur les motifs raisonnables invoqués à l'appui de l'arrestation de ce dernier. En outre, la conclusion finale du juge du procès selon laquelle M. McNeil a admis avoir été en possession de marijuana et de cocaïne, et ce, dans le but d'en faire le trafic, reposait sur la crédibilité de M. Hackett.

[5] Après avoir été déclaré coupable, mais avant le prononcé de sa peine, M. McNeil a appris que M. Hackett avait fait preuve d'inconduite relativement aux stupéfiants. Ces faits avaient donné lieu à la fois à des procédures disciplinaires internes intentées en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et à des accusations criminelles. Ces deux procédures contre M. Hackett étaient alors en cours. Monsieur McNeil a demandé la réouverture de son procès afin de pouvoir présenter les éléments de preuve concernant l'inconduite de M. Hackett. À la suite de l'annulation de cette demande, M. McNeil a plutôt choisi de se voir infliger sa peine et d'interjeter appel de sa déclaration de culpabilité.

[6] Dans une demande préliminaire à la Cour d'appel de l'Ontario, M. McNeil a sollicité la production de tous les renseignements relatifs à l'inconduite de M. Hackett. Il soutenait en avoir besoin pour demander l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de son appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité. Les renseignements en question — qui se rapportent aux procédures disciplinaires de la police et à l'enquête criminelle — étaient indissociables, et ils se trouvaient en la possession du service de police de Barrie et de l'avocat du ministère public provincial qui avait engagé les poursuites pénales contre M. Hackett. Les deux entités se sont opposées à la production et le ministère public fédéral a appuyé leur opposition à la demande.

[7] In *O'Connor*, this Court set out a two-part test for production of third party records. First, the applicant must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant. In the appellate context, it was therefore incumbent on McNeil to show that the targeted documents were likely relevant to his proposed application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. Second, if the threshold test of likely relevance is met, the court may order production of the records for its inspection. With the targeted documents before it, the court weighs “the positive and negative consequences of production, with a view to determining whether, and to what extent, production should be ordered” (*O'Connor*, at para. 137). The second part of the *O'Connor* test essentially requires a court to conduct a balancing of the third party’s privacy interest in the targeted documents, if any, and the accused’s interest in making full answer and defence.

[8] In the present case, the Court of Appeal found that some of the targeted records, including both disciplinary police records and criminal investigation files, met the requisite relevancy threshold, satisfying the first part of the *O'Connor* test. Rather than proceeding to the second part of the test, however, the court held that an “*O'Connor*-type procedure” is only required in cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy ((2006), 218 O.A.C. 1). The court drew a distinction between criminal investigation files and police disciplinary records, and concluded that no expectation of privacy existed in respect of the former. Accordingly, subject to appropriate redactions and the resolution of any privilege claims, the court ordered the third parties to produce the criminal investigation files in their possession related to the charges against Hackett to the federal Crown prosecuting McNeil’s case. The court directed the prosecuting Crown in McNeil’s case to determine whether the documents were in fact relevant to McNeil’s appeal and, if so, to make disclosure to

[7] Dans *O'Connor*, notre Cour a énoncé une analyse en deux étapes pour statuer sur les demandes de production de dossiers en la possession de tiers. Premièrement, l’auteur de la demande doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont vraisemblablement pertinents. Dans le contexte de l’appel, il incombait donc à M. McNeil de démontrer que les renseignements visés se rapportaient vraisemblablement à sa demande visant la production de nouveaux éléments de preuve pour son appel à l’encontre de la déclaration de culpabilité. Deuxièmement, s’il est satisfait à cette exigence minimale de pertinence, le tribunal peut ordonner la production des dossiers aux fins d’examen. Dossiers en mains, le tribunal soupèse « les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la production pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée » (*O'Connor*, par. 137). La deuxième étape de l’analyse énoncée dans *O'Connor* exige essentiellement du tribunal qu’il mette en balance, d’une part, le droit au respect de la vie privée du tiers en ce qui a trait, s’il y a lieu, au contenu des renseignements visés et, d’autre part, le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

[8] En l’espèce, la Cour d’appel a jugé que certains des dossiers visés, dont les dossiers disciplinaires de la police et les dossiers d’enquête criminelle, satisfaisaient à l’exigence minimale de pertinence, de sorte que la première étape du test énoncé dans *O'Connor* était respectée. Cependant, au lieu de passer à la deuxième étape, la cour a conclu qu’une « procédure de type *O'Connor* » ne s’impose que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ((2006), 218 O.A.C. 1). Elle a fait une distinction entre les dossiers de l’enquête criminelle et les dossiers disciplinaires de la police et a statué qu’il n’existait aucune attente du genre dans le premier cas. Par conséquent, à la condition que soient effectuées les suppressions appropriées et réglées les revendications de privilège, la cour a ordonné aux tiers de remettre au représentant du ministère public fédéral responsable de la poursuite contre M. McNeil les dossiers de l’enquête criminelle concernant les accusations visant M. Hackett qui se trouvaient en sa possession.

the accused. As for the police disciplinary records, the court noted the conflicting jurisprudence on whether such records are subject to a reasonable expectation of privacy and invited counsel to make further submissions on this issue. The balance of the motion was adjourned accordingly.

[9] The Attorney General of Ontario, as third party record holder, was granted leave to appeal to this Court and the production order was stayed pending disposition of the appeal. Subsequently, Hackett pleaded guilty to one of the criminal charges brought against him. Evidence of Hackett's conviction was admitted on McNeil's appeal before the Court of Appeal for Ontario, and his convictions were set aside, following which the Crown undertook not to re-prosecute him. McNeil then withdrew his participation in the appeal. This Court acceded to the remaining parties' request to proceed with the appeal despite its mootness and appointed an *amicus curiae* to maintain a proper adversarial context.

3. Overview of the Issues on Appeal

[10] As stated earlier, the third party record holders in this case seek clarification in respect of some of the uncertainties arising from the decision below. The issues canvassed before this Court are the following.

[11] First, by limiting the applicability of the *O'Connor* production regime to those cases where a third party has an expectation of privacy in the targeted documents, the decision under appeal raises some uncertainty concerning the appropriate mechanism for accessing third party records when

La cour a demandé à l'avocat du ministère public chargé du dossier de M. McNeil de déterminer si les renseignements se rapportaient véritablement à l'appel de ce dernier et, dans l'affirmative, de les lui communiquer. Quant aux dossiers disciplinaires de la police, la cour a souligné l'existence d'une jurisprudence contradictoire sur la question de savoir s'il existait à l'égard de ces dossiers une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et elle a invité les avocats à présenter des observations additionnelles à cet égard. La cour a ajourné en conséquence l'examen des autres éléments de la demande.

[9] À titre de tiers détenteur de dossiers, le procureur général de l'Ontario a obtenu la permission de se pourvoir devant notre Cour et l'exécution de l'ordonnance de production a été suspendue en attendant l'issue du pourvoi. Par la suite, M. Hackett a plaidé coupable à une des accusations criminelles portées contre lui. La preuve de cette déclaration de culpabilité a été admise dans le pourvoi interjeté par M. McNeil devant la Cour d'appel de l'Ontario. Les déclarations de culpabilité prononcées contre lui ont été annulées, après quoi le ministère public a choisi de ne pas poursuivre M. McNeil à nouveau. Monsieur McNeil s'est ensuite désisté du pourvoi. Notre Cour a accueilli la demande des autres parties visant à poursuivre le pourvoi malgré son caractère théorique et elle a nommé un *amicus curiae* pour assurer la tenue d'un véritable débat contradictoire.

3. Aperçu des questions soulevées en appel

[10] Comme je l'ai dit précédemment, les tiers détenteurs des dossiers en l'espèce demandent des précisions à propos de quelques-unes des ambiguïtés découlant de la décision de la Cour d'appel. Les questions examinées par notre Cour sont les suivantes.

[11] Premièrement, en limitant la portée du régime de production établi dans l'arrêt *O'Connor* aux cas où un tiers a une attente en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers visés, la décision portée en appel comporte certaines incertitudes sur le mécanisme auquel il convient

it is unknown whether a reasonable expectation of privacy attaches. As I will explain, the procedure set out in *O'Connor* provides a general mechanism at common law for ordering production of *any* record beyond the possession or control of the prosecuting Crown. Whether or not the targeted record is subject to a reasonable expectation of privacy is one of the questions that must be determined at the hearing of an *O'Connor* application. For that pragmatic reason alone, the operation of the common law production regime cannot be premised on the existence of a reasonable expectation of privacy.

[12] Second, to the extent that the decision in the court below suggests that there can be no expectation of privacy in the contents of a criminal investigation file, it is in error. As this Court stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668: “Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears” (para. 108). This principle holds equally in respect of criminal investigation files relating to third party accused that are *not* in the possession or control of the prosecuting Crown. There can be no assumption that criminal investigation files relating to third party accused persons do not attract an expectation of privacy absent consideration of their particular contents and other relevant factors. The existence of a reasonable expectation of privacy and its impact, if any, on a third party’s obligation to produce is always a contextual, fact-based inquiry. Likewise, no blanket ruling can be made in respect of privacy interests in police disciplinary records without regard to their contents.

[13] Third, to the extent that the operative terms of the production order below may suggest that records in possession of one Crown entity are deemed to be in the possession of another, this interpretation should be discarded. The notion

de recourir pour obtenir les dossiers en la possession d’un tiers quand on ignore si une telle attente raisonnable s’y rattache. Comme je l’expliquerai plus loin, la procédure établie dans *O'Connor* crée un mécanisme général en common law pour ordonner la production de *tout* dossier qui n’est pas en la possession du poursuivant ou sous son contrôle. La question de savoir si le dossier visé fait l’objet d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est une des questions qui doivent être résolues à l’audition d’une demande de type *O'Connor*. Pour cette seule raison d’ordre pratique, l’application du régime de production de common law ne peut reposer sur l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[12] Deuxièmement, dans la mesure où la décision du tribunal de juridiction inférieure suggère qu’il est impossible d’avoir une attente en matière de protection de la vie privée à l’égard du contenu d’un dossier d’enquête criminelle, elle est erronée. Comme l’a dit notre Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 : « Le droit à la vie privée n’est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers » (par. 108). Ce principe vaut tout autant pour les dossiers d’enquête criminelle concernant un tiers accusé qui *ne* sont *pas* en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. On ne peut présumer que les dossiers d’enquête criminelle concernant des tiers accusés ne suscitent aucune attente en matière de protection de la vie privée sans avoir examiné leur teneur précise et d’autres facteurs pertinents. L’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et son incidence, le cas échéant, sur l’obligation d’un tiers de produire des renseignements exigent toujours une analyse contextuelle qui repose sur des faits. De même, aucune règle générale ne peut être établie à propos du droit à la confidentialité des dossiers disciplinaires de la police sans tenir compte de leur contenu.

[13] Troisièmement, dans la mesure où les conditions clés de l’ordonnance de production rendue par le tribunal de juridiction inférieure peuvent laisser croire que les dossiers détenus par une entité étatique sont réputés être en la possession d’une autre

that all state authorities constitute a single indivisible Crown entity for the purposes of disclosure finds no support in law and, moreover, is unworkable in practice. Accordingly, Crown entities other than the prosecuting Crown are third parties under the *O'Connor* production regime. As I will explain, however, this does not relieve the prosecuting Crown from its obligation to make reasonable inquiries of other Crown entities and other third parties, in appropriate cases, with respect to records and information in their possession that may be relevant to the case being prosecuted. The Crown and the defence in a criminal proceeding are not adverse in interest for the purpose of discovering relevant information that may be of benefit to an accused.

