

FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Applicant

- and -

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

- and -

THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA

Intervener

APPENDIX B - BOOK OF AUTHORITIES OF THE INTERVENER, THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA

JENNIFER SELIGY

Legal Counsel
Office of the Privacy Commissioner of
Canada
30 Victoria St.
Gatineau, Quebec K1A 1H3

Tel. (direct): (819) 994-5910

Fax: (819) 994-5863

E-mail: Jennifer.seligy@priv.gc.ca

Legal Counsel for the Privacy
Commissioner of Canada

TO: FEDERAL COURT OF APPEAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Main Floor
Ottawa (Ontario) K1A 0H9

AND TO: DR. GÁBOR LUKÁCS

Halifax, Nova Scotia

Email: lukacs@AirPassengerRights.ca

Applicant

AND TO: ODETTE LALUMIÈRE
Senior Counsel
Canadian Transportation Agency
15, rue Eddy
Gatineau, Québec K1A 0N9

Telephone: 819-994-2226

Fax: 819-953-9269

Email: Odette.Lalumiere@otc-cta.gc.ca

Legal Counsel for the Respondent,
Canadian Transportation Agency

Table of Contents

Tab	Document	Page
CASES		
1.	<i>Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)</i> , [2002] 2 S.C.R. 773.	1
2.	<i>Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)</i> , [2000] 1 S.C.R. 665.	44
3.	<i>Named Person v. Vancouver Sun</i> , 2007 SCC 43.	82
4.	<i>Bernard v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 SCC 13.	160
5.	<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lin</i> , 2011 FC 431.	203
6.	<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board)</i> , [2005] F.C.J. No. 489 reversed on other grounds on appeal, <i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board)</i> , [2006] F.C.J. No. 704.	222
7.	<i>R. v. Spencer</i> , 2014 SCC 43.	283
8.	<i>Royal Bank of Canada v. Trang</i> , 2014 ONCA 883 (CanLII).	337
9.	<i>Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 2 SCR 122.	370
10.	<i>Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)</i> , [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41.	385
11.	<i>F.N. (Re)</i> , 2000 SCC 35.	422
12.	<i>Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques</i> , 2012 NSCA 83 (CanLII)	457
13.	<i>Singer v. The Attorney General of Canada</i> , 2011 FCA 3.	492
OTHER AUTHORITIES		
14.	Chief Justice Beverley McLachlin, “Openness and the Rule of Law”, Remarks at the Annual International Rule of Law Lecture (London, U.K., Jan. 8, 2014), Online: www.barcouncil.org.uk/media/270848/jan_8_2014_-	498

	12 pt. rule of law - annual international rule of law lecture.pdf	
15.	Treasury Board of Canada Secretariat Privacy and Data Protection Guidelines - <i>Use and Disclosure of Personal Information</i> , section 6.15, online: http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=25498&section=HTML (last modified: 1993-12-01).	525
16.	House of Commons Debates, 32nd Parl., 1st session, No. 94 (8 June 1982) at 2205 (Hon. Francis Fox).	549
17.	Canadian Judicial Council, <i>Model Policy for Access to Court Records in Canada</i> , (September 2005), online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_techissues_AccessPolicy_2005_en.pdf	552
18.	Canadian Judicial Council, <i>Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol</i> (March 2005), online: https://cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_techissues_UseProtocol_2005_en.pdf	586
19.	Office of the Privacy Commissioner of Canada, <i>Electronic Disclosure of Personal Information in the Decisions of Administrative Tribunals</i> (2010), online: https://www.priv.gc.ca/information/pub/gd_trib_201002_e.asp	603

The Commissioner of Official Languages *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Robert Lavigne *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

The Privacy Commissioner of Canada *Intervener*

INDEXED AS: LAVIGNE v. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES)

Neutral citation: 2002 SCC 53.

File No.: 28188.

2002: January 17; 2002: June 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Privacy — Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

Le Commissaire aux langues officielles *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Robert Lavigne *Intimé/Appellant au pourvoi incident*

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LAVIGNE c. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES)

Référence neutre : 2002 CSC 53.

N° du greffe : 28188.

2002 : 17 janvier; 2002 : 20 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

Official languages — Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner’s right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Suppl.), ss. 60, 72, 73.

The respondent, a federal public servant, filed complaints with the Commissioner of Official Languages (“COL”) alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. In conducting their investigation the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages (“OCOL”) encountered problems because certain employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. The investigators gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits prescribed by the *Official Languages Act* (“OLA”). The investigation report concluded that the complaints were well founded and submitted recommendations to the Department concerned, which agreed to implement them.

While those proceedings were going on, the respondent made a request to the COL, under s. 12 of the *Privacy Act* (“PA”), for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made. A copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(b) PA. That provision gives the COL the power to refuse access to information requested “the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the conduct of lawful investigations”. Several other requests by the respondent were refused. He filed a complaint with the Privacy Commissioner (“PC”) and following a process of mediation, a number of witnesses who had been questioned agreed to a copy of the personal information contained in the notes of the OCOL investigators being given to the respondent. The PC ruled that the personal information contained in the testimony of the other people questioned, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(b) PA. The respondent then brought an application for judicial review of the COL’s decision refusing to disclose the

Langues officielles — Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d’un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu’il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

L’intimé, un fonctionnaire fédéral, dépose auprès du Commissaire aux langues officielles (« CLO ») des plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d’emploi et de promotion. Au cours de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles se heurtent à des difficultés puisque, craignant des représailles de la part de l’intimé, certains employés hésitent à fournir des renseignements. Les enquêteurs donnent l’assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites prévues par la *Loi sur les langues officielles* (« LLO »). Le rapport d’enquête conclut au bien-fondé des plaintes et fait des recommandations au ministère visé, lequel convient d’y donner suite.

Parallèlement à ces procédures, l’intimé présente au CLO, en vertu de l’art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« LPRP »), une demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu’il avait déposées. Une copie de ces renseignements est envoyée à l’intimé, sauf les parties retenues en raison de l’exclusion prévue à l’al. 22(1)(b) LPRP. Cette disposition confère au CLO le pouvoir de refuser l’accès aux renseignements demandés si « la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire [. . .] au déroulement d’enquêtes licites ». Plusieurs autres demandes de l’intimé sont refusées. Il dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée (« CPVP ») et à la suite d’un processus de médiation, plusieurs témoins interrogés consentent à ce que l’intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. Le CPVP statue que, à défaut du consentement des autres personnes interrogées, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l’al. 22(1)(b) LPRP.

information requested. The dispute relates to the personal information concerning the respondent as well as non-personal information contained in the interview notes of the OCOL investigators. In the case of the personal information, the respondent's request relates only to the notes of the interview with his supervisor. The Federal Court, Trial Division ordered disclosure of the personal information requested by the respondent. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. The Federal Court of Appeal affirmed that decision. The issue on the main appeal is whether, pursuant to s. 22(1)(b) PA, disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the COL. The issue on the cross-appeal is whether the respondent is entitled to information other than personal information.

Held: The main appeal and the cross-appeal should be dismissed.

This case concerns the application of the OLA and the PA in relation to each other. The provisions at issue must therefore be reconciled and read together. Parliament has made it plain that the PA applies to the OCOL. However, the PA, including the power provided in s. 22(1)(b), must be applied to the OCOL in a manner consistent with the objective of the OLA of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions and with the unique context in which the COL's investigations, the private and confidential nature of which is important, are conducted. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. If Parliament had not enacted the provisions requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential to protect them, it might have been difficult to achieve the objectives of the OLA. This confidentiality is not absolute, however, given the limits imposed by ss. 72, 73 and 74 OLA and the PA. When a request for disclosure of information is made under the PA, the COL may refuse access to the information requested under s. 22(1)(b) PA. That provision allows the exception to disclosure to be used once an investigation is over. Neither the definition of the word "investigation" in s. 22(3) nor the wording of s. 22(1)(b) should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway, those that are about to commence or specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that provision. The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(b), however,

L'intimé intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du CLO lui refusant la communication des renseignements demandés. La contestation vise les renseignements personnels concernant l'intimé ainsi que les renseignements non personnels contenus dans les notes d'entrevue des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. En ce qui concerne les renseignements personnels, la demande de l'intimé ne porte que sur les notes relatives à l'entrevue de sa superviseuse. La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision. Le pourvoi principal vise à déterminer si, aux termes de l'al. 22(1)(b) LPRP, la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le CLO. Le pourvoi incident soulève la question de savoir si l'intimé a droit aux renseignements autres que personnels.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le litige porte sur l'application de la LLO et de la LPRP en regard l'une de l'autre. Les dispositions en jeu doivent donc être conciliées et lues ensemble. Le législateur a en effet clairement indiqué que la LPRP s'applique au Commissariat aux langues officielles. Cette application, y compris l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)(b) LPRP, doit se faire cependant dans le respect des objectifs de la LLO de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales, et du contexte particulier des enquêtes du CLO, dont le caractère secret et confidentiel est un élément important. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Si le législateur n'avait pas prévu de dispositions imposant le secret et la confidentialité pour les protéger, les objectifs de la LLO pourraient difficilement être atteints. Cette confidentialité n'est toutefois pas absolue vu les limites imposées par les art. 72, 73 et 74 LLO et la LPRP. Lors d'une demande de communication de renseignements en vertu de la LPRP, le CLO peut refuser l'accès aux renseignements demandés en vertu de l'al. 22(1)(b) LPRP. Cette disposition permet d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation une fois l'enquête close. Ni la définition du mot « enquête » apparaissant au par. 22(3) ni le libellé de l'al. 22(1)(b) ne doivent s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours, à celles sur le point de commencer ou encore à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cette disposition. La non-divulgation des renseignements

is authorized only where disclosure “could reasonably be expected” to be injurious to investigations. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The COL has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly.

In this case, it cannot reasonably be concluded from the COL’s statements that disclosure of the interview notes that are the subject of the judicial review application could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his future investigations. The COL has not established, as required by s. 47 PA, that his discretion was properly exercised. His decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the COL shows instead that his decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that the person interviewed had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to his investigations the latter might cause. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the interview notes on future investigations, an attempt was made to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by the PA and the OLA. The COL must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In this case, the COL has not shown that it is reasonable to maintain confidentiality.

With respect to the cross-appeal, the respondent cannot obtain disclosure of information other than personal information since his request is based on s. 12(1) PA, which provides that only personal information may be disclosed.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140

personnels prévue à l’al. 22(1)*b*) n’est toutefois autorisée que s’il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l’enquête. Il faut qu’il y ait un lien clair et direct entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l’organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d’assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l’intégrité du processus d’enquête. Le CLO a l’obligation d’être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l’application de son pouvoir.

En l’espèce, les affirmations du CLO ne permettent pas raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d’entrevue visées par le recours en révision judiciaire risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Le CLO n’a pas fait la preuve, comme le prévoit l’art. 47 LPRP, du bien-fondé de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Sa décision doit être basée sur des motifs réels et liés au cas précis à l’étude. La preuve déposée par le CLO démontre plutôt que sa décision de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s’appuie sur l’absence de consentement à la divulgation de la personne interviewée et n’établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer à ses enquêtes. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d’entrevue sur les enquêtes futures, on a tenté de faire une preuve générale que l’absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Or, l’autorisation de divulguer les notes d’entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la LPRP et la LLO. Le CLO doit exercer son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. En l’espèce, le CLO n’a pas démontré qu’il est raisonnable de maintenir la confidentialité.

Quant au pourvoi incident, l’intimé ne peut obtenir la divulgation d’informations autres que des renseignements personnels puisque sa demande est fondée sur le par. 12(1) LPRP qui prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être communiqués.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration*

F.T.R. 140; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, Part IV [rep. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3); repl. *idem*, Sch. II].

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), preamble, ss. 2, Part IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, Part X, 77(3), 78, 82.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 “personal information”, (g), 4, 7, 8(1), (2) [am. c. 1 (3rd Supp.), s. 12 (Sch., item 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(b), 18 à 28, 22(1)(b), (3), 29(1)(a), (b), (c), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, Schedule [am. c. 31 (4th Supp.), s. 101].

Authors Cited

Braën, André. “Language Rights”. In Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1987, 1.

Canada. Legislative Committee on Bill C-72. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, pp. 20:25, 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. “The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution” (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto: Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

et du statut de réfugié, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. n° 1135 (QL); *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, partie IV [abr. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3); rempl. *idem*, ann. II].

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », g), 4, 7, 8(1), (2) [mod. ch. 1 (3^e suppl.), art. 12 (ann., n° 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(b), 18 à 28, 22(1)(b), (3), 29(1)(a), (b), (c), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, annexe [mod. ch. 31 (4^e suppl.), art. 101].

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), préambule, art. 2, partie IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, partie X, 77(3), 78, 82.

Doctrine citée

Braën, André. « Les droits linguistiques ». Dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 1.

Canada. Comité législatif sur le projet de loi C-72. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule n° 20, 7 juin 1988, p. 20:25, 20:28 - 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto : Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Ottawa: Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 261 N.R. 19, [2000] F.C.J. No. 1412 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] F.C.J. No. 1527 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Barbara A. McIsaac, Q.C., Johane Tremblay and Gregory S. Tzemenakis, for the appellant/respondent on the cross-appeal.

Robert Lavigne, on his own behalf.

Dougald E. Brown and Steven Welchner, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ This case involves the application of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, in relation to each other, and at issue is the right of access to personal information collected in private in an investigation conducted under the *Official Languages Act*. More precisely, we must decide whether disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the Commissioner of Official Languages.

II. Facts

² The respondent, Robert Lavigne, worked in the Montreal office of the Department of National

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa : Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 261 N.R. 19, [2000] A.C.F. n° 1412 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] A.C.F. n° 1527 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Barbara A. McIsaac, c.r., Johane Tremblay et Gregory S. Tzemenakis, pour l'appellant/intimé au pourvoi incident.

Robert Lavigne, en personne.

Dougald E. Brown et Steven Welchner, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, en regard l'une de l'autre et vise le droit d'accès aux renseignements personnels recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée sous le régime de la *Loi sur les langues officielles*. Plus précisément, il nous faut décider si la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le Commissaire aux langues officielles.

II. Les faits

L'intimé, Robert Lavigne, travaillait au bureau de Montréal du ministère de la Santé nationale

Health and Welfare (now the Department of Human Resources Development Canada (“the Department”). Between November 1992 and March 1993 he filed four complaints with the Commissioner of Official Languages (“the Commissioner”) alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. The respondent complained that he had been forced to use French.

In the course of their investigation, the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages questioned some 25 employees of the Department, including the respondent, his immediate supervisor and some of his co-workers, as well as managers and other employees. The investigators encountered problems in conducting their investigation because a number of Department employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. In those instances, the investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an ombudsman, and the private nature of the investigations. They gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits of ss. 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*.

After the interviews were conducted, the investigation report concluded that the respondent’s four complaints were well founded and made five recommendations to the Department. The Department did not question the Commissioner’s findings, and agreed to implement the recommendations.

After the Commissioner’s report was submitted, the respondent applied to the Federal Court, Trial Division for a remedy from the Department under Part X of the *Official Languages Act*. The Federal Court, being of the opinion that an application under that Part is a proceeding *de novo*, based its decision on the evidence submitted in affidavit form, and not on the evidence contained in the Commissioner’s investigation files. The affidavits included those of France Doyon, Jacqueline Dubé and Normand Chartrand. The respondent had an opportunity to cross-examine the Department’s witnesses, including those three individuals, but did not do so. On October 30, 1996, the Federal Court (whose

et du Bien-être social (à présent le ministère du Développement des ressources humaines Canada (« le ministère »)). Entre novembre 1992 et mars 1993, il a déposé auprès du Commissaire aux langues officielles (« le commissaire ») quatre plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d’emploi et de promotion. L’intimé se plaignait d’être forcé d’utiliser le français.

Dans le cadre de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles interrogent quelque 25 employés du ministère, y compris l’intimé, sa superviseuse immédiate et quelques-uns de ses collègues de travail ainsi que des gestionnaires et d’autres employés. Les enquêteurs se heurtent à des difficultés au cours de leur enquête, parce qu’un certain nombre d’employés du ministère sont réticents à fournir des renseignements, craignant des représailles de la part de l’intimé. Les enquêteurs expliquent alors le rôle et la mission du commissaire à titre d’ombudsman et le caractère secret des enquêtes. Ils donnent l’assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites des art. 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*.

À la suite des entrevues, le rapport d’enquête conclut au bien-fondé des quatre plaintes de l’intimé et fait cinq recommandations au ministère. Celui-ci ne met pas en doute les conclusions du commissaire et convient d’y donner suite.

À la suite du rapport du commissaire, l’intimé s’adresse à la Section de première instance de la Cour fédérale pour obtenir réparation du ministère en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*. Considérant qu’une demande en vertu de cette partie est une procédure *de novo*, la Cour fédérale fonde sa décision sur la preuve par affidavits et non sur la preuve contenue dans les dossiers d’enquête du commissaire. Parmi les affidavits se trouvent ceux de France Doyon, Jacqueline Dubé et Normand Chartrand. L’intimé avait la possibilité de contre-interroger les témoins du ministère, y compris ces trois personnes, mais ne s’en est pas prévalu. Le 30 octobre 1996, la Cour fédérale (dont

3

4

5

decision was affirmed on appeal (1998), 228 N.R. 124) ordered the Department to pay the respondent \$3,000 in damages and to write him a letter of apology: [1997] 1 F.C. 305.

6

On July 7, 1993, while those proceedings were going on, the respondent made an initial request to the Commissioner for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made to him. On September 10, 1993, a copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*, *inter alia*. Several additional requests for information were subsequently submitted to the Commissioner, but they were denied.

7

In September 1994, the respondent filed a complaint with the Privacy Commissioner, who launched an investigation in the course of which he attempted to settle the respondent's complaints by mediation. Through this process, a number of witnesses who had been questioned by the Commissioner's representatives agreed to a copy of the personal information contained in the investigators' notes being given to the respondent. However, the testimony of 10 other individuals was not covered by the settlement agreement, either because they could not be located or because they had denied or not responded to the request. On April 25, 1997, the Privacy Commissioner ruled that the personal information contained in the testimony of those 10 people, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*.

8

Following the proceedings before the Privacy Commissioner, the Commissioner again refused to disclose certain personal information to the respondent. The respondent then brought an application for judicial review of the Commissioner's decision. The documents originally in issue in his application to the Federal Court are the complete notes taken by the investigators in the Office of

la décision a été confirmée par la suite en appel (1998), 228 N.R. 124) a ordonné au ministère de verser à l'intimé le montant de 3 000 \$ à titre de dommages-intérêts et de lui écrire une lettre d'excuse : [1997] 1 C.F. 305.

Parallèlement à ces procédures, le 7 juillet 1993, l'intimé présente au commissaire une première demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès de celui-ci. Le 10 septembre 1993, une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Plusieurs autres demandes de renseignements sont présentées au commissaire par la suite, mais sont refusées.

En septembre 1994, l'intimé dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et celui-ci ouvre une enquête au cours de laquelle il tente de régler les plaintes de l'intimé par la médiation. Par la suite, plusieurs témoins interrogés par les représentants du commissaire consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs. Toutefois, les témoignages de 10 autres personnes demeurent exclus de cette entente à l'amiable soit parce qu'elles n'ont pu être retrouvées, soit parce qu'elles ont refusé ou n'ont pas répondu à la demande. Le 25 avril 1997, le Commissaire à la protection de la vie privée statue que, à défaut du consentement de ces 10 personnes, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

À la suite de ces procédures devant le Commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire maintient son refus de communiquer certains renseignements personnels à l'intimé. Celui-ci intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du commissaire. Les documents visés à l'origine dans son recours devant la Cour fédérale sont les notes complètes des enquêteurs du

the Commissioner of Official Languages during the interviews held with the following people: the district manager of the Montreal office, Normand Chartrand; the respondent's immediate supervisor, Jacqueline Dubé; and the regional coordinator of official languages, France Doyon. Normand Chartrand and France Doyon subsequently agreed to disclosure by the Commissioner of the personal information concerning the respondent in the notes of their interviews. The dispute therefore relates to the personal information contained in the notes of the interview with Ms. Dubé and the notes relating to these three individuals that do not contain any personal information about the respondent.

The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal set aside the Commissioner's decision in part and ordered disclosure of the personal information requested. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. It is those decisions that are the subject of these appeals.

In the main appeal, the appellant is seeking to have the decision of the Federal Court of Appeal ordering him to disclose the personal information he holds set aside. In the cross-appeal, the respondent is seeking to have all of the relevant information (whether or not it is personal information) disclosed by the Commissioner.

III. Relevant Statutory Provisions

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

Commissariat aux langues officielles prises au cours des entrevues menées auprès des personnes suivantes : le directeur de district du bureau de Montréal, Normand Chartrand, la superviseure immédiate de l'intimé, Jacqueline Dubé, et la coordinatrice régionale des langues officielles, France Doyon. Normand Chartrand et France Doyon ont par la suite consenti à la divulgation par le commissaire des renseignements personnels concernant l'intimé qui se trouvent dans les notes de leurs entrevues. La contestation porte donc sur les renseignements personnels contenus dans les notes d'entrevue avec M^{me} Dubé ainsi que les notes se rapportant à ces trois personnes mais ne renfermant aucun renseignement personnel sur l'intimé.

La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont infirmé en partie la décision du commissaire et ordonné la divulgation des renseignements personnels demandés. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. Ces décisions font l'objet du présent pourvoi.

Dans l'appel principal, l'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel fédérale lui ordonnant de divulguer des renseignements personnels qu'il détient. Dans l'appel incident, l'intimé demande que le commissaire divulgue l'ensemble des informations pertinentes (qu'il s'agisse de renseignements personnels ou non).

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

9

10

11

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

. . . .

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(a) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(b) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . . .

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

. . . .

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . . .

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé

establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(b) or (c) or 24(a), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

(2) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any federal institution, the Commissioner shall, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or institution a full and ample opportunity to answer any adverse allegation or criticism, and to be assisted or represented by counsel for that purpose.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

73. The Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to carry out an investigation under this Act; or

(b) in the course of proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)b) ou c) ou 24a), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.)

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

(2) Le commissaire n'est pas obligé de tenir d'audience, et nul n'est en droit d'exiger d'être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l'enquête, il estime qu'il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à une institution fédérale, il prend, avant de clore l'enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet et, à cette fin, de se faire représenter par un avocat.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi.

73. Le commissaire peut communiquer ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à communiquer :

a) les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes;

b) des renseignements, soit lors d'un recours formé devant la Cour fédérale aux termes de la partie X, soit lors de l'appel de la décision rendue en l'occurrence.