[14] In addition to clarifying these three uncertainties, this case provides an appropriate context within which to reiterate the respective obligations of the police and the Crown to disclose the fruits of the investigation under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and to consider the extent to which relevant police disciplinary records and third party criminal investigation files should form part of this “first party” disclosure package. The Crown’s obligation to disclose all relevant information in its possession to an accused is well established at common law and is now constitutionally entrenched in the right to full answer and defence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The necessary corollary to the Crown’s disclosure duty under *Stinchcombe* is the obligation of police (or other investigating state authority) to disclose to the Crown all material pertaining to its investigation of the accused. For the purposes of fulfilling this corollary obligation, the investigating police force, although distinct and independent from the Crown at law, is not a third party. Rather, it acts on the same first party footing as the Crown.

entité de ce type, cette interprétation doit être écartée. L’idée que toutes les autorités de l’État constituent une entité unique et indivisible pour les besoins de la communication n’est aucunement appuyée en droit et est, en outre, inapplicable en pratique. Par conséquent, les entités étatiques autres que le poursuivant — c’est-à-dire celui qui, parmi les entités du ministère public, est en train de poursuivre l’accusé — sont des tiers selon le régime de production établi dans *O'Connor*. Cependant, comme je l’exposerai plus loin, cette réalité ne libère pas le poursuivant de son obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres entités étatiques et d’autres tiers, dans les cas appropriés, à propos des dossiers et des renseignements qu’ils détiennent et qui peuvent être utiles pour l’affaire en cours d’instance. Dans une instance criminelle, le ministère public et la défense n’ont pas d’intérêts divergents quant à la découverte de renseignements pertinents pouvant être avantageux pour l’accusé.

[14] En plus de clarifier ces trois ambiguïtés, la présente affaire fournit un contexte approprié pour réitérer les obligations respectives de la police et du ministère public de communiquer les fruits de l’enquête énoncés dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et pour se demander dans quelle mesure les dossiers disciplinaires de la police et les dossiers d’enquête criminelle pertinents concernant un tiers devraient faire partie de cette communication de la preuve par la « partie principale ». L’obligation du ministère public de communiquer à l’accusé tous les renseignements pertinents qui sont en sa possession est bien établie en common law et est maintenant inscrite dans la constitution à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui consacre le droit à une défense pleine et entière. Forcément, le corollaire de l’obligation de communication du ministère public établie dans *Stinchcombe* est celle de la police (ou d’autres autorités de l’État chargées de mener des enquêtes) de communiquer au ministère public tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l’accusé. Pour s’acquitter de cette obligation corollaire, le service de police chargé de l’enquête n’est pas un tiers, même si, en droit, il est distinct et indépendant du ministère public. En fait, il agit en tant que partie principale, tout comme le ministère public.

[15] As I will explain, records relating to findings of serious misconduct by police officers involved in the investigation against the accused properly fall within the scope of the “first party” disclosure package due to the Crown, where the police misconduct is either related to the investigation, or the finding of misconduct could reasonably impact on the case against the accused. The Crown, in turn, must provide disclosure to the accused in accordance with its obligations under *Stinchcombe*. Production of disciplinary records and criminal investigation files in the possession of the police that do not fall within the scope of this first party disclosure package is governed by the *O’Connor* regime for third party production.

[16] I will first review the respective obligations of the Crown and the police to disclose the fruits of the investigation against the accused.

4. The *Stinchcombe* Duty to Disclose the Fruits of the Investigation

[17] The Crown’s obligation to disclose all relevant information in its possession relating to the investigation against an accused is well established. The duty is triggered upon request and does not require an application to the court. *Stinchcombe* made clear that relevant information in the first party production context includes not only information related to those matters the Crown intends to adduce in evidence against the accused, but also any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence (pp. 343-44). The Crown’s obligation survives the trial and, in the appellate context, the scope of relevant information therefore includes any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the appellant in prosecuting an appeal.

[18] While the *Stinchcombe* automatic disclosure obligation is not absolute, it admits of few exceptions. Unless the information is clearly irrelevant, privileged, or its disclosure is otherwise governed

[15] Comme je l’expliquerai plus loin, les dossiers sur les conclusions d’inconduite grave de policiers chargés de l’enquête visant l’accusé sont à bon droit compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de « partie principale » quand l’inconduite en question est liée à l’enquête ou quand il est raisonnable de penser qu’elle risque d’avoir des répercussions sur la poursuite engagée contre l’accusé. Le ministère public doit à son tour communiquer les renseignements à l’accusé selon l’obligation qui lui incombe aux termes de *Stinchcombe*. La production des dossiers disciplinaires et des dossiers d’enquête criminelle détenus par la police et qui ne font pas partie des dossiers que doit communiquer la partie principale est régie par le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor*.

[16] J’examinerai d’abord les obligations respectives du ministère public et de la police de communiquer les fruits de l’enquête sur l’accusé.

4. L’obligation formulée dans *Stinchcombe* de communiquer les fruits de l’enquête

[17] Il est bien établi que le ministère public est tenu de communiquer tous les renseignements pertinents qu’il a en sa possession se rapportant à l’enquête visant un accusé. L’obligation est déclenchée sur demande, sans qu’il soit nécessaire de faire appel à la cour. *Stinchcombe* énonce clairement que l’information pertinente devant être communiquée par la partie principale comprend non seulement les renseignements ayant trait aux éléments que le ministère public a l’intention de présenter en preuve contre l’accusé, mais également ceux qui peuvent raisonnablement aider ce dernier à présenter une défense pleine et entière (p. 343-344). L’obligation qui incombe au ministère public subsiste après le procès. Ainsi, dans le contexte d’un appel, les renseignements pertinents englobent tout renseignement qui peut raisonnablement aider l’appelant à faire valoir sa thèse en appel.

[18] L’obligation de communication des fruits de l’enquête établie dans *Stinchcombe* n’est certes pas absolue, mais elle admet peu d’exceptions. Sauf si les renseignements n’ont manifestement aucune

by law, the Crown must disclose to the accused all material in its possession. The Crown retains discretion as to the manner and timing of disclosure where the circumstances are such that disclosure in the usual course may result in harm to anyone or prejudice to the public interest. The Crown's exercise of discretion in fulfilling its obligation to disclose is reviewable by a court.

[19] As this Court confirmed in *Mills*, the Crown's obligation under *Stinchcombe* to disclose the fruits of the investigation does not signify that no residual privacy interest can exist in the contents of the Crown's file. It should come as no surprise that any number of persons and entities may have a residual privacy interest in material gathered in the course of a criminal investigation. Criminal investigative files may contain highly sensitive material including: outlines of unproven allegations; statements of complainants or witnesses — at times concerning very personal matters; personal addresses and phone numbers; photographs; medical reports; bank statements; search warrant information; surveillance reports; communications intercepted by wiretap; scientific evidence including DNA information; criminal records, etc. The privacy legislation of all 10 provinces addresses the disclosure of information contained in law enforcement files. See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, s. 22; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. 1993, c. 5, s. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01, s. 18; *Right to Information Act*, S.N.B. 1978, c. R-10.3, ss. 6(a) and 6(f); *An Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information*, R.S.Q., c. A-2.1, s. 28; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.M. 1997, c. 50, s. 25; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 20; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*,

pertinence ou sont privilégiés, ou si leur communication est autrement régie en droit, le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qu'il a en sa possession. Il peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au moment de la communication de la preuve quand les circonstances sont telles que la communication habituelle peut porter préjudice à quelqu'un ou à l'intérêt public. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'un examen judiciaire.

[19] Comme la Cour l'a confirmé dans *Mills*, l'existence de l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer les fruits de l'enquête formulée dans *Stinchcombe* ne signifie pas qu'il ne peut y avoir de droit résiduel à la protection de la vie privée quant au contenu du dossier du ministère public. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que de nombreuses personnes et entités aient un tel droit relativement aux renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête criminelle. En effet, les dossiers d'enquête criminelle peuvent contenir des renseignements de nature très délicate tels que des exposés sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi, des déclarations de plaignants ou de témoins — parfois à propos de questions très personnelles —, des adresses, des numéros de téléphone personnels, des photographies, des rapports médicaux, des relevés bancaires, des renseignements utilisés pour obtenir un mandat de perquisition, des rapports de surveillance, des communications interceptées grâce à l'écoute électronique, des éléments de preuve scientifiques dont des renseignements génétiques, des casiers judiciaires, etc. Les lois sur la protection de la vie privée des 10 provinces contiennent des dispositions sur la communication de renseignements qui se trouvent dans les dossiers relatifs à l'application de la loi. Voir *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 22; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. 1993, ch. 5, art. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15.01, art. 18; *Loi sur le droit à l'information*, L.N.-B. 1978, ch. R-10.3, al. 6a) et 6f); *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection*

R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 15. See also the federal *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22.

[20] Implicit in the Crown's broad duty to disclose the contents of its file under *Stinchcombe* are not the absence of any residual expectation of privacy, but rather the following two assumptions. The first is that the material in possession of the prosecuting Crown is relevant to the accused's case. Otherwise, the Crown would not have obtained possession of it (*O'Connor*, at para. 12). The second assumption is that this material will likely comprise the case against the accused. As a result, the accused's interest in obtaining disclosure of all relevant material in the Crown's possession for the purpose of making full answer and defence will, as a general rule, outweigh any residual privacy interest held by third parties in the material. These two assumptions explain why the onus is on the Crown to justify the non-disclosure of any material in its possession.

[21] Although the common law regime of disclosure under *Stinchcombe* generally strikes the appropriate balance between the accused's right to make full answer and defence and the residual privacy interests of other persons in the fruits of the investigation, it is not the only regime that meets constitutional standards. As this Court concluded in *Mills*, it was open to Parliament to enact, as it did, a statutory regime for the disclosure of records containing personal information of complainants and witnesses in proceedings for sexual offences under ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (commonly referred to as the "*Mills* regime"). Absent an express waiver from the complainant or witness to whom the record relates,

des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 28; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.M. 1997, ch. 50, art. 25; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 20; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 15. Voir également la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22.

[20] Il se dégage implicitement de l'obligation générale de communiquer le contenu de ses dossiers qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe* non pas l'absence d'une attente résiduelle en matière de protection de la vie privée, mais bien les deux hypothèses suivantes. Premièrement, les dossiers en la possession du poursuivant doivent être pertinents par rapport à la cause de l'accusé. Autrement, le ministère public n'en obtiendrait pas la possession (*O'Connor*, par. 12). Deuxièmement, les dossiers en question comprennent probablement la preuve qui sera présentée contre l'accusé. Par conséquent, en général, l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir la communication de toute la preuve pertinente en la possession du poursuivant afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière l'emporte sur le droit résiduel des tiers à la protection de la vie privée. Ces deux hypothèses expliquent pourquoi il incombe au ministère public de justifier la non-communication de quelque renseignement qu'il a en sa possession.

[21] Bien que le régime de communication issu de la common law formulé dans *Stinchcombe* établisse généralement un juste équilibre entre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les droits résiduels en matière de protection de la vie privée des autres personnes dans les fruits de l'enquête, ce n'est pas le seul régime qui satisfait aux normes constitutionnelles. Comme notre Cour l'a conclu dans *Mills*, le législateur avait le pouvoir d'adopter, comme il l'a fait en édictant les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (couramment appelé le « régime de l'arrêt *Mills* »), un régime législatif pour la communication de dossiers contenant des renseignements personnels au sujet des plaignants et des témoins dans

production of all records falling within the *Mills* regime, whether in the possession or control of a third person or *of the prosecutor in the proceedings*, can only be made on application to the court and in accordance with the balancing test set out in the *Code* provisions. This statutory regime therefore constitutes an exception to the common law regime of Crown disclosure under *Stinchcombe*. As we shall see, the *Mills* regime is also different from the common law regime for production of third party records under *O'Connor*. It is nonetheless constitutional (*Mills*, at para. 59).

[22] The *Stinchcombe* regime of disclosure extends only to material in the possession or control of the Crown. The law cannot impose an obligation on the Crown to disclose material which it does not have or cannot obtain: *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754. A question then arises as to whether the “Crown”, for disclosure purposes, encompasses other state authorities. The notion that all state authorities amount to a single “Crown” entity for the purposes of disclosure and production must be quickly rejected. It finds no support in law and, given our multi-tiered system of governance and the realities of Canada’s geography, is unworkable in practice. As aptly explained in *R. v. Gingras* (1992), 120 A.R. 300 (C.A.), at para. 14:

If that line of reasoning were correct, then in order to meet the tests in *Stinchcombe*, some months before trial every Crown prosecutor would have to inquire of every department of the Provincial Government and every department of the Federal Government. He would have to ask each whether they had in their possession any records touching each prosecution upcoming. It would be impossible to carry out 1% of that task. It would take many years to bring every case to trial if that were required.

des procédures relatives à des infractions d’ordre sexuel. Sauf renonciation expresse du plaignant ou du témoin concerné, les dossiers relevant du régime de l’arrêt *Mills*, qu’ils soient en la possession d’un tiers ou *du poursuivant* ou qu’ils soient sous le contrôle de l’un ou de l’autre, ne peuvent être communiqués que sur demande à la cour et conformément au critère de la pondération des droits énoncé dans les dispositions du *Code*. Ce régime législatif constitue donc une exception au régime de common law relatif à la communication de la preuve par le ministère public énoncé dans *Stinchcombe*. Comme nous le verrons, le régime de l’arrêt *Mills* est également différent du régime de common law relatif à la production des dossiers en la possession des tiers établi dans *O'Connor*. Le régime de l’arrêt *Mills* est néanmoins constitutionnel (*Mills*, par. 59).

[22] Le régime de communication de l’arrêt *Stinchcombe* ne vise que les renseignements en la possession du ministère public ou qui sont sous son contrôle. En effet, le droit ne peut imposer une obligation au ministère public de communiquer les renseignements qu’il ne détient pas ou qu’il ne peut obtenir : *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754. La question qui se pose alors est celle de savoir si le « ministère public », pour les besoins de la communication, englobe d’autres autorités de l’État. L’idée que toutes les autorités de l’État ne forment qu’une seule entité étatique pour les besoins de la communication et de la production doit être écartée d’emblée. Elle n’est aucunement appuyée en droit et, compte tenu de notre système de gouvernement à plusieurs niveaux et des réalités géographiques du Canada, est inapplicable en pratique. Comme il est bien expliqué dans *R. c. Gingras* (1992), 120 A.R. 300 (C.A.), par. 14 :

[TRADUCTION] Si ce raisonnement était juste, pour satisfaire aux critères établis dans *Stinchcombe*, l’avocat du ministère public devrait, quelques mois avant le procès, enquêter auprès de chaque ministère du gouvernement provincial et de chaque ministère du gouvernement fédéral. Il se verrait obligé de leur demander s’ils ont eu en leur possession des dossiers concernant chacune des poursuites devant avoir lieu. Il serait impossible de mener à bien ne serait-ce qu’un pour cent de cette tâche. Si cela était nécessaire, il faudrait plusieurs années pour porter chaque affaire devant les tribunaux.

Accordingly, the *Stinchcombe* disclosure regime only extends to material relating to the accused's case in the possession or control of the prosecuting Crown entity. This material is commonly referred to as the "fruits of the investigation".

[23] Under our Canadian system of law enforcement, the general duty to investigate crime falls on the police, not the Crown. The fruits of the investigation against an accused person, therefore, will generally have been gathered, and any resulting criminal charge laid, by the police. While the roles of the Crown and the police are separate and distinct, the police have a duty to participate in prosecutions: see, for example, s. 42(1)(e) of the Ontario *Police Services Act*. Of particular relevance here is the police's duty to participate in the disclosure process. The means by which the Crown comes to be in possession of the fruits of the investigation lies in the corollary duty of police investigators to disclose to the Crown all relevant material in their possession. The police's obligation to disclose all material pertaining to the investigation of an accused to the prosecuting Crown was recognized long before *Stinchcombe*. The state of the law was well summed up by the Honourable G. Arthur Martin, Q.C., in his *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"), at pp. 167-68:

It is well settled and accepted by all, including the police, that the police, although operating independently of Crown counsel, have a duty to disclose to Crown counsel all relevant information uncovered during the investigation of a crime, including information which assists the accused. . . . As one commentator has observed, "the duty of the police to disclose relevant information about a case, to the Crown, is a duty that existed before [*Stinchcombe*, *supra*]".

[24] The corollary duty of the police to disclose to the Crown the fruits of the investigation is now well recognized in the appellate jurisprudence. See *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.), at p. 94; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.),

Par conséquent, le régime de communication établi dans *Stinchcombe* ne vise que les documents se rapportant à la cause de l'accusé qui sont en la possession du poursuivant ou qui sont sous son contrôle. Ces renseignements sont communément appelés les « fruits de l'enquête ».

[23] Selon notre système canadien d'application des lois, l'obligation générale d'enquêter sur les crimes incombe à la police, et non au ministère public. Les fruits de l'enquête visant un accusé auront donc habituellement été rassemblés par la police et l'accusation criminelle en découlant aura été portée par elle. Même si les rôles du ministère public et de la police sont distincts, la police est tenue de participer aux poursuites : voir, par exemple, l'al. 42(1)e) de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario. En l'espèce, l'obligation de la police de participer au processus de communication revêt une importance particulière. La façon dont le ministère public entre en possession des fruits de l'enquête découle de l'obligation corollaire des enquêteurs de communiquer au poursuivant tous les renseignements pertinents en leur possession. L'obligation de la police de communiquer au poursuivant tous les renseignements relatifs à l'enquête sur l'accusé a été reconnue bien avant l'arrêt *Stinchcombe*. L'honorable G. Arthur Martin, c.r., a bien résumé l'état du droit dans son rapport intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « Rapport Martin »), p. 167-168 :

[TRADUCTION] Il est bien établi et reconnu par tous, y compris les policiers, que la police, même si elle fonctionne indépendamment de l'avocat du ministère public, est tenue de lui communiquer tous les renseignements pertinents découverts pendant l'enquête sur un crime, y compris les renseignements susceptibles d'aider l'accusé. [. . .] Comme l'a souligné un commentateur, « l'obligation de la police de communiquer au ministère public les renseignements pertinents concernant une affaire existait avant [*Stinchcombe*, précité] ».

[24] L'obligation corollaire de la police de communiquer au ministère public les fruits de l'enquête est maintenant bien reconnue dans les arrêts des cours d'appel. Voir *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.), p. 94; *R. c. T. (L.A.)* (1993),

at p. 382; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444 (Que. C.A.), at p. 455; and *Driskell v. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615, at para. 17. It is also widely acknowledged that the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown. See *R. v. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123 (S.C.), at paras. 37-38; *R. v. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134 (S.C.), at para. 36; *R. v. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 16-17.

[25] Even though, in this narrow sense, the police and the Crown may be viewed as one entity for disclosure purposes, the two are unquestionably separate and independent entities, both in fact and in law. Hence, production of criminal investigation files involving third parties, and that of police disciplinary records, usually falls to be determined in the context of an *O'Connor* application. This is unsurprising because information about third party accused or police misconduct is not likely to make its way into the Crown's *Stinchcombe* disclosure package unless such information is in some way related to the accused's case. I will come back to this point later in discussing the circumstances in which information about third party misconduct should properly form part of the police disclosure package to the Crown. First, I will review the principles governing the production of third party records under the *O'Connor* regime.

5. The *O'Connor* Regime for Production of Third Party Records

[26] In *O'Connor*, this Court was concerned with the manner in which the accused, who was charged with multiple sexual offences, could obtain production of the therapeutic records of the complainants from third party custodians. *O'Connor* has been overtaken by Parliament's subsequent enactment of the *Mills* regime contained in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* for the disclosure of records

14 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 382; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL) (C.A. Qué.), par. 22; et *Driskell c. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615, par. 17. Il est aussi généralement admis que le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l'enquête a omis de les lui communiquer. Voir *R. c. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123 (C.S.), par. 37-38; *R. c. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134 (C.S.), par. 36; *R. c. Campbell*, [1992] N.S.J. n° 702 (QL) (C. prov.), par. 16-17.

[25] Même si, dans ce sens strict, la police et le ministère public peuvent être considérés comme une seule entité pour les besoins de la communication, ils sont indiscutablement des entités distinctes et indépendantes, tant en fait qu'en droit. En conséquence, la production de dossiers d'enquête criminelle concernant des tiers et celle de dossiers disciplinaires de la police doit habituellement être déterminée dans le contexte d'une demande de type *O'Connor*. Cela n'est pas surprenant, car il est peu probable que les renseignements portant sur l'inconduite d'un tiers accusé ou d'un policier aboutissent dans les dossiers communiqués au ministère public visés par *Stinchcombe*, à moins qu'ils n'aient trait d'une façon quelconque à la cause de l'accusé. Je reviendrai plus loin sur ce point en analysant les circonstances dans lesquelles les renseignements sur l'inconduite d'un tiers devraient faire partie des renseignements communiqués au ministère public par la police. Tout d'abord, je vais examiner les principes régissant la production de dossiers en la possession de tiers selon le régime de l'arrêt *O'Connor*.

5. Le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O'Connor*

[26] Dans *O'Connor*, notre Cour s'est intéressée à la façon dont l'accusé, inculpé de multiples infractions d'ordre sexuel, pouvait obtenir la production par des tiers gardiens des dossiers thérapeutiques des plaignantes. En matière de communication des dossiers contenant des renseignements personnels au sujet des plaignants et des témoins dans des procédures relatives à des infractions

containing personal information of complainants and witnesses in sexual assault proceedings. In respect of any other criminal proceeding, however, the *O'Connor* application provides the accused with a mechanism for accessing third party records that fall beyond the reach of the *Stinchcombe* first party disclosure regime.

[27] Stated briefly, the procedure to be followed on an *O'Connor* application is the following:

- (1) The accused first obtains a *subpoena duces tecum* under ss. 698(1) and 700(1) of the *Criminal Code* and serves it on the third party record holder. The subpoena compels the person to whom it is directed to attend court with the targeted records or materials.
- (2) The accused also brings an application, supported by appropriate affidavit evidence, showing that the records sought are likely to be relevant in his or her trial. Notice of the application is given to the prosecuting Crown, the person who is the subject of the records and any other person who may have a privacy interest in the records targeted for production.
- (3) The *O'Connor* application is brought before the judge seized with the trial, although it may be heard before the trial commences. If production is unopposed, of course, the application for production becomes moot and there is no need for a hearing.
- (4) If the record holder or some other interested person advances a well-founded claim that the targeted documents are privileged, in all but the rarest cases where the accused's innocence is at stake, the existence of privilege will effectively bar the accused's application for production of the targeted documents, regardless of their relevance. Issues of privilege are therefore best resolved at the outset of the *O'Connor* process.

d'ordre sexuel, l'arrêt *O'Connor* a été supplanté par l'adoption par le législateur des art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, correspondant au régime de l'arrêt *Mills*. Cependant, dans le cadre de tout autre type d'instance criminelle, la demande de type *O'Connor* offre à l'accusé un mécanisme lui permettant d'avoir accès à des dossiers en la possession de tiers qui échappent au régime de communication par la partie principale établi dans *Stinchcombe*.

[27] En bref, la procédure à suivre dans une demande de type *O'Connor* est la suivante :

- (1) L'accusé doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* en vertu des par. 698(1) et 700(1) du *Code criminel* et le signifier au tiers détenteur du dossier. Le subpoena contraint la personne visée à comparaître en cour avec les dossiers ou renseignements qui y sont décrits.
- (2) L'accusé présente aussi une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers visés sont vraisemblablement pertinents par rapport à son procès. Il doit aviser le poursuivant, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers visés par la demande de production.
- (3) La demande de type *O'Connor* est adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être entendue avant le début du procès. Évidemment, si personne ne s'oppose à la production; la demande visant à l'obtenir devient théorique et il n'est pas nécessaire de tenir une audience.
- (4) Si le détenteur du dossier ou une autre personne intéressée présente une revendication légitime selon laquelle les renseignements visés sont privilégiés, sauf dans les cas les plus rares où l'innocence de l'accusé est en jeu, l'existence d'un privilège fera obstacle à la demande de l'accusé visant à obtenir la production des renseignements visés, peu importe leur pertinence. Il est donc préférable que les questions de privilège soient réglées dès le début du processus établi dans *O'Connor*.