74. The Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

IV. Decisions of the Lower Courts

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 157 F.T.R. 15

12 Dubé J. allowed the application for judicial review of the Commissioner's decision. Section 2 of the *Privacy Act* provides, *inter alia*, that the purpose of the Act is to extend the present laws of Canada that provide individuals with a right of access to personal information about themselves. Consequently, in the opinion of Dubé J., disclosure is the rule and withholding is the exception. Section 22(1)(b) of the *Privacy Act* is an exception to the general rule and accordingly must be narrowly construed. It provides a limited exemption relating solely to investigations that are underway or about to begin, and not future investigations. Being of the view that the investigation was over, Dubé J. concluded that s. 22(1)(b) did not apply.

13 In addition, Dubé J. concluded that the Commissioner had not established that the disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to the conduct of its investigations (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140 F.T.R. 140). Promises of confidentiality are not essential because the Commissioner has the power to issue *subpoenas*.

14 Under s. 49 of the *Privacy Act*, Dubé J. ordered the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent. However, the *Privacy Act* does not entitle the respondent to require the disclosure of information other than "personal information".

74. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance au cours d'une enquête, dans l'exercice de leurs attributions, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom ou sous son autorité ont qualité pour témoigner, mais ne peuvent y être contraints que lors des circonstances visées à l'alinéa 73b).

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale* (1998), 157 F.T.R. 15

Le juge Dubé accueille la demande de révision judiciaire de la décision du commissaire. L'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit, entre autres, que cette loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent. Par conséquent, selon le juge de la Cour fédérale, la divulgation est la règle et la rétention est l'exception. L'alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue une exception à la règle générale et doit, par conséquent, être interprété restrictivement. Il énonce une exclusion restreinte qui concerne seulement des enquêtes en cours ou sur le point de commencer et non des enquêtes futures. Considérant que l'enquête est close, le juge Dubé conclut que l'al. 22(1)b) ne s'applique pas.

De plus, le juge Dubé conclut que le commissaire n'a pas réussi à établir que la communication des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL) (1^{re} inst.)). Les promesses de confidentialité ne sont pas nécessaires, car le commissaire a le pouvoir de décerner des citations à comparaître.

En vertu de l'art. 49 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le juge Dubé ordonne à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé. Toutefois, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne confère aucun droit à l'intimé d'exiger la divulgation d'informations autres que les « renseignements personnels ».

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 261 N.R. 19

Sharlow J.A., on behalf of the court, affirmed the decision of Dubé J. and dismissed the appeal. The Federal Court of Appeal was also of the opinion that s. 22(1)(b) of the *Privacy Act* does not apply to protect the information that the Commissioner collected in the course of an investigation, once the investigation has concluded (*Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*).

Sharlow J.A. also rejected the appellant's argument that Dubé J. had failed to consider whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada, within the meaning of s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*. In the opinion of Sharlow J.A., the evidence in the record was not capable of supporting such a conclusion. It established, at most, the possibility that witnesses may be reluctant to cooperate in an investigation unless they have an absolute assurance of secrecy. Sharlow J.A. upheld Dubé J.'s decision ordering the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent.

The Federal Court of Appeal also dismissed the cross-appeal on the ground that a request under the *Privacy Act* may be made only to obtain personal information.

V. IssuesA. *Main Appeal*

1. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the Commissioner may not rely on s. 22(1)(b) of the *Privacy Act* to refuse to disclose personal information that was collected in the course of an investigation conducted under the *Official Languages Act*, when the Commissioner's investigation has concluded?

B. *Cour d'appel fédérale* (2000), 261 N.R. 19

Le juge Sharlow, au nom de la cour, confirme la décision du juge Dubé et rejette l'appel. La Cour d'appel fédérale est aussi d'avis que l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas de façon à protéger les renseignements que le commissaire recueille au cours d'une enquête, une fois que celle-ci est terminée (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité).

Par ailleurs, le juge Sharlow rejette l'argument de l'appelant selon lequel le juge Dubé a omis d'évaluer si la divulgation risquait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales, d'après l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon le juge Sharlow, la preuve au dossier ne peut étayer pareille conclusion. Elle démontre, tout au plus, que certains témoins seront réticents à collaborer à l'enquête sans une assurance absolue de confidentialité. Le juge Sharlow confirme la décision du juge Dubé ordonnant à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé.

La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel incident au motif qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est possible que pour obtenir des renseignements personnels.

V. Questions en litigeA. *Pourvoi principal*

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le commissaire ne peut invoquer l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour refuser de communiquer des renseignements personnels qui ont été recueillis au cours d'une enquête menée en application de la *Loi sur les langues officielles*, lorsque l'enquête du commissaire est terminée?

15

16

17

18

2. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that there were no reasonable grounds for the Commissioner's refusal?

B. *Cross-Appeal*

19 Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the respondent was not entitled to information other than personal information?

VI. Analysis

A. *Applicable Legislation*

20 The issue in this case is the application of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* in relation to each other. What we must first do is to ascertain the purpose and scope of the two Acts, and analyse the respective roles of the two Commissioners. It will then be possible, having regard to those general principles, to consider the statutory provisions on which the parties rely.

21 The *Official Languages Act* is a significant legislative response to the obligation imposed by the Constitution of Canada in respect of bilingualism in Canada. The preamble to the Act refers expressly to the duties set out in the Constitution. It cites the equality of status of English and French as to their use in the institutions of the Parliament and government of Canada and the guarantee of full and equal access in both languages to Parliament and to the laws of Canada and the courts. In addition, the preamble states that the Constitution provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with and receive services from any institution of the Parliament or government of Canada in English and French. The fact that the *Official Languages Act* is a legislative measure taken in order to fulfil the constitutional duty in respect of bilingualism is not in doubt.

22 Section 2 of the *Official Languages Act* sets out the purpose of the Act:

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all fed-

2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le refus du commissaire n'était pas fondé sur des motifs raisonnables?

B. *Pourvoi incident*

La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que l'intimé n'a pas droit aux renseignements autres que personnels?

VI. Analyse

A. *Les lois applicables*

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en regard l'une de l'autre. Dans un premier temps, on doit en cerner l'objet et la portée et analyser le rôle respectif des deux commissaires. C'est à la lumière de ces principes généraux qu'il sera possible, par la suite, de traiter des dispositions invoquées par les parties.

La *Loi sur les langues officielles* est une réponse législative importante à l'obligation imposée par la Constitution canadienne en matière de bilinguisme au Canada. Son préambule fait expressément référence aux obligations linguistiques prévues par la Constitution. Il rappelle le statut d'égalité quant à l'usage du français et de l'anglais dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada de même que l'universalité d'accès dans ces deux langues au Parlement et à ses lois ainsi qu'aux tribunaux. De plus, le préambule mentionne que la Constitution offre des garanties quant au droit du public d'utiliser le français et l'anglais dans leurs communications avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Il ne fait donc aucun doute que la *Loi sur les langues officielles* est une mesure législative prise dans le but de répondre à l'obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme.

L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* en énonce la mission :

2. La présente loi a pour objet :

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans

eral institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(b) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(c) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

Those objectives are extremely important, in that the promotion of both official languages is essential to Canada's development. As this Court said in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The *Official Languages Act* is more than just a statement of principles. It imposes practical requirements on federal institutions, as Bastarache J. wrote in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24:

The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe, supra*, at p. 365. It also means that

les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

Ces objectifs sont fort importants, car la promotion des deux langues officielles est essentielle au bon développement du Canada. Comme le disait notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744 :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

La *Loi sur les langues officielles* va au-delà d'un énoncé de principes. Elle impose des exigences pratiques aux institutions fédérales, comme le mentionne le juge Bastarache dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24 :

L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à

the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. [Emphasis added.]

23

The importance of these objectives and of the constitutional values embodied in the *Official Languages Act* gives the latter a special status in the Canadian legal framework. Its quasi-constitutional status has been recognized by the Canadian courts. For instance, in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at p. 386 (see also *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.), at pp. 602-3), the Federal Court of Appeal said:

The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects “certain basic goals of our society” and must be so interpreted “as to advance the broad policy considerations underlying it.” [Emphasis added.]

The Federal Court was correct to recognize the special status of the *Official Languages Act*. The constitutional roots of that Act, and its crucial role in relation to bilingualism, justify that interpretation.

24

The *Privacy Act* is also fundamental in the Canadian legal system. It has two major objectives. Its aims are, first, to protect personal information held by government institutions, and second, to provide individuals with a right of access to personal information about themselves (s. 2). Obviously, it is the second objective that is in issue in these appeals. Until 1983, the core elements of the legal guarantees of the confidentiality of personal information were set out in Part IV of the *Canadian Human Rights*

la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. [Je souligne.]

L'importance de ces objectifs de même que les valeurs constitutionnelles incarnées par la *Loi sur les langues officielles* confèrent à celle-ci un statut privilégié dans l'ordre juridique canadien. Son statut quasi-constitutionnel est reconnu par les tribunaux canadiens. Ainsi, la Cour d'appel fédérale s'exprimait de la façon suivante dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, p. 386 (voir également *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1^{re} inst.), p. 602-603) :

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment « certains objectifs fondamentaux de notre société » et qui doivent être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent. » [Je souligne.]

C'est à juste titre que la Cour fédérale a reconnu le statut privilégié de la *Loi sur les langues officielles*. Les racines constitutionnelles de cette loi de même que son rôle primordial en matière de bilinguisme justifient une telle interprétation.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également une loi fondamentale du système juridique canadien. Elle a deux objectifs importants. Elle vise, premièrement, à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, deuxièmement, à assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent (art. 2). Le présent pourvoi s'intéresse évidemment à l'analyse du deuxième objectif. Jusqu'en 1983, c'était la

Act, S.C. 1976-77, c. 33. Part IV of the *Canadian Human Rights Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3)) and replaced by the *Privacy Act* (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II). In view of the quasi-constitutional mission of that Act, the courts have recognized its special nature. In *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at p. 652, Noël J. of the Federal Court, Trial Division wrote:

The enactment by Parliament of Part IV of the *Canadian Human Rights Act*, later replaced by the *Privacy Act*, illustrated its recognition of the importance of the protection of individual privacy. A purposive approach to the interpretation of the *Privacy Act* is thus justified by the statute's quasi-constitutional legislative roots. [Emphasis added.]

The *Privacy Act* is a reminder of the extent to which the protection of privacy is necessary to the preservation of a free and democratic society. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, La Forest J. wrote (although he dissented, he spoke for the entire Court on this point):

The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at pp. 349-50. An expression of an individual's unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one's own thoughts, actions and decisions; see *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per* La Forest J.; see also Joel Feinberg, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?" (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

Privacy is also recognized in Canada as worthy of constitutional protection, at least in so far as it is encompassed by the right to be free from unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights*

partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, qui contenait l'essentiel des garanties légales de confidentialité des renseignements personnels. La partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut abrogée (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3)) et remplacée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II). Considérant la vocation quasi-constitutionnelle de cette loi, les tribunaux en ont reconnu le caractère privilégié. C'est ainsi que le juge Noël, de la Section de première instance de la Cour fédérale, s'exprimait dans *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, p. 652 :

L'adoption, par le Parlement, de la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, remplacée depuis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, montre toute l'importance qu'on accorde à la protection de la vie privée des individus. Compte tenu de cette origine législative quasi constitutionnelle de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est à juste titre qu'on l'interprète en fonction de son objet. [Je souligne.]

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* rappelle à quel point la protection de la vie privée est nécessaire au maintien d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest affirmait (bien qu'il soit dissident, il exprime sur ce point l'opinion de l'ensemble de la Cour) :

La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Étant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne, la notion de vie privée repose sur l'autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d'agir et de décider pour lui-même; voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest; voir aussi Joel Feinberg, « Autonomy, Sovereignty, and Privacy : Moral Ideals in the Constitution? » (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

La vie privée est également reconnue au Canada comme étant digne d'être protégée par la Constitution, du moins dans la mesure où elle est incluse dans le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies

and Freedoms; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Certain privacy interests may also inhere in the s. 7 right to life, liberty and security of the person; see *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

La Forest J. also did not hesitate in that case to recognize “the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture” (para. 69). La Forest J. added, at para. 61, that the overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy:

It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

And lastly, L’Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, wrote on the question of the importance of protecting privacy in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 614:

The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* “to be secure against unreasonable search or seizure”. This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information may be used to those for which it was received. [Emphasis in original.]

The *Official Languages Act* and the *Privacy Act* are closely linked to the values and rights set out in the Constitution, and this explains the quasi-constitutional status that this Court has recognized them as having. However, that status does not operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation, defined by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

abusives, garanti par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Certains droits à la vie privée peuvent également être inclus dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l’art. 7; voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

De plus, dans cette même affaire, le juge La Forest n’a pas hésité à reconnaître, « le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique » (par. 69). Le juge La Forest ajoute également, au par. 61, que la loi en matière d’information a pour objet général de favoriser la démocratie :

Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l’information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l’ensemble de la population.

Enfin, madame le juge L’Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, s’exprimait ainsi à l’égard de l’importance de la protection de la vie privée dans l’arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 614 :

L’importance fondamentale qu’accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l’art. 8 de la *Charte* « contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus. [Souligné dans l’original.]

La *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont étroitement liées aux valeurs et aux droits prévus par la Constitution, ce qui explique leur statut quasi-constitutionnel reconnu par cette Cour. Ce statut n’a toutefois pas pour effet de modifier l’approche traditionnelle d’interprétation des lois, définie par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

The quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* is one indicator to be considered in interpreting them, but it is not conclusive in itself. The only effect of this Court's use of the expression "quasi-constitutional" to describe these two Acts is to recognize their special purpose.

The *Privacy Act* deals with "personal information", which is defined in s. 3 of the Act. As Jerome A.C.J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at p. 557, s. 3 is "deliberately broad" and "is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". (See also *Dagg, supra*, at para. 69.) Section 3 provides, *inter alia*:

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

. . . .

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

To achieve the objectives of the *Privacy Act*, Parliament has created a detailed scheme for collecting, using and disclosing personal information. First, the Act specifies the circumstances in which personal information may be collected by a government institution, and what use the institution may make of it: only personal information that relates directly to an operating program or activity of the government institution that collects it may be collected (s. 4), and it may be used for the purpose for which it was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose, and for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under s. 8(2) (s. 7). As a rule, personal information may never be disclosed to third parties except with the consent of the individual to whom it relates (s.

Le statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un indicateur à considérer dans leur interprétation, mais n'est pas déterminant en soi. L'utilisation par notre Cour de l'expression « quasi-constitutionnel » pour décrire ces deux lois n'a pour effet que de reconnaître leur objet particulier.

Comme son nom l'indique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise les « renseignements personnels » que définit l'art. 3 de cette loi. Comme l'a précisé le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), p. 557, l'art. 3 est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus ». (Voir également l'affaire *Dagg*, précitée, par. 69.) L'article 3 prévoit entre autres :

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

. . . .

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

Pour réaliser les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a mis en place un régime détaillé de collecte, d'utilisation et de communication des renseignements à caractère personnel. D'abord, la loi précise dans quelles circonstances des renseignements personnels peuvent être recueillis par une institution fédérale et l'usage qu'on peut en faire, soit seuls les renseignements personnels ayant un lien direct avec les programmes ou les activités de l'institution fédérale qui les recueille (art. 4), et ceci pour les fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins, et celles auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du par. 8(2) (art. 7). En principe, les renseignements personnels ne peuvent être communiqués à des tiers,

8(1)) and subject to the exceptions set out in the Act (s. 8(2)).

28 The Act also governs the retention of personal information, which must be stored in personal information banks (s. 10). The Act provides that every individual who is a Canadian citizen or permanent resident has a right to be given access to personal information about the individual held by a government institution (s. 12). It is that section that Mr. Lavigne relies on in requesting access to personal information about him.

29 The Act also sets out the circumstances in which a government institution may or must refuse to disclose personal information to the individual to whom the information relates (ss. 18 to 28). B. McIsaac, R. Shields and K. Klein describe those exceptions as follows in *The Law of Privacy in Canada* (loose-leaf), at p. 3-15:

Sections 18 through 28 of the *Privacy Act* provide for the establishment of exempt banks of personal information and establish various provisions for the exemption of personal information which has been requested. These exempting provisions fall into two major types. First there are exemptions which are based on the classification or type of personal information involved. In these cases, the personal information is subject to exemption from disclosure simply because it falls into the class described in the exempting provision. The other exemptions require that the head of the institution be satisfied that the use of the personal information in question would result in an injury or other consequence which is specified in the exempting section. The reasonable expectation of injury test requires that there be a reasonable expectation of “probable” harm. . . . In most cases, even if the personal information falls within a class which is exempt from disclosure simply because of the nature of the personal information in question, the head of the institution still has a discretion to release the personal information. There are only three situations in which the head of the institution is statutorily obliged to refuse to release personal information [ss. 19, 22(2) and 26].

30 Given that one of the objectives of the *Privacy Act* is to provide individuals with access to personal information about themselves, the courts have

sauf avec le consentement de l’individu qu’ils concernent (par. 8(1)) et sauf exceptions prévues à cette loi (par. 8(2)).

Cette loi régleme également la conservation des renseignements personnels en prévoyant leur versement dans des fichiers de renseignements personnels (art. 10). La loi prévoit le droit d’accès de tout citoyen canadien et tout résident permanent aux renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale (art. 12). C’est en vertu de cet article que M. Lavigne a demandé l’accès aux renseignements personnels le concernant.

Cette loi prévoit aussi des circonstances où l’institution fédérale peut ou doit refuser la communication de renseignements personnels à l’individu visé par ces renseignements (art. 18 à 28). B. McIsaac, R. Shields et K. Klein décrivent ainsi ces exceptions dans *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-15 :

[TRADUCTION] Les articles 18 à 28 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoient l’établissement de fichiers de renseignements personnels inconsultables ainsi que différentes dispositions exemptant de communication certains renseignements personnels demandés. Ces dispositions d’exemption entrent dans deux grandes catégories. Premièrement, il y a les exemptions fondées sur la qualification ou le genre des renseignements personnels en cause. Dans ces cas, les renseignements personnels sont exemptés de communication simplement parce qu’ils relèvent de la catégorie décrite dans la disposition d’exemption. Les autres exemptions exigent que le responsable de l’institution soit convaincu que l’utilisation des renseignements personnels en question causerait un préjudice ou entraînerait une autre conséquence précisée dans la disposition portant exception. Le critère de la prévisibilité raisonnable de dommage exige une attente raisonnable de préjudice « probable ». [. . .] Dans la plupart des cas, même si les renseignements personnels relèvent d’une catégorie exemptée de communication simplement en raison de leur nature, le responsable de l’institution a le pouvoir discrétionnaire de les communiquer. Il n’existe que trois cas où la loi interdit au responsable de l’institution de communiquer des renseignements personnels [art. 19, par. 22(2) et art. 26].

Étant donné qu’un des objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est d’assurer l’accès des individus aux renseignements

generally interpreted the exceptions to the right of access narrowly. For instance, in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, Richard J. of the Federal Court, Trial Division said, at paras. 34-35:

The general preamble as contained in s. 2 of the *Privacy Act*, has the same general effect as s. 2(1) of the *Access to Information Act*. The *Privacy Act* must also be guided by the purposive clause. . . .

The *Privacy Act's* purpose is to provide access to personal information maintained by government. The rules of interpretation described above also apply in this instance. The necessary exceptions to the access must be strictly construed.

Similarly, in *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296, at p. 299, the Federal Court, Trial Division said:

It must also be emphasized that since the main purpose of these "access to information" statutes is to codify the right of public access to government information, two things follow: first, such public access ought not be frustrated by the Courts except upon the clearest of grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure, in this case the government.

The *Privacy Act* provides for the appointment of a Commissioner responsible for administering and enforcing the Act. The Privacy Commissioner's duties include:

- Receiving (and investigating) complaints from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with s. 7 or 8 (s. 29(1)(a)), and receiving (and investigating) complaints from individuals who have been refused access to personal information requested under s. 12(1) or who allege that they are

personnels qui les concernent, les tribunaux ont généralement interprété de manière restrictive les exceptions au droit d'accès. C'est ce qu'a affirmé notamment le juge Richard, de la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 34-35 :

Le préambule que constitue l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a dans l'ensemble le même effet que le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doit, elle aussi, partir de la disposition exposant son objet . . .

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* a pour objet de donner accès aux renseignements personnels conservés par le gouvernement. Les règles d'interprétation décrites plus haut s'appliquent en l'occurrence. Les exceptions nécessaires au droit d'accès doivent être interprétées de manière stricte.

De même, dans la décision *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. n° 1135 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale soulignait au par. 3 :

Il convient aussi d'insister sur le fait que, vu que l'objectif essentiel de ces lois sur l'accès à l'information vise à codifier le droit de l'accès du public aux renseignements gouvernementaux, il en résulte que : tout d'abord, l'accès du public ne devrait pas être gêné par les décisions judiciaires, sauf en cas de motifs manifestes, de sorte que le doute devrait jouer en faveur de la divulgation; en second lieu, c'est à la partie qui empêche la divulgation qu'il incombe de justifier ce refus, en l'espèce le gouvernement.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la nomination d'un commissaire chargé de veiller à l'application et au respect de la loi. Le Commissaire à la protection de la vie privée a, entre autres, comme mandat de :

- Recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux art. 7 ou 8 (al. 29(1)a)); de recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui se sont vu refuser la communication de renseignements

31

32

not being accorded the rights to which they are entitled under s. 12(2) (s. 29(1)(b) and (c));

– Initiating a complaint where the Privacy Commissioner is satisfied there are reasonable grounds to investigate a matter under the *Privacy Act* (s. 29(3));

– Carrying out investigations of the files contained in personal information banks designated as exempt banks under s. 18, to determine whether the files should in fact be in those banks (s. 36);

– Carrying out investigations in respect of compliance with ss. 4 to 8 (collection, retention and protection of personal information) (s. 37).

33

The Privacy Commissioner has broad powers for the purposes of conducting investigations into complaints that are filed. He has access to all information held by a government institution, with the exception of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, and no information to which he has access may be withheld from him (s. 34(2)). He has the right to summon and enforce the appearance of witnesses before him and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as he deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint. In addition, he may administer oaths and receive such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Privacy Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law. The Commissioner may also enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises, converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within the Privacy Commissioner's authority under the *Privacy Act* as he sees fit. Lastly, the Privacy Commissioner may examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in the premises occupied by a government institution containing any matter relevant to the investigation (s. 34(1)).

personnels, demandés en vertu du par. 12(1), ou qui se prétendent lésés des droits que leur accorde le par. 12(2) (al. 29(1)b) et c)).

– Prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 29(3)).

– Procéder à des enquêtes sur les dossiers versés dans les fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'art. 18 afin de vérifier si les dossiers qui s'y trouvent devraient bel et bien y être (art. 36).

– Tenir des enquêtes relativement à l'application des art. 4 à 8 (collecte, conservation et protection des renseignements personnels) (art. 37).