(5) Where privilege is not in question, the judge determines whether production should be compelled in accordance with the two-stage test established in *O'Connor*. At the first stage, if satisfied that the record is likely relevant to the proceeding against the accused, the judge may order production of the record for the court's inspection. At the next stage, with the records in hand, the judge determines whether, and to what extent, production should be ordered to the accused.

The question of privilege is beyond the scope of this appeal. However, I will elaborate on each stage of the *O'Connor* test for production of third party records in turn.

5.1 *First Stage: Screening for Likely Relevance*

5.1.1 Burden Is on the Applicant

[28] The first step in any contested application for production of non-privileged documents in the possession of a third party is for the person seeking production — in this case the accused — to satisfy the court that the documents are likely relevant to the proceedings. This threshold burden simply reflects the fact that the context in which third party records are sought is different from the context of first party disclosure. We have already seen that the presumptive duty on Crown counsel to disclose the fruits of the investigation in their possession under *Stinchcombe* is premised on the assumptions that the information is relevant and that it will likely comprise the case against the accused. No such assumptions can be made in respect of documents in the hands of a third party who is a stranger to the litigation. The applicant must therefore justify to the court the use of state power to compel their production — hence the initial onus on the person seeking production to show “likely relevance”. In addition, it is important for the effective administration of justice that criminal trials remain focussed on the issues to be tried and that scarce judicial resources not be squandered in

(5) Quand il n'est pas question de privilège, le juge détermine si la production devrait être ordonnée suivant l'analyse en deux étapes établie dans *O'Connor*. À la première étape, s'il est convaincu que les dossiers se rapportent vraisemblablement à la procédure engagée contre l'accusé, le juge peut en ordonner la production pour que la cour en fasse l'examen. À la deuxième étape, dossiers en main, le juge détermine si, et dans quelle mesure, la production doit être ordonnée afin que les dossiers soient communiqués à l'accusé.

La question du privilège dépasse le cadre du présent pourvoi. Cependant, je vais examiner plus à fond successivement chacune des étapes du test établi dans *O'Connor* pour la production de dossiers en la possession de tiers.

5.1 *Première étape : Filtrer les demandes en fonction de la pertinence vraisemblable*

5.1.1 Fardeau imposé à l'auteur de la demande

[28] À la première étape d'une demande contestée visant la production de renseignements non privilégiés en la possession d'un tiers, il incombe à la personne qui demande la production — l'accusé en l'espèce — de convaincre la cour que les renseignements sont vraisemblablement pertinents. Ce fardeau initial illustre simplement que le contexte dans lequel les dossiers en la possession de tiers sont demandés est différent de celui dans lequel l'obligation de communication incombe à la partie principale. Comme nous l'avons déjà vu, l'obligation présumée qui incombe à l'avocat du ministère public de communiquer les fruits de l'enquête en sa possession établie dans *Stinchcombe* repose sur l'hypothèse que les renseignements sont pertinents et comprennent probablement la preuve qui sera présentée contre l'accusé. Aucune hypothèse de ce genre ne peut être tirée quant aux renseignements en la possession d'un tiers étranger au litige. L'auteur de la demande doit alors justifier à la cour l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production — d'où son fardeau initial de démontrer la « pertinence vraisemblable ». De plus, il est important pour la bonne administration de la justice

“fishing expeditions” for irrelevant evidence. The likely relevance threshold reflects this gate-keeper function.

5.1.2 Burden on Applicant Is Significant but not Onerous

[29] It is important to repeat here, as this Court emphasized in *O'Connor*, that while the likely relevance threshold is “a significant burden, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused” (para. 24). On the one hand, the likely relevance threshold is “significant” because the court must play a meaningful role in screening applications “to prevent the defence from engaging in ‘speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming’ requests for production” (*O'Connor*, at para. 24, quoting from *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32). The importance of preventing unnecessary applications for production from consuming scarce judicial resources cannot be overstated; however, the undue protraction of criminal proceedings remains a pressing concern, more than a decade after *O'Connor*. On the other hand, the relevance threshold should not, and indeed *cannot*, be an onerous test to meet because accused persons cannot be required, as a condition to accessing information that may assist in making full answer and defence, “to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen” (*O'Connor*, at para. 25, quoting from *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, at p. 499).

5.1.3 O'Connor Common Law Threshold Is Significantly Different From Mills Statutory Regime

[30] It is important to note that the common law likely relevance threshold in *O'Connor* differs significantly from the statutory likely relevance

que les procès criminels soient toujours axés sur les questions à trancher et que les ressources judiciaires limitées ne soient pas gaspillées dans des recherches à l’aveuglette sur des éléments de preuve non pertinents. L’exigence minimale de pertinence joue ce rôle de gardien.

5.1.2 Le fardeau imposé à l’auteur de la demande est important, sans être onéreux

[29] Il est important de rappeler que, comme notre Cour l’a souligné dans *O'Connor*, bien que l’exigence minimale de pertinence vraisemblable soit « un fardeau important, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l’accusé » (par. 24). D’une part, cette exigence de pertinence vraisemblable est « importante » parce que la cour doit pouvoir participer de manière significative au filtrage des demandes pour « empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production “qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires” » (*O'Connor*, par. 24, citant un extrait de *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32). On ne saurait trop insister sur l’importance d’empêcher les demandes de production inutiles d’épuiser les ressources judiciaires limitées. Pourtant, la prolongation indue des procédures criminelles demeure une préoccupation majeure plus d’une décennie après *O'Connor*. D’autre part, il ne devrait pas être onéreux de satisfaire à l’exigence minimale de pertinence, et il *ne* saurait en être ainsi, parce que les personnes accusées ne peuvent être obligées « de démontrer l’usage exact qu’ils pourraient faire de renseignements qu’ils n’ont même pas vus » (*O'Connor*, par. 25, citant un extrait de *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, p. 499) pour pouvoir obtenir les renseignements susceptibles de les aider à présenter une défense pleine et entière.

5.1.3 Le fardeau initial de common law établi dans O'Connor diffère considérablement du régime législatif de l’arrêt Mills

[30] Il est important de souligner que l’exigence minimale de pertinence vraisemblable de common law énoncé dans *O'Connor* diffère

threshold set by Parliament for the production of records containing personal information in sexual assault proceedings under the *Mills* regime (see s. 278.3(4) of the *Criminal Code*). As this Court explained at some length in *Mills*, a range of permissible regimes can meet constitutional standards. It was therefore open to Parliament to craft its own solution to address the particular concerns arising from disclosure of third party records in sexual proceedings. In doing so, Parliament “sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, . . . and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused” (*Mills*, at para. 59). The following differences between the two regimes are particularly noteworthy.

[31] First, the likely relevance standard adopted by Parliament under the *Mills* regime is tailored to counter speculative myths, stereotypes and generalized assumptions about sexual assault victims and about the usefulness of private records in sexual assault proceedings. Such generalized views need not be countered at large in respect of all third party records that fall outside the *Mills* regime. The general common law threshold of likely relevance under *O'Connor* is intended rather to screen applications to ensure the proper use of state authority in compelling production of third party records and to establish the appropriateness of the application so as to avoid squandering scarce judicial resources.

[32] Second, while the *Mills* regime retains the two-stage framework set out in *O'Connor*, it differs significantly in that much of the balancing of the competing interests is effected at the first stage in determining whether production should be made to the court for inspection. This reflects Parliament’s assumption that a reasonable expectation of privacy exists in the types of records

considérablement du critère de pertinence vraisemblable fixé par le législateur pour la production de dossiers contenant des renseignements personnels dans des procédures en matière d’agression sexuelle conformément au régime de l’arrêt *Mills* (voir par. 278.3(4) du *Code criminel*). Comme notre Cour l’a expliqué assez longuement dans *Mills*, une gamme de régimes acceptables peuvent satisfaire aux normes constitutionnelles. Le législateur était donc libre de concevoir sa propre solution pour répondre aux préoccupations particulières qui découlent de la communication de dossiers en la possession de tiers dans des procédures en matière sexuelle. Ce faisant, le législateur a « cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, [. . .] et à concilier l’équité pour le plaignant avec les droits de l’accusé » (*Mills*, par. 59). Il convient de noter tout particulièrement les différences suivantes entre les deux régimes.

[31] Premièrement, le critère de pertinence vraisemblable du régime de l’arrêt *Mills* adopté par le législateur est conçu pour lutter contre les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d’agressions sexuelles et au sujet de l’utilité des dossiers privés dans des procédures en matière d’agression sexuelle. Il n’est pas nécessaire de parer complètement de telles opinions générales pour tous les dossiers en la possession de tiers qui sont exclus du champ d’application du régime de l’arrêt *Mills*. Le critère général de common law de pertinence vraisemblable établi dans *O'Connor* vise plutôt le filtrage des demandes pour veiller à ce que le pouvoir de l’État soit utilisé d’une manière appropriée en ce qui a trait aux ordonnances de production de dossiers en la possession de tiers et à établir la pertinence des demandes afin d’éviter de gaspiller les ressources judiciaires limitées.

[32] Deuxièmement, bien que le régime de l’arrêt *Mills* maintienne le cadre d’analyse en deux étapes énoncé dans *O'Connor*, il diffère considérablement de celui-ci du fait que la majeure partie de la pondération des intérêts divergents s’effectue à la première étape — lorsqu’on décide si la production des renseignements à la cour pour examen est justifiée. Cela reflète la présomption du législateur voulant

targeted by the statutory regime: see *R. v. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3 (Ont. C.A.), at paras. 48-49. An equivalent presumption of privacy does not attach in respect of all third party records that fall outside the *Mills* regime. Hence, any balancing of competing interests is reserved for the second stage of the *O'Connor* regime, when the documents can be inspected by the court to better ascertain the nature of the privacy interest, if any. Because of these significant differences, it is important not to transpose the *Mills* regime into the *O'Connor* production hearing in respect of documents to which the statutory dispositions do not apply.

5.1.4 Likely Relevance Under the Common Law Regime

[33] “Likely relevant” under the common law *O'Connor* regime means that there is “a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify” (*O'Connor*, at para. 22 (emphasis deleted)). An “issue at trial” here includes not only material issues concerning the unfolding of the events which form the subject matter of the proceedings, but also “evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case” (*O'Connor*, at para. 22). At this stage of the proceedings, the court cannot insist on a demonstration of the precise manner in which the targeted documents could be used at trial. The imposition of such a stringent threshold burden would put the accused, who has not seen the documents, in an impossible Catch-22 position.

5.2 *Second Stage: Balancing the Interests at Play*

[34] If likely relevance is demonstrated by the applicant, the third party record holder may be ordered to produce the documents for inspection by

qu’il existe une attente raisonnable en matière de protection du caractère privé des types de dossiers visés par le régime législatif : voir *R. c. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3 (C.A. Ont.), par. 48-49. Aucune présomption équivalente relative au respect de la vie privée ne s’applique aux dossiers en la possession de tiers qui échappent au régime de l’arrêt *Mills*. Par conséquent, toute mise en balance des intérêts divergents ne s’effectue qu’à la deuxième étape du régime de l’arrêt *O'Connor*, soit quand les renseignements peuvent être examinés par la cour afin de mieux déterminer la nature des intérêts privés en cause, le cas échéant. Compte tenu de ces différences appréciables, il importe de ne pas transposer le régime de l’arrêt *Mills* à une audience de type *O'Connor* visant la production de renseignements auxquels les dispositions législatives ne s’appliquent pas.