Afin de mener à terme l'instruction des plaintes déposées, le Commissaire à la protection de la vie privée possède de vastes pouvoirs. Il a accès à tous les renseignements qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exclusion des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et aucun des renseignements auxquels il a accès ne peut lui être refusé (par. 34(2)). Il a le droit d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi. De plus, il peut faire prêter serment et recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il juge indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Il peut également pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux, s'entretenir en privé avec toute personne s'y trouvant et y mener, dans le cadre de la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les enquêtes qu'il croit nécessaires. Enfin, il peut examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux occupés par une institution fédérale (par. 34(1)).

After completing his investigation, the Privacy Commissioner reports his findings to the head of the government institution in question, if he finds that a complaint is well-founded. Where appropriate, the Privacy Commissioner may report his findings to the complainant. In his report, he may ask the head of the government institution in question to disclose the personal information in issue or to make changes in the management or use of personal information (ss. 35, 36 and 37).

Like the Privacy Commissioner, the Commissioner of Official Languages plays an important role. It is his job to take the measures that are necessary in respect of the recognition of each of the two official languages, and to secure compliance with the spirit of the *Official Languages Act*, in particular in the administration of the affairs of federal institutions. It is therefore the Commissioner who has been given the mandate to ensure that the objectives of that Act are implemented. To allow him to fulfil a social mission of such broad scope, he has been vested with broad powers by the Parliament of Canada. For instance, he may conduct investigations into complaints that in any particular case the status of an official language was not recognized, or any provision of an Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the two official languages, or the spirit or intent of the *Official Languages Act*, was not complied with:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

(2) It is the duty of the Commissioner, for the purpose set out in subsection (1), to conduct and carry out investigations either on his own initiative or pursuant to any complaint made to the Commissioner and to report and make recommendations with respect thereto as provided in this Act.

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner

À l'issue de son enquête, le Commissaire à la protection de la vie privée fait rapport de ses conclusions au responsable de l'institution fédérale concernée s'il conclut au bien-fondé d'une plainte. S'il y a lieu, il fait également rapport au plaignant de ses conclusions. Dans son rapport, il peut demander au responsable de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels en cause ou de procéder à des changements dans la gestion ou l'utilisation des renseignements personnels (art. 35, 36 et 37).

Tout comme le Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire aux langues officielles joue un rôle important. C'est à lui que revient la tâche de prendre toutes les mesures nécessaires visant la reconnaissance du statut de chacune des deux langues officielles et de faire respecter l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* notamment au sein de l'administration des affaires des institutions fédérales. C'est donc le commissaire qui a le mandat d'assurer la poursuite des objectifs de cette loi. Pour lui permettre de s'acquitter de cette mission sociale de grande envergure, le Parlement du Canada l'a investi de vastes pouvoirs. Ainsi, il peut procéder à des enquêtes sur un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle ou de manquement à une loi ou un règlement fédéral sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou, encore, à l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* ou à l'intention du législateur :

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(2) Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire procède à des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, et présente ses rapports et recommandations conformément à la présente loi.

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur

34

35

arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

- (a) the status of an official language was not or is not being recognized,
- (b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or
- (c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institution.

(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue. [Emphasis added.]

The Commissioner may also exercise his persuasive influence to ensure that any decision that is made is implemented and that action is taken on the recommendations made in respect of an investigation. For instance, s. 63(3) of the *Official Languages Act* provides that he may request the deputy head or other administrative head of the federal institution concerned to notify him within a specified time of the action, if any, that the institution proposes to take to give effect to those recommendations. He may also, in his discretion and after considering any reply made by or on behalf of any federal institution concerned, transmit a copy of the report and recommendations to the Governor in Council, and the Governor in Council may take such action as the Governor in Council considers appropriate in relation to the report (s. 65(1) and (2)). The Commissioner may make a report to Parliament where the Governor in Council has not taken action on it (s. 65(3)). He also has the authority to apply to the Court for a remedy, with the consent of the complainant (s. 78).

un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants. [Je souligne.]

Le commissaire peut également exercer son influence persuasive afin de mettre en œuvre toute décision prise et de donner suite aux recommandations formulées après une enquête. Ainsi, le par. 63(3) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit qu'il peut demander aux administrateurs généraux ou aux autres responsables administratifs de l'institution fédérale concernée de lui faire savoir, dans un délai qu'il fixe, les mesures envisagées pour donner suite à ses recommandations. Il peut en outre, selon son appréciation et après examen des réponses faites par l'institution fédérale concernée ou en son nom, transmettre au gouverneur en conseil un exemplaire du rapport et de ses recommandations; celui-ci peut ensuite prendre les mesures qu'il juge indiquées pour donner suite au rapport (par. 65(1) et (2)). Le commissaire peut déposer une copie du rapport au Parlement lorsque le gouverneur en conseil n'a pas donné suite au rapport (par. 65(3)). Enfin, il a le pouvoir d'exercer un recours judiciaire avec le consentement du plaignant (art. 78).

36

As well, it is the Commissioner who decides what procedure to follow in conducting investigations, subject to the following requirements: the obligation to give notice of intention to investigate (s. 59), the obligation to ensure that investigations are conducted in private (s. 60(1)) and the obligation to give the individual or federal institution in question the opportunity to answer any adverse

De plus, c'est le commissaire qui décide de la procédure à suivre lors des enquêtes, sous réserve des exigences suivantes : l'obligation de faire parvenir un avis de son intention d'enquêter (art. 59), l'obligation de veiller à ce que les enquêtes soient secrètes (par. 60(1)) et l'obligation de donner au particulier ou à l'institution fédérale concernée la possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet

allegation or criticism (s. 60(2)). The investigation must also be conducted promptly, since the complainant is entitled to make an application for a court remedy six months after the complaint is made (s. 77(3)). The Commissioner and every person acting on his behalf may not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under the *Official Languages Act* (s. 72).

In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215):

- They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period. They receive the same salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;

- They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

- They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;

- They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*;

- As a rule, they may not disclose information they receive.

The Privacy Commissioner and the Official Languages Commissioner follow an approach that distinguishes them from a court. Their unique mission is to resolve tension in an informal manner: one reason that the office of ombudsman was created was to address the limitations of legal proceedings.

(par. 60(2)). L'enquête doit également être menée promptement puisque le plaignant a le droit d'exercer un recours judiciaire six mois après le dépôt de la plainte (par. 77(3)). Le commissaire et toute personne agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils ont connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la *Loi sur les langues officielles* (art. 72).

Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215) :

- Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;

- Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

- Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;

- Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;

- Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire aux langues officielles utilisent une approche qui les distingue d'une cour de justice. Ils ont pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle. C'est, entre autres, pour répondre aux limites des recours judiciaires que

37

38

As W. Wade wrote (*Administrative Law* (8th ed. 2000), at pp. 87-88):

If something illegal is done, administrative law can supply a remedy, though the procedure of the courts is too formal and expensive to suit many complainants. But justified grievances may equally well arise from action which is legal, or at any rate not clearly illegal, when a government department has acted inconsiderately or unfairly or where it has misled the complainant or delayed his case excessively or treated him badly. Sometimes a statutory tribunal will be able to help him both cheaply and informally. But there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real. A humane system of government must provide some way of assuaging them, both for the sake of justice and because accumulating discontent is a serious clog on administrative efficiency in a democratic country. . . . What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong. . . . It was because it filled that need that the device of the ombudsman suddenly attained immense popularity, sweeping round the democratic world and taking root in Britain and in many other countries, as well as inspiring a vast literature.

39

An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.

l'ombudsman a été créé. En effet, selon W. Wade (*Administrative Law* (8^e éd. 2000), p. 87-88) :

[TRADUCTION] Si un acte illégal est commis, le droit administratif peut prévoir un recours, quoique la procédure des cours de justice soit trop formelle et trop coûteuse pour convenir à de nombreux plaignants. Mais des griefs justifiés peuvent tout aussi bien découler d'un acte légal ou d'un acte qui n'est, en tout cas, pas clairement illégal, lorsqu'un organisme gouvernemental a agi de façon inconsiderée ou inéquitablement, ou lorsqu'il a induit en erreur le plaignant, qu'il a retardé son dossier de façon excessive ou qu'il l'a traité cavalièrement. Un tribunal créé par la loi est parfois en mesure de l'aider à peu de frais et de façon informelle. Il y a cependant un bon nombre de griefs qui ne correspondent à aucun des modèles juridiques habituels, mais qui n'en sont pas moins réels. Un système de gouvernement empreint de compassion doit fournir un moyen de régler ces griefs, tant pour les fins de la justice que parce que l'accumulation du mécontentement constitue un obstacle important à l'efficacité administrative dans un pays démocratique. [. . .] Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier bien rodé pour répondre, après évaluation impartiale, aux réactions de ses clients insatisfaits et pour corriger ce qui a pu mal fonctionner. [. . .] C'est parce qu'il a comblé ce besoin que l'instrument que constitue l'ombudsman s'est soudainement attiré une immense popularité, faisant le tour du monde démocratique et prenant racine en Grande-Bretagne et dans de nombreux autres pays tout en faisant couler beaucoup d'encre.

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-459) :

Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as “one of the dilemmas of our times” namely, that “(i)n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values”.

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

B. *The Connection Between the Official Languages Act and the Privacy Act*

Parliament has made it plain that the *Privacy Act* applies to the Office of the Commissioner of Official Languages: the latter is listed in the schedule to the Act as a government institution that is subject to the *Privacy Act*. As well, s. 2 of the *Privacy Act* provides that its purpose is to extend the present laws of Canada, and this includes the *Official Languages Act*, although s. 82 of the *Official Languages Act* provides that the provisions of Parts I to V prevail over any other Act of Parliament or regulation thereunder. None of the sections relied on by the appellant is found in those parts: ss. 60(1), 72, 73 and 74 are in Part IX of the Act. The meanings of the provisions in issue in these appeals must therefore be reconciled, and they must be read together.

Section 12 of the *Privacy Act* creates a right of access to personal information, “[s]ubject to this Act”. Exceptions to the right of access must therefore be prescribed by that Act. Where a government institution refuses to give access to the information, it is required to state the specific provision of the

L’institution d’ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l’ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l’un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l’État moderne . . . l’action démocratique n’est possible qu’au moyen de l’organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n’est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».

Les facteurs qui ont contribué à l’essor de l’institution d’ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l’avènement de l’État-providence moderne, l’ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

B. *Les liens entre la Loi sur les langues officielles et la Loi sur la protection des renseignements personnels*

Le législateur a clairement indiqué que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’applique au Commissariat aux langues officielles. En effet, celui-ci est énuméré à l’annexe de la loi en tant qu’institution fédérale assujettie à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De plus, l’art. 2 stipule qu’elle a pour objet de compléter la législation canadienne, dont la *Loi sur les langues officielles*, quoique l’art. 82 de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les dispositions des parties I à V l’emportent sur toute autre loi ou tout autre règlement fédéraux. Aucun des articles invoqués par l’appelant ne figure dans ces parties. En effet, le par. 60(1) ainsi que les art. 72, 73 et 74 se situent dans la partie IX de la loi. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi doivent donc être conciliées et lues ensemble.

L’article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne un droit d’accès aux renseignements personnels, « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ». Les exceptions au droit d’accès doivent donc être prévues par cette loi. Lorsque l’institution fédérale refuse

40

41

Act on which the refusal is based (s. 16(1)(b)) and to establish that it is authorized to refuse to disclose the information (s. 47). In this case, the refusal to disclose is based on s. 22(1)(b).

42

The *Privacy Act* must therefore be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in a manner consistent with the objective of the *Official Languages Act* of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions. Parliament has expressly provided that investigations by the Commissioner shall be conducted in private and that investigators shall not disclose information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions:

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act. [Emphasis added.]