5.1.4 Pertinence vraisemblable selon le régime de common law

[33] La « pertinence vraisemblable » selon le régime de common law établi dans l’arrêt *O'Connor* signifie qu’il existe « une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin » (*O'Connor*, par. 22 (soulignement omis)). Une « question en litige » comprend non seulement les questions pertinentes quant au déroulement des événements qui font l’objet du litige, mais également la « preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l’affaire » (*O'Connor*, par. 22). À cette étape des procédures, la cour ne saurait exiger une démonstration de la manière précise dont les renseignements visés pourraient être utilisés au procès. Imposer à l’accusé, qui n’a jamais vu les dossiers, un fardeau initial aussi strict le placerait dans une situation sans issue.

5.2 *Deuxième étape : Mettre en balance les droits en jeu*

[34] Si l’auteur de la demande réussit à démontrer la pertinence vraisemblable, le tiers détenteur du dossier peut se voir ordonner de produire les

the court in order to determine whether production should be ordered to the accused.

[35] In *O'Connor*, this Court provided the following list of factors for consideration in determining whether or not to order production to the accused (at para. 31):

... “(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias” and “(5) the potential prejudice to the complainant’s dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question”

The factors set out in *O'Connor* should not be applied mechanically. It should be kept in mind that *O'Connor* involved the production of the complainant’s private records in proceedings for a sexual offence, an area of law subsequently overtaken by Parliament’s enactment of the *Mills* regime. Some of the factors listed in *O'Connor*, in particular items 4 and 5 above, were obviously tailored to meet the exigencies in sexual assault proceedings and, consequently, are unlikely to be of assistance in other contexts. Ultimately, what is required at this second stage of the common law regime is a balancing of the competing interests at stake in the particular circumstances of the case. No exhaustive list can be crafted to suit every situation; however, I will elaborate somewhat on the balancing process.

5.2.1 A Useful Starting Point: Assessing True Relevance

[36] As we have seen, by the time the court embarks on the second stage of an *O'Connor* hearing, the application has been screened for likely relevance and the judge is satisfied that compelling the production of the documents for inspection by the court is warranted in the circumstances. Once

renseignements pour que la cour en fasse l’examen et décide s’ils devraient être communiqués à l’accusé.

[35] Dans *O'Connor*, notre Cour a dressé la liste suivante des facteurs à prendre en considération pour décider s’il y a lieu d’ordonner la communication à l’accusé (par. 31) :

... « (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l’accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l’attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires » et « (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question » [Texte entre crochets dans l’original.]

Les facteurs énoncés dans *O'Connor* ne doivent pas être appliqués de façon machinale. Il ne faut pas oublier que cet arrêt portait sur la production des dossiers privés du plaignant dans le cadre de procédures relatives à une infraction d’ordre sexuel, un domaine de droit régi depuis par le régime de l’arrêt *Mills* adopté par le législateur. Certains des facteurs énumérés dans *O'Connor*, particulièrement les points 4 et 5 cités précédemment, ont de toute évidence été adaptés pour satisfaire aux exigences des procédures en matière d’agression sexuelle et ne sont donc vraisemblablement d’aucun secours dans d’autres contextes. En fin de compte, à la deuxième étape du régime de common law, il faut mettre en balance les droits divergents en jeu dans les circonstances particulières de l’espèce. Il est impossible de dresser une liste exhaustive pouvant convenir à toutes les situations. Je vais tout de même apporter quelques précisions sur le processus de mise en balance.

5.2.1 Un point de départ utile : Évaluer la véritable pertinence

[36] Comme nous l’avons déjà vu, au moment où le tribunal s’engage dans la deuxième étape d’une audience de type *O'Connor*, la demande a été filtrée en fonction de la pertinence vraisemblable et le juge est convaincu qu’il est justifié, dans les circonstances, d’ordonner la production des renseignements

the documents are before the court, the final question to be determined is whether production should be made to the accused.

[37] The *amicus curiae* submits that the starting point for determining whether to order production to the accused of documents in the hands of third parties, including, as in this case, Crown briefs, police briefs and police disciplinary files, requires a determination of the nature of the records to define the existence or absence of a reasonable expectation of privacy (factum, at para. 19). There is some merit to the proposal of looking first at whether there is any expectation of privacy in the targeted records. Indeed, if it is clear upon inspection of the documents and their contents that there is no basis upon which the third party record holder or any other interested person could claim a reasonable privacy interest, there is no balancing of interests left to perform. Given that likely relevance has by this point been established, the sole remaining interest at stake is the accused's right to make full answer and defence. A production order should therefore issue. It is in this sense that the Court of Appeal's finding in the present case, that an "*O'Connor*-type procedure" is only required in cases where the third party records attract a reasonable expectation of privacy, must be understood.

[38] The difficulty with this approach, however, is that it is largely premised on the conclusion that the existence of a reasonable expectation of privacy may be determined solely by characterizing the *type* of record at issue. While this may be possible in respect of some records, determining whether an expectation of privacy attaches to a particular record usually requires a more contextual approach. As we have seen, even in the context of the Crown's *Stinchcombe* obligation of disclosure, there exists no presumption that all expectations of privacy are lost just because a record has found its way into the prosecuting Crown's file.

pour que la cour en fasse l'examen. Une fois que le tribunal est saisi des renseignements, la dernière question à trancher est celle de savoir si ces derniers devraient être communiqués à l'accusé.

[37] *L'amicus curiae* prétend que pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la communication à l'accusé de renseignements en la possession de tiers, notamment, comme en l'espèce, de renseignements du ministère public et de la police et de dossiers disciplinaires de la police, il faut tout d'abord déterminer la nature de ces dossiers pour établir l'existence ou l'absence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée (mémoire, par. 19). Cette proposition n'est pas sans fondement. En effet, si l'inspection des renseignements et de leur contenu indique clairement qu'il n'existe aucun fondement permettant au tiers détenteur du dossier ou à toute autre personne intéressée de se prévaloir d'un droit raisonnable à la protection de la vie privée, il n'y a plus lieu de mettre les droits en jeu en balance. Étant donné que, à cette étape, la pertinence vraisemblable a été démontrée, le seul intérêt encore en jeu est le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La cour devrait donc ordonner la production. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion de la Cour d'appel en l'espèce, selon laquelle une « procédure de type *O'Connor* » n'est nécessaire que dans les affaires où les dossiers en la possession de tiers justifient une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[38] Cette approche soulève toutefois un problème, car elle repose largement sur la conclusion selon laquelle l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée peut être établie uniquement en fonction du *type* de dossier en question. Bien que ce soit possible à l'égard de certains dossiers, une approche plus contextuelle s'impose habituellement pour déterminer s'il existe une attente en matière de vie privée dans un dossier en particulier. Comme nous l'avons vu, même dans le contexte de l'obligation de communication qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe*, il n'existe aucune présomption portant que les attentes en matière de protection de la vie privée sont vaines simplement parce qu'un document se retrouve dans le dossier du ministère public.

[39] The *amicus curiae* submits, and I agree, that determining the existence of a reasonable expectation of privacy requires a contextual assessment having regard to numerous factors, including but not limited to: how the record was created; who created the record; the purpose of the record; the context of the case in which the record would be used; who holds the privacy interest; how the record was obtained by the Crown or police; the presence or absence of waiver; any applicable legislation; and whether the privacy interest extends to all or part of the record. As one can readily appreciate from this non-exhaustive list, determining whether there is any residual expectation of privacy in a document may be a complex and time-consuming exercise that has the potential to significantly delay and detract from the actual proceeding before the court — *the trial of the accused*. For that reason, it is my view that in most cases, a more useful starting point for courts in balancing competing interests at the second stage of an *O'Connor* application will be to assess the true relevancy of the targeted record in the case against the accused. This approach allows the court to remain focussed on the trial of the accused and, given the competing interests at stake, the relevancy assessment will usually be largely determinative of the production issue. I will explain.

[40] On the one hand, because the accused will not have seen the documents that he or she seeks to have produced, it may be readily apparent upon inspection by the court that the claim of likely relevance established at the first stage of the *O'Connor* application is simply not borne out. If the court is satisfied that the documents are *clearly* irrelevant, there is no basis for compelling production to the accused, and the application can be summarily dismissed.

[41] On the other hand, if the claim of likely relevance is borne out upon inspection, the accused's right to make full answer and defence will, with few exceptions, tip the balance in favour of allowing the

[39] L'*amicus curiae* prétend, et je partage son opinion, que la détermination de l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée nécessite une appréciation contextuelle tenant compte de nombreux facteurs, soit notamment de la façon dont le dossier a été créé, de la personne qui l'a créée, de l'objet du dossier, du contexte de l'affaire où le dossier serait utilisé, de la personne détenant un droit en matière de protection de la vie privée, de la manière dont le ministère public ou la police a obtenu le dossier, de la présence ou de l'absence d'une renonciation, de la législation applicable et de la question de savoir si le droit à la protection de la vie privée s'étend à l'ensemble ou à une partie du dossier. Comme il ressort clairement de cette liste non exhaustive, la détermination de l'existence d'une attente résiduelle en matière de protection de la vie privée relativement à un document peut représenter un exercice complexe et long susceptible de retarder et de nuire considérablement à l'instance — *le procès de l'accusé*. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, j'estime qu'il serait plus utile que les tribunaux évaluent d'abord la pertinence véritable du dossier visé relativement à la poursuite engagée contre l'accusé lorsqu'ils mettent en balance des droits divergents à la seconde étape d'une demande de type *O'Connor*. Cette approche permettrait au tribunal de rester centré sur le procès de l'accusé et, selon les droits divergents en jeu, elle aurait généralement un effet déterminant sur la question de la production. Je m'explique.

[40] D'une part, puisque l'accusé n'aura pas pris connaissance des renseignements dont il sollicite la production, l'examen par la cour pourrait révéler que la prétention de pertinence vraisemblable établie à la première étape de la demande de type *O'Connor* n'est simplement pas étayée. Si la cour est convaincue que les renseignements sont *manifestement* sans pertinence, rien ne justifie d'ordonner de les communiquer à l'accusé, et la demande peut être rejetée sommairement.

[41] D'autre part, si l'inspection révèle que la prétention de pertinence vraisemblable est étayée, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière fera, à quelques exceptions près, pencher la balance

application for production. Recall that at this stage of the proceedings, the court has confirmed that the production application concerns non-privileged documents. The existence of any privacy interest in third party records relevant to an accused's defence of a criminal charge may well warrant, in appropriate circumstances, some redactions or the imposition of conditions to ensure that no unnecessary invasion of privacy follows from production to the accused. However, absent an overriding statutory regime governing the production of the record in question, a third party privacy interest is unlikely to *defeat* an application for production.

[42] Once a court has ascertained upon inspection that third party records are indeed relevant to the accused's case, in the sense that they pertain to an issue in the trial as described above, the second stage balancing exercise is easily performed. In effect, a finding of true relevance puts the third party records in the same category for disclosure purposes as the fruits of the investigation against the accused in the hands of the prosecuting Crown under *Stinchcombe*. It may be useful to pose the question in this way: If the third party record in question had found its way into the Crown prosecutor's file, would there be any basis under the first party *Stinchcombe* disclosure regime for not disclosing it to the accused? If the answer to that question is no, there can be no principled reason to arrive at a different outcome on the third party production application. As we have seen, the Crown's obligation under *Stinchcombe* to disclose to the accused the fruits of the investigation in its possession does not signify that no residual privacy interest exists in the contents of the file. However, it does mean that, with few exceptions (including the *Mills* statutory scheme), the accused's right to access information necessary to make full answer and defence will outweigh any competing privacy interest. The same applies with respect to relevant material in the hands of third parties. This is particularly so in respect of criminal investigation files concerning

pour le prononcé d'une ordonnance de production. Rappelons qu'à cette étape des procédures, la cour a confirmé que la demande de production concerne des renseignements non privilégiés. L'existence d'un droit en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers en la possession de tiers se rapportant à la défense d'un accusé contre une accusation criminelle pourrait bien justifier, le cas échéant, certaines suppressions ou l'imposition de conditions pour s'assurer que la communication à l'accusé n'occasionne pas d'atteinte inutile à la vie privée. Cependant, en l'absence d'un régime législatif prédominant régissant la production des dossiers en question, il est peu vraisemblable que le droit d'un tiers à la protection de sa vie privée suffise à faire *rejeter* une demande de production.