These provisions illustrate Parliament's desire to facilitate access to the Commissioner and to recognize the very delicate nature of the use of an official language at work by a minority group. The private and confidential nature of investigations is an important aspect of the implementation of the *Official Languages Act*. Without protections of this nature, complainants might be reluctant to file complaints with the Commissioner, for example because they are afraid that their opportunities for advancement would be reduced, or their workplace relationships would suffer. As well, these provisions encourage witnesses to participate in the Commissioner's investigations. They are less likely to be afraid that their participation might have a negative impact on the employer-employee relationship or their relations with other employees, and to refuse to cooperate for fear of getting in trouble or damaging their careers. The affidavit of Mr. Langelier, Assistant Director General of the Investigations Branch, explains the importance of preserving a measure

l'accès aux renseignements, il lui appartient de préciser la disposition sur laquelle elle fonde son refus (al. 16(1)(b)) et d'établir le bien-fondé de cette décision (art. 47). En l'occurrence, le refus de divulguer est basé sur l'al. 22(1)(b).

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit donc se faire dans le respect de l'objectif de la *Loi sur les langues officielles* de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales. Le législateur a expressément prévu que les enquêtes du commissaire sont secrètes et que les enquêteurs sont tenus au secret en ce qui concerne les informations qu'ils obtiennent dans l'exercice de leurs fonctions :

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent le souci du législateur de faciliter l'accès au commissaire et de reconnaître la nature très délicate de l'usage d'une langue officielle au travail par une minorité. Le caractère secret et confidentiel des enquêtes est un élément important de la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. Sans de telles protections, les plaignants pourraient hésiter à déposer une plainte auprès du commissaire de peur, par exemple, de voir diminuer leurs chances d'avancement ou de voir s'effriter leurs relations au travail. De même, ces dispositions favorisent la participation des témoins aux enquêtes du commissaire. Ceux-ci sont ainsi moins susceptibles de craindre que leur participation puisse avoir un impact néfaste sur la relation employeur-employé ou la relation avec les autres employés et de refuser d'y collaborer par crainte d'ennuis ou de préjudice à leur carrière. L'affidavit de M. Langelier, directeur général adjoint à la Direction générale des enquêtes, explique l'importance de conserver une

of confidentiality in the Commissioner's investigations, for the following reasons, among others:

[TRANSLATION] – the investigators gave assurances to the people interviewed that the information gathered would be kept confidential in order to secure the cooperation of those people

– . . . members of the public, and in particular public servants, will hesitate to file complaints . . . if they are warned that their identities and any information that they disclose to the OCOL investigators is likely to be disclosed otherwise than where required in order to comply with the principles of natural justice or, as an exception, in an application for a remedy under Part X of the [*Official Languages Act*];

– members of the public, and in particular public servants, will be more reluctant to cooperate with OCOL investigators, and in order to give effect to the obligation imposed on the COL to investigate complaints, investigators will have to resort to their powers in relation to investigations, including summoning witnesses to attend and compelling them to testify and produce documents;

– the OCOL's investigatory process will become much more formal and rigid, and this will compromise the COL's ombudsman role;

– the fact that the COL is required to disclose information could interfere with his role as mediator and facilitator and thereby jeopardize the power of persuasion and the credibility that an ombudsman must have in order to discharge his functions.

In *Beaulac*, *supra*, at para. 20, Bastarache J. explained the importance of providing conditions in which language rights may be exercised:

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees [Emphasis added.]

certain confidentialité des enquêtes du commissaire, notamment pour les raisons suivantes :

– les enquêteurs ont dû donner l'assurance aux personnes interviewées que les informations recueillies demeureraient confidentielles afin de s'assurer la collaboration de ces derniers

– . . . les membres du public et notamment les fonctionnaires hésiteraient à déposer des plaintes [. . .] s'ils étaient prévenus que leur identité ainsi que toute information qu'ils auraient communiquée aux enquêteurs du Commissariat serait susceptible d'être dévoilée autrement que dans le contexte du respect des principes de justice naturelle ou, exceptionnellement, d'un recours judiciaire en vertu de la partie X de la [*Loi sur les langues officielles*];

– les membres du public et notamment les fonctionnaires seraient plus réticents à collaborer avec les enquêteurs du Commissariat et ces derniers devraient, pour donner suite à l'obligation qui est faite au Commissaire d'instruire les plaintes, avoir recours aux pouvoirs d'enquêtes et notamment assigner à comparaître et contraindre à témoigner et à produire des documents par voie d'assignations à témoigner;

– le processus d'enquête du Commissaire deviendrait beaucoup plus formel et rigide, ce qui compromettrait le rôle d'ombudsman du Commissaire;

– le fait que le Commissaire soit tenu de dévoiler certaines informations risquerait de porter atteinte à son rôle de médiateur et de facilitateur et compromettrait ainsi le pouvoir de persuasion et la crédibilité dont un ombudsman doit disposer pour s'acquitter de ses fonctions.

Le juge Bastarache expose l'importance de prévoir des conditions permettant l'exercice des droits linguistiques dans l'affaire *Beaulac*, précitée, par. 20 :

L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques [Je souligne.]

Marshall and Reif, *supra*, at p. 219, explain the importance of confidentiality for an ombudsman:

The confidentiality of the ombudsman's proceedings helps to ensure his independence as well as to facilitate cooperation throughout the investigation. The ombudsman's investigation must be held in private and his reports and investigation may not be made the subject of an inquiry or review, apart from a review ordered by the Legislative Assembly, its committees or another body which the Legislative Assembly authorizes. [Emphasis added.]

44

In addition to enacting specific provisions to ensure that investigations are held in private, Parliament gave the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board (s. 62(2)(a)). The Minister of Justice at the time, Ray Hnatyshyn, discussed that provision in addressing the legislative committee (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, at pp. 20:25 and 20:29) as follows:

It is appropriate, after we have talked about the ombudsman character of the office, that in this case the commissioner has the opportunity to examine the kind of harassment, intimidation, discrimination or obstruction that might take place with respect to any individual and have an opportunity to examine these matters and bring them to the attention of the President of the Treasury Board. I think this is an opportunity to make sure all Canadians and all people who are involved and employed and against whom a complaint could be laid under this bill can do so freely without fear of discrimination. I think it is important for all Canadians to feel they have the right to use this bill and use the office of the commissioner without fear of retribution or recrimination for taking a complaint forward.

But if you have raised a complaint in the first place, you are on record, and maybe you are being discriminated against.

Certainly the commissioner's function is to protect you; not to make life any more difficult for you but make sure you are not going to suffer negative consequences. If you prevent him from doing that, or have a veto, then it

Marshall et Reif, *loc. cit.*, p. 219, expliquent l'importance de la confidentialité pour un ombudsman :

[TRADUCTION] La confidentialité des procédures de l'ombudsman contribue à garantir son indépendance de même qu'à faciliter la collaboration tout au long de l'enquête. L'ombudsman doit faire enquête en privé, et ses rapports et enquêtes ne sont pas susceptibles d'examen sauf ordonnance contraire de l'assemblée législative, de ses comités ou d'un autre organisme autorisé par l'assemblée législative. [Je souligne.]

En plus d'avoir prévu des dispositions spécifiques assurant le caractère secret des enquêtes, le législateur a donné au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination (al. 62(2)a)). Voici comment le ministre de la Justice de l'époque, Ray Hnatyshyn, s'exprimait sur cette disposition au Comité législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule n° 20, 7 juin 1988, p. 20:25 et 20:28-20:29) :

[TRADUCTION] Nous avons parlé du rôle de médiateur du commissaire aux langues officielles qui a la possibilité d'examiner le harcèlement, l'intimidation, la discrimination ou l'obstruction qu'ont pu subir certaines personnes afin de se pencher sur ces questions et de les soumettre à l'attention du président du Conseil du Trésor. On assure ainsi que des plaintes puissent être portées librement en vertu de ce projet de loi, sans crainte de discrimination. Il est important que tous les Canadiens estiment avoir le droit de recourir à cette législation et qu'ils puissent utiliser le bureau du commissaire pour porter plainte, sans craindre de mesures de rétorsion.

Il est entièrement possible que l'auteur d'une plainte en bonne et due forme fasse l'objet de discrimination.

Évidemment, il incombe au commissaire de protéger ces personnes : non pas de leur compliquer la vie, mais de les protéger contre des conséquences malheureuses du fait d'avoir porté plainte. Si on empêchait le commissaire

may be counterproductive in the legislation to the interests of all your fellow employees. It would certainly allow the same discrimination to take place with other people if they feel they cannot beat the system. [Emphasis added.]

The *Privacy Act* must be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in such a way as to recognize the unique context in which the Commissioner's investigations are conducted. In ss. 60, 62 and 72, Parliament clearly recognized the delicate situation involved in the use of an official language at work by a minority group, by requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential, to protect complainants and witnesses from any prejudice that might result from their involvement in the complaints and the investigation process, and by giving the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board. If Parliament had not enacted those provisions, it might have been difficult to achieve the objectives of the *Official Languages Act*. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. Because the purpose of the investigation is to determine the truth and understand the individuals' experience of the situation, the investigators must be circumspect in collecting information and assessing the information obtained.

Both the respondent and the Privacy Commissioner, who is an intervener in this case, argue that it is not necessary that interviews be confidential in order to secure the participation of witnesses, because the Commissioner of Official Languages has broad powers that include the power to summon and enforce the attendance of witnesses (s. 62 of the *Official Languages Act*). That argument cannot succeed, because using the procedure for compelling attendance compromises the ombudsman role of the Commissioner. It is the responsibility of the Commissioner to investigate complaints that are submitted to him impartially, and to resolve them using flexible mechanisms that are based on discussion and persuasion. The Commissioner must protect witnesses and assist victims in exercising

d'exercer cette responsabilité, par exemple au moyen d'un veto, ce projet de loi pourrait remettre en question les droits de tous les fonctionnaires, et permettrait assurément le même genre de discrimination à l'endroit d'autres personnes qui éprouveraient un sentiment d'impuissance qui les empêcheraient de réagir. [Je souligne.]

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit se faire de façon à reconnaître le contexte particulier des enquêtes du commissaire. Le législateur, par les art. 60, 62 et 72, a clairement reconnu le contexte délicat de l'utilisation d'une langue officielle au travail par une minorité en imposant le secret et la confidentialité pour protéger les plaignants et les témoins contre toutes formes de préjudice résultant de leur implication dans les plaintes et le processus d'enquête et en donnant au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination. Si le législateur n'avait pas prévu de telles dispositions, les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* pourraient difficilement être atteints. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Le but de l'enquête étant la recherche de la vérité et d'apprécier le vécu de la situation, les enquêteurs doivent être prudents dans la collecte de renseignements et l'appréciation des renseignements obtenus.

L'intimé de même que le Commissaire à la protection de la vie privée, agissant à titre d'intervenant dans la présente affaire, soutiennent que la confidentialité des entrevues n'est pas nécessaire pour qu'il y ait participation des témoins parce que le Commissaire aux langues officielles jouit de vastes pouvoirs, dont celui d'assigner des personnes et de les contraindre à comparaître devant lui (art. 62 de la *Loi sur les langues officielles*). Cet argument ne peut être retenu puisque l'utilisation de la procédure de contrainte compromet le rôle d'ombudsman du commissaire. Celui-ci a pour mission d'instruire de façon impartiale les plaintes qui lui sont soumises et de les régler dans le cadre de mécanismes souples basés sur la discussion et la persuasion. Le commissaire doit protéger les témoins et aider les victimes

their rights. Requiring the Commissioner to have regular recourse to the procedure for enforcing the attendance of individuals before him is inconsistent with the role of an ombudsman. In addition, enforcing the attendance of witnesses would needlessly complicate the investigations, and would be injurious to them. A person who is compelled to testify may be recalcitrant and less inclined to cooperate. The way in which the *Official Languages Act* is interpreted must not be injurious to activities undertaken by the Commissioner that are intended to resolve conflicts in an informal manner.

46 The appellant contends that the access to information mechanism set out in ss. 73 and 74 of the *Official Languages Act* is a complete scheme, and that those provisions enabled the respondent to obtain disclosure of the information he needed in order to submit his complaint and secure redress. In the appellant's submission, Parliament intended that the information collected by the Commissioner would remain private, unless, and only in the event that, it could be disclosed under the *Official Languages Act*. The effect of that interpretation is to exempt the *Official Languages Act* from the application of the *Privacy Act*. It defeats the complainant's right to obtain access to personal information about him under the *Privacy Act*. It would be contrary to the clear intention of Parliament, which was that the Office of the Commissioner of Official Languages was to be subject to the *Privacy Act*, to accept that interpretation, and it must be rejected. The two Acts must be interpreted and applied harmoniously.

47 At the time in question, the policy of the Office of the Commissioner of Official Languages was to explain to witnesses that ss. 60 and 72 of the *Official Languages Act* provided that investigations were conducted in private, and that ss. 73 and 74 of the Act provided for limited circumstances in which testimony could be disclosed. As Mr. Langelier said in his affidavit:

[TRANSLATION] The credibility of the Commissioner, in my view, requires that the information disclosed to the Commissioner and his representatives in the course of

à faire respecter leurs droits. Exiger du commissaire qu'il utilise sur une base régulière la contrainte afin de forcer les personnes à comparaître est contraire au rôle d'un ombudsman. De plus, la contrainte à témoigner alourdit inutilement les enquêtes et leur nuit. Une personne contrainte à témoigner risque d'être réticente et moins disposée à collaborer. L'interprétation à donner à la *Loi sur les langues officielles* ne doit pas nuire aux activités du commissaire visant à régler les conflits de manière informelle.

L'appelant prétend que le mécanisme d'accès à l'information prévu aux art. 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles* est un régime complet et que l'intimé avait la possibilité en vertu de ces dispositions d'obtenir la communication des renseignements dont il avait besoin pour présenter sa plainte et obtenir réparation. Selon l'appelant, le Parlement a voulu que les renseignements recueillis par le commissaire demeurent secrets, sauf, et uniquement, dans la mesure où ils peuvent être communiqués en vertu de la *Loi sur les langues officielles*. Cette interprétation a pour effet de soustraire la *Loi sur les langues officielles* à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle écarte le droit du plaignant d'avoir accès aux renseignements personnels le concernant en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'accepter serait contraire à l'intention claire du législateur de soumettre le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette interprétation est à rejeter. Les deux lois doivent être interprétées et appliquées de manière harmonieuse.

À l'époque du litige, la politique du Commissariat aux langues officielles était d'expliquer aux témoins que les art. 60 et 72 de la *Loi sur les langues officielles* stipulent que les enquêtes sont secrètes et que la loi prévoit aux art. 73 et 74 les circonstances limitées dans lesquelles les témoignages pourraient être communiqués. Selon l'affidavit de M. Langelier :

La crédibilité du Commissaire repose grandement, à mon avis, sur le respect de la stricte confidentialité des renseignements communiqués au Commissaire et à ses

investigations is kept strictly confidential, subject to the following exceptions:

A) situations in which the Commissioner must disclose information which, in his opinion, is necessary for the conduct of his investigations. These include compliance with the principles of natural justice, where it is essential that the person or institution that is the subject of a recommendation know the identity of the complainant and what the complainant has said;

B) situations in which the Commissioner is involved in an application for a court remedy under Part X of the *OLA*. In those cases, the Commissioner may disclose or authorize the disclosure of information. [Emphasis added.]

The Commissioner's policy was therefore to assure witnesses that the information they disclosed to investigators would be kept confidential, within the limits of ss. 72, 73 and 74. In this case, the promise of confidentiality was also made subject to those sections; as the appellant's factum states:

The investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an Ombudsman and gave their assurances that the interviews would be kept confidential in light of sections 60(1), 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*. The investigators explained that pursuant to these sections, the investigations are conducted "in private". [Emphasis added.]

The promise of confidentiality made to the witnesses in the course of the investigation concerning Mr. Lavigne's complaint was therefore not absolute.

After the respondent filed his complaint, the Commissioner of Official Languages altered the policy concerning the instructions to be given to witnesses. His new policy required that investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act*. Investigators still inform witnesses that investigations are conducted in private, as provided in s. 60(1) of the *Official Languages Act*, and that the information that comes to the investigators' knowledge, including the testimony they give, will not be disclosed unless disclosure is necessary for the investigation or in the course of proceedings under Part X, or in cases where disclosure is required for reasons of procedural fairness under

représentants dans le cadre des enquêtes sous réserve toutefois :

A) des situations où le Commissaire doit communiquer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes. On pense notamment au respect des principes de justice naturelle où il est essentiel que la personne ou l'institution visée par une recommandation puisse connaître l'identité du plaignant ainsi que les déclarations de cette dernière;

B) des situations dans lesquelles le Commissaire est impliqué dans un recours judiciaire formé en vertu de la partie X de la *LLO*. Dans ces cas, le Commissaire peut communiquer ou autoriser la communication des renseignements. [Je souligne.]

La politique du commissaire était donc d'assurer aux témoins que l'information qu'ils communiquent aux enquêteurs demeure confidentielle, dans les limites des art. 72, 73 et 74. En l'espèce, la promesse de confidentialité a également été donnée sous réserve de ces articles. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

Les enquêteurs ont expliqué le rôle et la mission du [C]ommissaire aux langues officielles à titre d'ombudsman et ont donné l'assurance que les entrevues demeureraient confidentielles, compte tenu du paragraphe 60(1) ainsi que des articles 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*. Les enquêteurs ont expliqué que, conformément à ces dispositions, les enquêtes sont « secrètes ». [Je souligne.]

La promesse de confidentialité donnée aux témoins lors de l'enquête concernant la plainte de M. Lavigne n'était donc pas absolue.

À la suite de la plainte déposée par l'intimé, le Commissaire aux langues officielles a modifié sa politique à l'égard des instructions à donner aux témoins. Sa nouvelle politique demande aux enquêteurs d'informer les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les enquêteurs continuent à informer les témoins que les enquêtes sont secrètes, comme le prévoit le par. 60(1) de la *Loi sur les langues officielles*, et que les renseignements qui viennent à l'attention des enquêteurs, y compris leurs dépositions, ne seront pas communiqués sauf si une telle communication est requise pour l'enquête ou pour un recours formé sous le régime de la partie X ou encore dans les cas

s. 60(2) of the *Official Languages Act*. In addition, investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act* and that the information collected may be exempt from the disclosure requirement where an exception to disclosure applies.

C. *The Exception to the Right of Access to Personal Information under Section 22(1)(b)*

49 The purpose of s. 55 of the *Official Languages Act* is to limit the powers of the Commissioner to those powers provided by the Act or another Act of Parliament:

55. The Commissioner shall carry out such duties and functions as are assigned to the Commissioner by this Act or any other Act of Parliament, and may carry out or engage in such other related assignments or activities as may be authorized by the Governor in Council.

Section 22(1)(b) of the *Privacy Act* gives the Commissioner of Official Languages the power to refuse access to information that is requested if disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his investigations. It is primarily on this provision that the Commissioner bases his refusal to grant access to the information.

50 It is this decision by the Commissioner that is the subject of the application for judicial review. Any analysis of that decision necessarily rests on a determination of the meaning of the expression “lawful investigations”. The following question arises in this respect: are future investigations covered by s. 22(1)(b)?

51 In the case before us, the appellant is not arguing that the disclosure of information would be injurious to investigations that are underway, because all of the investigations had been concluded at the time when the respondent requested the personal information in question from him. However, he submits that disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to his future investigations. The appellant contests the argument

où la communication est requise pour des raisons d'équité dans la procédure, en vertu du par. 60(2) de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, les enquêteurs informent les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que les renseignements recueillis peuvent être soustraits à l'exigence de communication lorsqu'une exception à la divulgation trouve application.

C. *L'exception au droit d'accès aux renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)b*

L'objet de l'art. 55 de la *Loi sur les langues officielles* est de circonscrire les attributions du commissaire à celles prévues par cette loi ou une autre loi fédérale :

55. Le commissaire exerce les attributions que lui confèrent la présente loi et toute autre loi fédérale; il peut en outre se livrer à toute activité connexe autorisée par le gouverneur en conseil.

Or, l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère au Commissaire aux langues officielles le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si la divulgation risque vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes. C'est principalement sur cette disposition que le commissaire appuie son refus de donner accès aux renseignements.

C'est cette décision du commissaire qui fait l'objet du recours en révision judiciaire. L'analyse de celle-ci suppose nécessairement la détermination de la signification de l'expression « enquêtes licites ». À cet égard, la question suivante se pose : les enquêtes futures sont-elles visées par l'al. 22(1)b)?

Dans le cas qui nous occupe, l'appellant ne prétend pas que la divulgation des renseignements nuirait aux enquêtes en cours puisque toutes les enquêtes étaient terminées au moment où l'intimé lui a demandé les renseignements personnels en question. Cependant, il soutient que la divulgation des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Celui-ci conteste la prétention de l'intimé et celle de l'intervenant selon

made by the respondent and the intervener, which is that s. 22(1)(b) applies only to investigations that are underway and cannot be relied on to protect future investigations or the investigative process in general. In his submission, this is a needlessly narrow interpretation of that provision, and it is injurious to the implementation of the Act and the attainment of its objectives.

First, it must be noted that the word “investigation” is defined in s. 22(3) of the *Privacy Act*:

22. . . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(b), “investigation” means an investigation that

(a) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(b) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(c) is within a class of investigations specified in the regulations.

That definition does not suggest that the word is limited to a specific investigation, or an investigation that is circumscribed in time. Indeed, Parliament has not limited the scope of that expression by any qualifier whatever. None of the paragraphs of s. 22(3) limits the word “investigation” to investigations that are underway, or excludes future investigations or the investigative process in general from its protection. It therefore seems, *prima facie*, that the word retains its broad meaning and may refer equally to investigations that are underway, are about to commence, or will take place. We shall now consider whether Parliament restricted the scope of that definition for the purpose of the application of the exception to disclosure set out in s. 22(1)(b).

Parliament made it plain that s. 22(1)(b) retains its broad and general meaning by providing a non-exhaustive list of examples. It uses the word “*notamment*”, in the French version, to make it plain that the examples given are listed only for clarification, and do not operate to restrict the general scope of the introductory phrase. The English version of the provision is also plain. Parliament introduces the list of examples with the expression “without restricting

lesquelles l’al. 22(1)(b) ne s’applique qu’aux enquêtes en cours et ne peut être invoqué afin de sauvegarder des enquêtes futures ou le processus d’enquête en général. Selon lui, c’est une interprétation inutilement restrictive de cette disposition et nuisible à la mise en œuvre de la loi et à la réalisation de ses objectifs.

Tout d’abord, il faut noter que le mot « enquête » est défini au par. 22(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

22. . . .

(3) Pour l’application de l’alinéa (1)(b), « enquête » s’entend de celle qui :

a) se rapporte à l’application d’une loi fédérale;

b) est autorisée sous le régime d’une loi fédérale;

c) fait partie d’une catégorie d’enquêtes précisée dans les règlements.