[42] Une fois qu'un tribunal a déterminé, après examen, que des dossiers en la possession de tiers sont effectivement pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé, en ce qu'ils se rapportent à une question en litige au procès comme il a été décrit précédemment, l'exercice de mise en balance de la seconde étape peut facilement être effectué. En effet, une conclusion confirmant la pertinence véritable a pour effet de classer les dossiers en la possession de tiers dans la même catégorie, pour les besoins de la communication, que les fruits de l'enquête contre l'accusé qui se trouvent en la possession du ministère public suivant *Stinchcombe*. Il pourrait être utile de poser la question de la manière suivante : si le renseignement en la possession d'un tiers s'était retrouvé dans le dossier du ministère public, y aurait-il un fondement, suivant le régime de communication qui incombe à la partie principale établi dans *Stinchcombe*, qui justifierait de ne pas le communiquer à l'accusé? Si la réponse est négative, aucun motif rationnel ne permet de tirer une conclusion différente relativement à la demande de production de renseignements en la possession de tiers. Comme nous l'avons vu, l'obligation qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe* de communiquer à l'accusé les fruits de l'enquête en sa possession ne signifie pas qu'il ne subsiste aucun droit à la protection de la vie privée relativement au contenu

third party accused. As Professor Paciocco aptly puts it:

. . . it would be perverse to hold that investigative information is not private enough to impose any constraints on the ability of the police to gather it and the Crown to use it to seek the conviction of the target of that investigation, yet that same information is protected by privacy interests when it contains relevant information that would help someone defend himself.

(David M. Paciocco, “Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O’Connor*: The ‘*McNeil*’ Disclosure Application” (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161, at pp. 199-200)

5.2.2 Guarding Against Unnecessary Intrusions Into Privacy Interests

[43] That is not to say, however, that residual privacy interests in the contents of criminal investigation files should be disregarded. As concluded in the Martin Report, at p. 181 (reference in Attorney General of Ontario’s factum, at para. 24):

The privacy of the victim and any other witnesses must yield to preparing a full answer and defence. But it need not yield any further. The Committee considers that, provided the making of full answer and defence is not impaired, it is desirable to permit limitations on the use of disclosure materials that recognize the privacy interests of victims and witnesses.

[44] The same applies in respect of police disciplinary records, or any other third party records. The court should ensure that a production order is

du dossier. Cependant, à quelques exceptions près (notamment celle du régime législatif de l’arrêt *Mills*), cette obligation signifie que le droit de l’accusé d’avoir accès aux renseignements nécessaires pour qu’il présente une défense pleine et entière l’emportera sur tout droit divergent à la protection de la vie privée. Il en est de même à l’égard de renseignements pertinents en la possession de tiers, particulièrement à l’égard de dossiers relatifs à une enquête criminelle concernant un tiers accusé. Comme l’indique fort à-propos le professeur Paciocco :

[TRADUCTION] . . . il serait illogique de soutenir que les renseignements relatifs à l’enquête ne sont pas assez privés pour imposer des contraintes quant à la possibilité pour la police de les rassembler et pour le ministère public de les utiliser afin d’obtenir la déclaration de culpabilité de la personne qui fait l’objet d’une enquête. Or, ces mêmes renseignements sont protégés par le droit à la protection de la vie privée lorsqu’ils sont pertinents quant à la défense d’une personne.

(David M. Paciocco, « Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O’Connor*: The “*McNeil*” Disclosure Application » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161, p. 199-200)

5.2.2 La protection contre les atteintes inutiles à la vie privée

[43] Toutefois, cela ne veut pas dire que les droits résiduels à la protection de la vie privée quant au contenu d’un dossier d’enquête criminelle doivent être ignorés. Comme il a été conclu à la p. 181 du Rapport Martin (mémoire du procureur général de l’Ontario, par. 24) :

[TRADUCTION] La vie privée de la victime et de tous les autres témoins doit céder le pas à la préparation d’une défense pleine et entière, sans plus. Selon le Comité, pourvu que rien ne nuise à la préparation de la défense pleine et entière, il est préférable d’imposer des restrictions quant à l’utilisation des renseignements visés par la communication et de reconnaître ainsi le droit à la protection de la vie privée des victimes et des témoins.

[44] Il en est de même à l’égard des dossiers disciplinaires de la police ou de tout autre dossier en la possession de tiers. Le tribunal doit garantir que

properly tailored to meet the exigencies of the case but do no more. As we have seen, likely relevance for disclosure purposes has a wide and generous connotation and includes information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence. In considering the ambit of the information that can assist in the trial, regard must be given to the particular issues in the case and to the governing rules of evidence and procedure. This does not mean that only material that would be admissible at trial should be produced. Material that would not, on its own, be admissible may nonetheless be of use to the defence, for example, in cross-examining a witness on matters of credibility or in pursuing other avenues of investigation. An *O'Connor* application must, however, lay a foundation for the relevance of the material sought, having regard to the issues in the case. In large part, this is the reason why such applications should be brought before the judge seized with the trial. Doing so allows production issues to be effectively disposed of by the judge and counsel who are sufficiently appraised of the issues in the case. Of course, production applications can be heard prior to the commencement of the trial, and the judge, when appropriate to do so, may enlist the assistance of counsel in determining the relevance of a particular record for the purposes of production.

[45] Ascertaining the true relevancy of records targeted for production may become particularly important when the information on the production application concerns police disciplinary records. The contentious nature of police work often leads to public complaints, some legitimate and others spurious. Police disciplinary proceedings may also relate to employment issues or other matters that have no bearing on the case against the accused. The risk in this context is that disclosure, and by extension trial proceedings, may be sidetracked by irrelevant allegations or findings of police misconduct. Disclosure is intended to assist an accused in making full answer and defence or in prosecuting an appeal, not turn criminal trials into a

l'ordonnance de production est conçue pour satisfaire aux exigences de l'affaire, sans plus. Comme nous l'avons vu, la pertinence vraisemblable pour les besoins de la communication a une portée très large et comprend des renseignements qui seraient raisonnablement susceptibles d'aider l'accusé dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. En tenant compte de la portée des renseignements qui peuvent être utiles au procès, il faut se pencher sur les questions particulières à l'espèce et sur les règles de preuve et de procédure applicables. Cela ne veut pas dire que seuls les renseignements admissibles au procès devraient être produits. Les renseignements qui, en eux-mêmes, ne seraient pas admissibles peuvent néanmoins être utiles à la défense, par exemple, lorsque celle-ci contre-interroge un témoin sur des questions de crédibilité ou lorsqu'elle prend d'autres moyens d'enquête. L'auteur d'une demande de type *O'Connor* doit toutefois établir la pertinence du document sollicité eu égard aux questions de l'espèce. C'est principalement pourquoi il est préférable que le juge du procès soit saisi de ce type de demandes. En procédant de la sorte, les questions relatives à la production sont traitées efficacement par le juge et les avocats qui sont suffisamment au courant des questions en litige dans l'affaire. Bien sûr, les demandes de production peuvent être instruites avant le début du procès et, s'il estime la chose nécessaire, le juge peut demander l'aide des avocats pour décider de la pertinence d'un dossier particulier aux fins de production.

[45] La détermination de la pertinence véritable des dossiers visés par la demande de production peut devenir particulièrement importante lorsque les renseignements qui s'y trouvent concernent des dossiers disciplinaires de la police. La nature controversée du travail des policiers entraîne souvent des plaintes — parfois légitimes, parfois non fondées — de la part du public. Les procédures disciplinaires engagées contre des policiers peuvent également se rapporter à des questions relatives à leur emploi ou à d'autres questions qui n'ont aucun rapport avec la poursuite engagée contre un accusé. Dans ce contexte, la communication des renseignements et, par conséquent, le procès risquent de s'écarter de son objet en raison d'allégations ou de

conglomeration of satellite hearings on collateral matters.

[46] Hence, to ensure that only relevant material is produced and that no unwarranted invasion of privacy interests occurs, the court may find it necessary to make a production order subject to redactions or other conditions. In addition, when just and appropriate to do so, the court may well impose restrictions on the dissemination of the information produced for purposes unrelated to the accused's full answer and defence or prosecution of an appeal: see, for example, recommendations 34 and 35 in the Martin Report (at p. 179) and *P. (D.) v. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501 (Ont. C.A.), at para. 46. Absent unusual circumstances, however, the crafting of a production order should not necessitate any detailed inquiry into the precise nature or extent of the privacy interest in question. The *O'Connor* hearing should remain focussed on the criminal proceeding at hand.

6. Bridging the Gap Between First Party Disclosure and Third Party Production

[47] As the preceding discussion makes clear, once the true relevance of the targeted records has been ascertained on an *O'Connor* application for production of third party records, the ultimate question of production is essentially governed by the same principles that apply to the disclosure of material in the possession of the Crown under *Stinchcombe*. To the accused, however, the distinction between these two regimes is significant. While the accused will receive automatic disclosure of relevant material that finds its way into the hands of the prosecuting Crown, accessing relevant material in the hands of third parties will often be more happenstance. To a certain extent, that is inevitable. Third parties are under no obligation to come forth with relevant information to assist the

conclusions non pertinentes relatives à l'inconduite d'un policier. La communication vise à aider un accusé à présenter une défense pleine et entière ou à interjeter appel d'une décision, non pas à transformer les procès criminels en un ensemble d'audiences accessoires sur des questions incidentes.

[46] Ainsi, pour garantir que seuls des renseignements pertinents sont produits et pour empêcher toute atteinte injustifiée au droit à la vie privée, la cour peut juger nécessaire d'assujettir l'ordonnance de production à l'obligation d'effectuer des suppressions ou à d'autres conditions. De plus, lorsqu'elle estime une telle mesure juste et nécessaire, la cour peut également imposer des restrictions à la diffusion des renseignements produits qui ne sont pas liés à la défense pleine et entière de l'accusé ou à la poursuite d'un appel : voir, par exemple, les recommandations 34 et 35 du Rapport Martin (p. 179) et dans *P. (D.) c. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501 (C.A. Ont.), par. 46. Cependant, en l'absence de circonstances inhabituelles, la préparation d'une ordonnance de production ne devrait pas nécessiter d'enquête approfondie sur la nature précise ou la portée des droits à la protection de la vie privée en question. L'audience de type *O'Connor* devrait rester centrée sur l'instance criminelle en cours.

6. Réduction de l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers

[47] Comme il ressort clairement de l'analyse précédente, une fois que la pertinence véritable des dossiers visés a été démontrée dans le cadre d'une demande de type *O'Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers, la question de savoir si, en dernière analyse, ils doivent être produits, relève essentiellement des principes qui s'appliquent à la communication de renseignements en la possession du ministère public énoncés dans *Stinchcombe*. Par contre, du point de vue de l'accusé, la différence entre ces deux régimes est importante. En effet, les renseignements pertinents qui se retrouvent entre les mains du ministère public lui seront automatiquement communiqués, alors que c'est bien souvent par l'effet du hasard qu'il obtient ceux en la possession de tiers. Dans

accused in his defence. However, the prosecuting Crown and the investigating police force are in a different position and can assist in bridging the gap between first party disclosure and third party production. I will deal firstly with the Crown.

6.1 *Crown Counsel's Duty to Inquire*

[48] As stated earlier, the suggestion that all state authorities constitute a single entity is untenable and unworkable. In order to fulfill its *Stinchcombe* disclosure obligation, the prosecuting Crown does not have to inquire of every department of the provincial government, every department of the federal government and every police force whether they are in possession of material relevant to the accused's case. However, this does not mean that, regardless of the circumstances, the Crown is simply a passive recipient of relevant information with no obligation of its own to seek out and obtain relevant material.

[49] The Crown is not an ordinary litigant. As a minister of justice, the Crown's undivided loyalty is to the proper administration of justice. As such, Crown counsel who is put on notice of the existence of relevant information cannot simply disregard the matter. Unless the notice appears unfounded, Crown counsel will not be able to fully assess the merits of the case and fulfill its duty as an officer of the court without inquiring further and obtaining the information if it is reasonably feasible to do so. Ryan J.A. in *R. v. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81 (C.A.), aptly described the Crown's obligation to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments. He stated as follows:

une certaine mesure, une telle situation est inévitable. En effet, les tiers ne sont pas tenus de fournir spontanément des renseignements pertinents pour aider l'accusé à préparer sa défense. Le poursuivant et le service de police qui mène l'enquête se trouvent toutefois dans une position différente et peuvent aider à réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers. Je vais me pencher tout d'abord sur l'obligation qui incombe au ministère public.

6.1 *L'obligation qui incombe à l'avocat du ministère public de se renseigner*

[48] Comme il a été mentionné précédemment, l'allégation portant que toutes les autorités gouvernementales constituent une seule entité est indéfendable et inapplicable. Afin de remplir l'obligation de communication qui lui incombe selon *Stinchcombe*, le poursuivant n'est pas tenu de se renseigner auprès de chaque ministère des gouvernements provincial et fédéral et de chaque service de police pour savoir s'ils sont en possession de renseignements se rapportant à la poursuite engagée contre l'accusé. Cela ne veut pas dire pour autant que le ministère public, sans tenir compte des circonstances, reçoit passivement des renseignements pertinents sans qu'il soit tenu d'en chercher et d'en obtenir par lui-même.

[49] Le ministère public n'est pas une partie comme les autres. En effet, en tant qu'officier de justice, le représentant du ministère public doit œuvrer sans réserve à la bonne administration de la justice. Ainsi, lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements pertinents, il ne peut se contenter de n'en faire aucun cas. À moins que l'information ne semble pas fondée, l'avocat du ministère public ne saurait apprécier pleinement le bien-fondé de l'affaire et s'acquitter de son obligation d'officier de justice s'il ne s'informe pas davantage et ne tente pas raisonnablement d'obtenir les renseignements en question. Dans *R. c. Arsenault* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 81 (C.A.), le juge Ryan a décrit avec justesse l'obligation du ministère public de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne. Il s'est exprimé comme suit :

When disclosure is demanded or requested, Crown counsel have a duty to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments that could reasonably be considered to be in possession of evidence. Counsel cannot be excused for any failure to make reasonable inquiries when to the knowledge of the prosecutor or the police there has been another Crown agency involved in the investigation. Relevancy cannot be left to be determined by the uninitiated. If Crown counsel is denied access to another agency's file, then this should be disclosed to the defence so that the defence may pursue whatever course is deemed to be in the best interests of the accused. This also applies to cases where the accused or defendant, as the case may be, is unrepresented . . . [para. 15]

[50] The same duty to inquire applies when the Crown is informed of potentially relevant evidence pertaining to the credibility or reliability of the witnesses in a case. As the *amicus curiae* rightly states, “[t]he Crown and the defence are not adverse in interest in discovering the existence of an unreliable or unethical police officer” (factum, at para. 62). Doherty J.A. made the point forcefully in *R. v. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154, commenting on the Crown's failure to inquire further when confronted with the perjury of its own witness as follows (at paras. 71-72):

For reasons not shared with this court, the Crown does not appear to have regarded itself as under any obligation to get to the bottom of this matter. . . .

The Crown has obligations to the administration of justice that do not burden other litigants. Faced with its own witness's perjury and the fact that the perjured evidence coincided with the incomplete disclosure that the Crown says it innocently passed to the defence, the Crown was obliged to take all reasonable steps to find out what had happened and to share the results of those inquiries with the defence. In my view, the Crown did not fulfill its obligations to the administration of justice by acknowledging the incomplete disclosure discovered by the defence, and after making limited inquiries, professing neither a responsibility for the incomplete disclosure nor an ability to provide any explanation for it. The Crown owed both the appellant

Lorsqu'une divulgation est demandée ou exigée, le procureur de la Couronne a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne qui pourraient logiquement avoir en leur possession des éléments de preuve. On ne peut excuser le procureur de la Couronne de ne pas se renseigner suffisamment lorsqu'à la connaissance du poursuivant ou de la police un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête. La question de la pertinence ne peut être laissée à la discrétion des profanes. Si le procureur de la Couronne ne peut avoir accès aux dossiers d'un autre organisme, il doit alors en aviser la défense de façon que celle-ci puisse entreprendre les mesures qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de l'accusé. Ce principe s'appliquerait aussi dans les affaires dans lesquelles l'accusé ou le défendeur, selon le cas, n'est pas représenté par un avocat . . . [par. 15]

[50] Cette obligation de se renseigner s'applique lorsque le ministère public est informé de l'existence d'éléments de preuve potentiellement pertinents quant à la crédibilité ou à la fiabilité des témoins dans une affaire. Comme le précise à juste titre l'*amicus curiae*, [TRADUCTION] « [l]e ministère public et la défense ont tous les deux intérêt à découvrir qu'un policier n'est pas honnête ou fiable » (mémoire, par. 62). Le juge Doherty l'a fait valoir avec force dans *R. c. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154, lorsqu'il a formulé ses observations sur le défaut du ministère public de se renseigner davantage lorsqu'il est confronté au parjure de son propre témoin (par. 71-72) :

[TRADUCTION] Pour des motifs dont le ministère public ne nous a pas fait part, il appert qu'il n'estime pas être tenu de découvrir le fond de cette affaire. . .

Le ministère public a des obligations relatives à l'administration de la justice qui n'incombent pas aux autres parties. Confronté au parjure de son propre témoin et au fait que ce faux témoignage coïncidait avec la communication partielle qu'il prétend avoir involontairement faite à la défense, le ministère public était tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir ce qui s'était passé et pour communiquer les résultats de ses recherches à la défense. À mon avis, le ministère public ne s'est pas acquitté de ses obligations relatives à l'administration de la justice en admettant que, comme l'a découvert la défense, la communication fût partielle et, après s'être renseigné de façon limitée, en n'assumant pas sa responsabilité quant à cette communication partielle

and the court a fuller explanation than it chose to provide.

[51] Hence, by properly fulfilling its dual role as an advocate and officer of the court, Crown counsel can effectively bridge much of the gap between first party disclosure and third party production. I now turn to the police corollary duty to participate in the disclosure process.

6.2 *The Police's Corollary Duty to Disclose Relevant Information*

[52] We have already seen that the police have a corollary duty to disclose to the prosecuting Crown all material pertaining to the investigation of an accused. This disclosure obligation accords with police codes of conduct enacted in many jurisdictions across the country. For example, under s. 2(1)(c)(vi) of the *Code of Conduct* found in O. Reg. 123/98, Sch., enacted pursuant to the Ontario *Police Services Act*, a police chief or other police officer commits neglect of duty if he or she “fails to report anything that he or she knows concerning a criminal or other charge, or fails to disclose any evidence that he or she, or any person within his or her knowledge, can give for or against any prisoner or defendant”. See also *Code of Professional Conduct Regulation*, B.C. Reg. 205/98, s. 5(e); *Police Service Regulation*, Alta. Reg. 356/90, s. 5(2)(h)(vii); *Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. II, 1760, s. 7(2); and *Code of Professional Conduct Regulation — Police Act*, N.B. Reg. 2007-81, s. 36(1)(d)(iii).

[53] While the obligation itself is firmly established, the difficulty lies in identifying the contours of relevance for the purposes of the police's first party disclosure obligation. The particular question that this case exemplifies is whether information of misconduct by a police officer involved in the case against the accused should form part of the first party disclosure package provided to the Crown for its assessment of relevance according to the

et en omettant d'en expliquer la raison. Le ministère public devait à l'appelant et à la cour une explication plus détaillée que celle qu'il a choisi de donner.

[51] Ainsi, en s'acquittant convenablement de son double rôle de procureur et d'officier de justice, l'avocat du ministère public peut efficacement réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers. Je vais maintenant me pencher sur l'obligation corollaire de la police de participer au processus de communication.

6.2 *L'obligation corollaire de la police de communiquer les renseignements pertinents*

[52] Nous avons déjà vu que la police a l'obligation corollaire de communiquer au ministère public tous les renseignements relatifs à l'enquête visant un accusé. Cette obligation concorde avec les codes de déontologie de la police édictés dans de nombreux ressorts partout au pays. Par exemple, suivant le sous-al. 2(1)c)(vi) du *Code of Conduct* qui figure en annexe du règlement 123/98 de l'Ontario pris en vertu de la *Loi sur les services policiers*, un chef de police ou un autre agent de police manque à son devoir s'il [TRADUCTION] « ne signale pas tout ce qu'il sait au sujet d'une accusation, criminelle ou autre, ou s'il ne communique pas tous les éléments de preuve qu'il, ou toute personne qu'il connaît, peut fournir en faveur ou à l'encontre d'un prisonnier ou d'un défendeur ». Voir également *Code of Professional Conduct Regulation*, B.C. Reg. 205/98, al. 5e); *Police Service Regulation*, Alta. Reg. 356/90, sous-al. 5(2)h)(vii); *Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. II, 2531, art. 7(2); et *Code de déontologie professionnelle — Loi sur la Police*, Règl. du N.-B. 2007-81, sous-al. 36(1)d)(iii).

[53] Bien que l'obligation elle-même soit fermement établie, la difficulté tient à l'identification des limites de la pertinence pour l'application de l'obligation de communication qui incombe à la police à titre de partie principale. La question précise illustrée par la présente cause est celle de savoir si les renseignements concernant l'inconduite d'un policier qui participe à la poursuite engagée contre l'accusé devraient faire partie

edicts of *Stinchcombe*. Obviously, the accused has no right to automatic disclosure of every aspect of a police officer's employment history, or to police disciplinary matters with no realistic bearing on the case against him or her. However, where the disciplinary information is relevant, it should form part of the first party disclosure package, and its discovery should not be left to happenstance.

[54] When the police misconduct in question concerns the same incident that forms the subject-matter of the charge against the accused, the police duty to disclose information concerning police disciplinary action taken in respect of that misconduct is rather self-evident. To state an obvious example, if a police officer is charged under the applicable provincial legislation for excessive use of force in relation to the accused's arrest, this information must be disclosed to the Crown. Where the misconduct of a police witness is not directly related to the investigation against the accused, it may nonetheless be relevant to the accused's case, in which case it should also be disclosed. For example, no one would question that the criminal record for perjury of a civilian material witness would be of relevance to the accused and should form part of the first party disclosure package. In the same way, findings of police misconduct by a police officer involved in the case against the accused that may have a bearing on the case against an accused should be disclosed.

[55] The need for guidance in this area prompted a review commissioned by the Chief of the Toronto Police Service. The review was conducted by the Honourable George Ferguson, Q.C., and culminated in his January 2003 report entitled *Review and Recommendations Concerning*

des renseignements que la police doit communiquer à titre de partie principale et qui sont transmis au ministère public pour qu'il examine leur pertinence conformément aux principes énoncés dans *Stinchcombe*. Évidemment, l'accusé n'a pas droit à la communication automatique de tous les aspects des antécédents professionnels de policiers ou des procédures disciplinaires intentées contre eux lorsqu'elles n'ont pas de lien apparent avec la poursuite engagée contre lui. Toutefois, lorsque les renseignements d'ordre disciplinaire sont pertinents, ils devraient faire partie de ceux que la partie principale est tenue de communiquer et leur découverte par l'accusé ne devrait pas être laissée au hasard.

[54] Lorsque l'inconduite reprochée à un policier se rapporte au fait à l'origine de l'accusation portée contre l'accusé, la police a manifestement l'obligation de communiquer les renseignements relativement à la mesure disciplinaire prise par suite de cette inconduite. Par exemple, si un policier est accusé d'avoir eu recours à une force excessive lors de l'arrestation de l'accusé — en violation de la loi provinciale applicable — il est évident que ce renseignement doit être communiqué au ministère public. Lorsque l'inconduite d'un policier n'est pas directement liée à l'enquête relative à l'accusé, ce renseignement peut néanmoins se rapporter à la poursuite engagée contre ce dernier, auquel cas il devrait aussi être communiqué. Par exemple, personne ne contesterait la pertinence pour l'accusé de connaître la condamnation pour parjure d'un témoin civil important, ni l'obligation que ce renseignement fasse partie des renseignements que la partie principale doit communiquer. De même, les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui a participé à la poursuite intentée contre l'accusé devraient être communiquées lorsqu'elles pourraient avoir une incidence sur cette poursuite.

[55] Le besoin d'établir des lignes directrices dans ce domaine a suscité une demande d'examen par le chef du service de police de Toronto. Cet examen, mené par l'honorable George Ferguson, c.r., s'est terminé par la publication, en janvier 2003, du rapport intitulé *Review and Recommendations Concerning*

Various Aspects of Police Misconduct, vol. I (the “Ferguson Report”). The terms of reference included the mandate to review “when, in what manner and under what circumstances does the Police Service have an obligation to bring to the attention of the Crown, alleged or proven acts of misconduct of a police officer who will be a witness or was otherwise involved in an investigation that has led to a criminal proceeding” (p. 1).

[56] The Ferguson Report noted that the question of disclosure of such information was usually left to be determined in the context of an *O’Connor* application for third party production and that this often gave rise to a “Catch-22” problem, stating as follows (at p. 12):

Once into *O’Connor*, it is difficult, if not impossible, for the defence to meet the threshold required to access the records. Unless the officer is notorious or the defence personally knows details of the officer’s files, the defence will be found to be on nothing more than a fishing expedition and access will be denied. A diligent officer-in-charge will not likely know the full employment history of each police witness, and, currently, is not required to make any inquiries. Short of a criminal conviction for dishonesty, nothing is likely to be provided to the Crown for disclosure analysis. Even convictions for dishonesty may not always be revealed. This is clearly unsatisfactory.

[57] The Ferguson Report concluded that leaving the entire question of access to police disciplinary records to be determined under the *O’Connor* regime for third party production “is neither efficient nor justified” (p. 15). In order to assist in bridging the gap between first party disclosure and third party production, the Ferguson Report made a number of recommendations, including the automatic disclosure by the police upon request by the Crown of the following information regarding acts of misconduct by a member of the Toronto Police Service who may be a witness or who was

Various Aspects of Police Misconduct, vol. I (le « Rapport Ferguson »). Le juge Ferguson avait notamment pour mandat d’étudier [TRADUCTION] « quand, comment et dans quelles circonstances le service de police doit porter à l’attention du ministère public l’inconduite présumée ou avérée d’un policier qui devra témoigner ou qui a autrement participé à une enquête qui a donné lieu à une poursuite criminelle » (p. 1).

[56] Dans son rapport, le juge Ferguson a souligné que la question de la communication d’un tel renseignement était habituellement tranchée dans le contexte d’une demande de type *O’Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers et que cette approche a souvent causé une impasse (p. 12) :

[TRADUCTION] Une fois que l’on applique l’arrêt *O’Connor*, il est difficile, voire impossible, pour la défense de satisfaire au seuil requis pour obtenir accès aux dossiers. À moins que le policier ne soit renommé ou que la défense ne connaisse personnellement le contenu des dossiers du policier, on estimera que cette dernière n’effectue rien de plus qu’une recherche à l’aveuglette, et l’accès lui sera refusé. L’agent responsable d’un dossier, même diligent, ne connaîtra probablement pas tous les antécédents professionnels de chaque policier appelé à témoigner, et, actuellement, il n’est pas tenu de se renseigner. En l’absence d’une déclaration de culpabilité au criminel pour malhonnêteté, rien ne risque d’être transmis au ministère public pour une évaluation de la communication. Il se peut même que les déclarations de culpabilité pour malhonnêteté ne soient pas révélées, ce qui est manifestement inacceptable.

[57] Dans son rapport, le juge Ferguson a conclu que le fait de trancher la question de l’accès aux dossiers disciplinaires de la police strictement en fonction du régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor* [TRADUCTION] « n’est ni efficace, ni justifié » (p. 15). Dans le but d’aider à réduire l’écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d’éléments de preuve par les tiers, le Rapport Ferguson fait de nombreuses recommandations portant notamment que, sur demande en ce sens du ministère public, la police

otherwise involved in a case before the court (at p. 17):

- a. Any conviction or finding of guilt under the *Canadian Criminal Code* or under the *Controlled Drugs and Substances Act* [for which a pardon has not been granted].
- b. Any outstanding charges under the *Canadian Criminal Code* or the *Controlled Drugs and Substances Act*.
- c. Any conviction or finding of guilt under any other federal or provincial statute.
- d. Any finding of guilt for misconduct after a hearing under the *Police Services Act* or its predecessor *Act*.
- e. Any current charge of misconduct under the *Police Services Act* for which a Notice of Hearing has been issued.

[58] The Ferguson Report recommended that upon receiving this information from police, the Crown act as “gate-keeper”, sorting out what parts of this material, if any, should be turned over to the defence in compliance with the Crown’s *Stinchcombe* obligation of disclosure. The Ferguson Report made the further recommendation that any concerned officer who was the subject of disciplinary records produced to the Crown be notified in writing and be given the opportunity to make submissions to the Crown.

[59] I agree that it is “neither efficient nor justified” to leave the entire question of access to police misconduct records to be determined in the context of the *O’Connor* regime for third party production. Indeed, as discussed earlier, the disclosure of relevant material, whether it be for or against an accused, is part of the police corollary duty to participate in the disclosure process. Where the information is obviously relevant to the accused’s case, it should form part of the first party

devrait communiquer automatiquement les renseignements suivants à l’égard de l’inconduite d’un membre du service de police de Toronto qui pourrait être appelé à témoigner ou qui a autrement participé à une affaire dont la cour est saisie (p. 17) :

[TRADUCTION]

- a. Toute déclaration ou tout verdict de culpabilité prononcé en vertu du *Code criminel* ou de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* [à l’égard desquels un pardon n’a pas été accordé].
- b. Toute accusation pendante portée en application du *Code criminel* ou de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.
- c. Toute déclaration ou tout verdict de culpabilité prononcés en vertu d’une autre loi fédérale ou provinciale.
- d. Tout verdict de culpabilité pour inconduite prononcé par suite d’une audience tenue sous le régime de la *Loi sur les services policiers* ou de la loi antérieure.
- e. Toute accusation d’inconduite portée en vertu de la *Loi sur les services policiers* à l’égard de laquelle un avis d’audience a été publié.

[58] Le Rapport Ferguson recommandait que, lorsque la police transmet ces renseignements au ministère public, ce dernier agisse comme « gardien », c’est-à-dire qu’il détermine quels renseignements, le cas échéant, devraient être remis à la défense pour satisfaire à l’obligation de communication dictée par *Stinchcombe*. Le Rapport Ferguson recommandait aussi que, dans les cas où un dossier disciplinaire est remis au ministère public, le policier concerné en soit avisé par écrit et se voit accorder la possibilité de présenter ses observations au ministère public.

[59] Je souscris à l’opinion selon laquelle il n’est [TRADUCTION] « ni efficace ni justifié » de trancher la question de l’accès aux dossiers relatifs à l’inconduite d’un policier strictement en fonction du régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor*. En effet, comme nous l’avons vu, la communication de renseignements pertinents à l’accusé, qu’ils lui soient favorables ou non, fait partie de l’obligation corollaire de la police de participer au processus de communication. Lorsque

disclosure package to the Crown *without prompting*. For example, as was the case here, if an officer comes under investigation for serious drug-related misconduct, it becomes incumbent upon the police force, in fulfilment of its corollary duty of disclosure to the Crown, to look into those criminal cases in which the officer is involved and to take appropriate action. Of course, not every finding of police misconduct by an officer involved in the investigation will be of relevance to an accused's case. The officer may have played a peripheral role in the investigation, or the misconduct in question may have no realistic bearing on the credibility or reliability of the officer's evidence. The kinds of information listed in the Ferguson Report can provide useful guidance on those types of matters in respect of which a police force may well be advised to seek the advice of Crown counsel.

[60] With respect to records concerning police disciplinary matters that do not fall within the scope of first party disclosure obligations, procedures such as those recommended in the Ferguson Report, tailored to suit the particular needs of the community in which they are implemented, can go a long way towards ensuring a more efficient streamlining of *O'Connor* applications for third party production. Trial courts seized with motions for disclosure under *Stinchcombe* or applications for third party production are well placed to make appropriate orders to foster the necessary cooperation between police, the Crown and defence counsel.

7. Disposition

[61] The appeal is allowed and the order in the court below is set aside. The application having become moot, the Court makes no further order.

les renseignements se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé, ils devraient faire partie, *sans qu'il soit nécessaire d'en faire la demande*, des renseignements que la police doit communiquer, à titre de partie principale. Si, par exemple, comme c'est le cas en l'espèce, un policier fait l'objet d'une enquête pour inconduite grave liée à la drogue, il incombe au service de police, pour s'acquitter de son obligation corollaire de communication au ministère public, d'examiner les affaires criminelles auxquelles participe le policier et de prendre les mesures appropriées. Évidemment, les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui participe à l'enquête ne seront pas toutes pertinentes quant à la poursuite engagée contre l'accusé. En effet, il se peut que le policier ait joué un rôle périphérique dans l'enquête ou que son inconduite n'ait pas de lien apparent avec sa crédibilité ou la fiabilité de son témoignage. Les types de renseignements énumérés dans le Rapport Ferguson peuvent servir de lignes directrices pour ce genre de situations à l'égard desquelles un service de police serait bien avisé de demander l'avis de l'avocat du ministère public.

[60] Pour ce qui est des dossiers disciplinaires de la police qui ne sont pas visés par l'obligation de communication qui incombe à la partie principale, les procédures comme celles recommandées dans le Rapport Ferguson, conçues pour satisfaire les besoins particuliers de la collectivité où elles sont appliquées, peuvent grandement contribuer à assurer le traitement plus efficace des demandes de type *O'Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers. Les tribunaux saisis de demandes de communication fondées sur l'arrêt *Stinchcombe* ou de demandes de production de dossiers en la possession de tiers sont bien placés pour rendre des ordonnances propres à favoriser la coopération nécessaire entre la police, le ministère public et l'avocat de la défense.

7. Dispositif

[61] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance rendue par la juridiction inférieure est annulée. La demande étant devenue théorique, la Cour ne rend aucune autre ordonnance.

Appeal allowed.

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

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitors for the respondent the Chief of Barrie Police Service, 3rd Party Record Holder: Caswell & Watson, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Matthew Marshall: Gary R. Clewley, Toronto.

Solicitors for the intervener the Police Association of Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the amicus curiae: Henein & Associates, Toronto.

Pourvoi accueilli.

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

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureurs de l'intimé le Chef du service de police de Barrie, tiers détenteur des dossiers : Caswell & Watson, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant Matthew Marshall : Gary R. Clewley, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Police Association of Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'amicus curiae : Henein & Associates, Toronto.