Cette définition ne suggère pas que ce mot soit limité à une enquête précise et circonscrite dans le temps. En effet, le législateur ne limite pas la portée de cette expression par un qualificatif quelconque. Aucun des alinéas du par. 22(3) ne limite le mot enquête aux enquêtes en cours ni n’exclut de sa protection les enquêtes futures et le processus d’enquête d’une façon générale. De prime abord, il semble donc que ce mot conserve son sens large et puisse faire référence autant aux enquêtes en cours qu’à celles qui sont sur le point de commencer ou qui auront lieu. Voyons maintenant si le législateur a restreint la portée de cette définition pour l’application de l’exception à la divulgation prévue à l’al. 22(1)(b).

Le législateur prend soin de préciser que l’al. 22(1)(b) conserve son sens large et général par l’énumération non limitative d’exemples. Il utilise le mot « notamment » afin de préciser que les exemples donnés ne sont énumérés qu’à titre indicatif et n’ont pas pour effet de limiter la portée générale de la phrase introductive. La version anglaise de cette disposition est aussi explicite. Le législateur introduit l’énumération d’exemples

52

53

the generality of the foregoing”. This Court has had occasion in the past to examine the interpretation of the expression “without restricting the generality of the foregoing” in similar circumstances: in *Dagg, supra*, at para. 68, La Forest J. analyzed s. 3 of the *Privacy Act*, the wording of which resembles the wording of s. 22(1)(b) of that Act:

In its opening paragraph, the provision states that “personal information” means “information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing”. On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91.

Although s. 22(1)(b)(i) relates specifically to a particular investigation, it in no way alters the generality of the introductory sentence. In fact, s. 22(1)(b)(ii), which authorizes refusal to disclose information that would reveal the identity of a confidential source of information, contemplates the protection of future investigations as well as existing investigations. A reliable confidential source may be useful beyond the confines of one specific investigation.

54 In short, there is nothing in s. 22(1)(b) that should be interpreted as restricting the scope of the word “investigation” to investigations that are underway or are about to commence, or limiting the general meaning of that word to specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that section.

55 Exceptions to the disclosure of personal information have generally been narrowly construed by the courts. Nonetheless, as McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal said, “[i]f the meaning [of the wording of a provision] is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it” (*Rubin, supra*, at para. 24; see also *St. Peter’s Evangelical*

par l’expression « *without restricting the generality of the foregoing* ». Notre Cour a déjà eu à examiner l’interprétation du mot « notamment » dans des circonstances similaires. En effet, dans l’affaire *Dagg*, précitée, par. 68, le juge La Forest a analysé l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dont la phraséologie ressemble à celle de l’al. 22(1)(b) de cette même loi :

La disposition liminaire de cet article définit l’expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291.

Même si le sous-al. 22(1)(b)(i) se rattache spécifiquement à une enquête déterminée, la portée générale de la phrase introductive n’est pas pour autant modifiée. D’ailleurs, le sous-al. 22(1)(b)(ii), autorisant la non-divulgence des renseignements qui permettent de remonter à une source de renseignements confidentielle, envisage la protection des enquêtes futures aussi bien qu’actuelles. Une source confidentielle fiable peut être utile au-delà d’une seule enquête précise.

Bref, rien à l’al. 22(1)(b) ne doit s’interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours ou à celles sur le point de commencer, ni comme limitant la portée générale de ce mot à des enquêtes précises. Il n’est donc pas justifié de limiter la portée de cet article.

Les exceptions à la divulgation des renseignements personnels ont généralement été interprétées d’une manière restrictive par les tribunaux. Il n’en demeure pas moins, comme le disait le juge McDonald, de la Cour d’appel fédérale, que « [s]i le sens [du libellé d’une disposition] est manifeste, il n’appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal

Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 626). The argument made by the intervener and the respondent, that it is never possible to invoke the exemption from disclosure once the investigation is over, is an interpretation that is not supported by the wording of the provision. The disclosure of personal information may be as damaging to future investigations as to investigations that are underway.

The appellant relies on another portion of s. 22(1)(b). He contends that disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of a law of Canada or a province, and more specifically of the *Official Languages Act*:

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . .

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . . [Emphasis added.]

The respondent and the intervener submit that the Commissioner of Official Languages does not have the power to enforce the *Official Languages Act* and that, consequently, this argument must be rejected. They contend that the power to enforce that Act is set out in Part X of the Act, entitled "Court

de le modifier » (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, par. 24; voir également *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, p. 626). Les prétentions de l'intervenant et de l'intimé selon lesquelles il n'est jamais possible d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation, une fois l'enquête close, représentent une interprétation que ne permet pas le libellé de la disposition. La divulgation de renseignements personnels peut être aussi dommageable à des enquêtes futures qu'à des enquêtes en cours.

L'appelant invoque une autre partie de l'al. 22(1)b). Il prétend que la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales et plus particulièrement la *Loi sur les langues officielles* :

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . .

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . [Je souligne.]

L'intimé et l'intervenant soutiennent que le Commissaire aux langues officielles n'a pas le pouvoir de faire respecter la *Loi sur les langues officielles* et que, par conséquent, cet argument doit être rejeté. Ils prétendent que le pouvoir de la faire respecter est prévu à la partie X de cette loi ayant pour

Remedy”, and that only the Federal Court has that power. In their submission, the English expression “enforcement of any law” expressly refers to activities to compel compliance.

57

The question is whether “the enforcement of any law of Canada” refers only to activities the purpose of which is to compel certain individuals or institutions to comply with the provisions of a law of Canada, or whether mediation and making non-coercive recommendations, as provided by the *Official Languages Act*, also constitute “the enforcement of any law of Canada”. I do not believe that it is necessary for this Court to construe that expression in order to dispose of this matter. The appeal essentially addresses the question of how the *Privacy Act*, which provides for access to personal information by the person concerned, may be reconciled with the right of the Commissioner of Official Languages to keep investigations confidential and private. The question of confidentiality arises in this case only in relation to investigations.

58

The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(b) is authorized only where disclosure “could reasonably be expected” to be injurious to investigations. As Richard J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at para. 43, “[t]he reasonable expectation of probable harm implies a confident belief”. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The Commissioner of Official Languages has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly. The

titre « Recours judiciaire » et que seule la Cour fédérale a un tel pouvoir. Selon eux, l’expression anglaise « *enforcement of any law* » fait expressément référence à des activités comportant contrainte.

La question est de savoir si les « activités destinées à faire respecter les lois fédérales » ne visent que celles qui ont pour objet de contraindre certains individus ou institutions à se conformer aux dispositions d’une loi fédérale ou si la médiation et la formulation de recommandations non exécutoires, prévues par la *Loi sur les langues officielles*, constituent également des « activités destinées à faire respecter les lois fédérales ». Je ne crois pas qu’il soit nécessaire que notre Cour interprète cette expression pour décider du litige. Ce pourvoi porte essentiellement sur la conciliation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant l’accès aux renseignements personnels par la personne concernée et le droit du Commissaire aux langues officielles de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes. Cette question de confidentialité se pose ici uniquement dans le contexte des enquêtes.

La non-divulgence des renseignements personnels prévue à l’al. 22(1)(b) n’est autorisée que s’il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l’enquête. Or, comme le mentionne le juge Richard dans l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 43, « [l]a vraisemblance du préjudice implique qu’on ait des motifs d’y croire ». Il faut qu’il y ait entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct. La non-divulgence ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l’organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d’assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l’intégrité du processus d’enquête. Le Commissaire aux langues officielles a l’obligation d’être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l’application de son

power provided in s. 22(1)(b) must be exercised in a manner that respects the nature and objectives of the *Official Languages Act*. The Commissioner must have regard to, *inter alia*, the private and confidential nature of investigations, as provided by Parliament. As I have explained, the sections providing for the confidentiality and secrecy of investigations are essential to the implementation of the *Official Languages Act*. Section 22(1)(b) must be applied in a way that is consistent with both Acts.

D. *Application of the Law to the Facts of the Case*

The only interview notes that Mr. Lavigne is attempting to obtain in this application are the notes in respect of Jacqueline Dubé: during the course of the proceedings, Normand Chartrand and France Doyon agreed to allow the Commissioner of Official Languages to give the respondent access to the personal information about him. The issue that remains to be determined is whether it can reasonably be concluded from the Commissioner's statements that disclosure of the notes of the interview with Jacqueline Dubé could reasonably be expected to be injurious to the conduct of the Commissioner's future investigations.

As I have said, s. 22(1)(b) is not an absolute exemption clause. The decision of the Commissioner of Official Languages to refuse disclosure under s. 22(1)(b) must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the *Privacy Act* provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information (s. 49). The appellant relied primarily on Mr. Langelier's affidavit to establish the reasonable expectation of injury.

pouvoir. L'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)(b) doit respecter la nature et les objectifs de la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire doit, entre autres, tenir compte du caractère secret et confidentiel des enquêtes prévu par le législateur. Comme je l'ai expliqué, les articles prévoyant la confidentialité et le secret des enquêtes sont essentiels à la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. L'application de l'al. 22(1)(b) doit se faire dans le respect des deux lois.

D. *Application du droit aux faits en l'espèce*

Les seules notes d'entrevue que tente d'obtenir M. Lavigne par la présente demande sont celles de Jacqueline Dubé. En effet, au cours des procédures, Normand Chartrand et France Doyon ont convenu de permettre au Commissaire aux langues officielles de donner accès à l'intimé aux renseignements personnels le concernant. La question qui reste à trancher est de savoir si les affirmations du commissaire permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de Jacqueline Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures du commissaire.

Comme je l'ai mentionné, l'al. 22(1)(b) n'est pas une clause d'exclusion absolue. La décision du Commissaire aux langues officielles de refuser la divulgation en application de l'al. 22(1)(b) doit être appuyée sur des motifs concrets à l'intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu'il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit qu'il appartient à l'institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l'institution fédérale n'arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l'accès aux renseignements personnels (art. 49). L'appelant s'est principalement basé sur l'affidavit de M. Langelier afin de démontrer le risque vraisemblable de préjudice.

59

60

61

I do not believe that Mr. Langelier's statements provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of the interview with Ms. Dubé could reasonably be expected to be injurious to future investigations. Mr. Langelier contends that disclosure would have an injurious effect on future investigations, without proving this to be so in the circumstances of this case. The Commissioner's decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the appellant shows that the Commissioner's decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that Ms. Dubé had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to the Commissioner's investigations the latter might cause. If Ms. Dubé had given permission, the Commissioner would have disclosed the information. The appellant's factum states:

Jacqueline Dubé did not give permission to disclose to the Respondent the personal information concerning him that was recorded in the course of the interview she gave the OCOL [Office of the Commissioner of Official Languages] [and so] [t]he OCOL did not disclose any of this personal information. [Emphasis added.]

The appellant does not rely on any specific fact to establish the likelihood of injury. The fact that there is no detailed evidence makes the analysis almost theoretical. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the notes of the interview with Ms. Dubé on future investigations, Mr. Langelier tried to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. There are cases in which disclosure of the personal information requested could reasonably be expected to be injurious to the conduct of investigations, and consequently the information could be kept private. There must nevertheless be evidence from which this can reasonably be concluded. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by

Je ne crois pas que les affirmations de M. Langelier permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de M^{me} Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures. Monsieur Langelier prétend que la divulgation aura un effet nuisible sur les enquêtes futures sans en faire une preuve dans les circonstances de l'espèce. Or, la décision du commissaire doit être basée sur des motifs réels et liée au cas précis à l'étude. La preuve déposée par l'appelant démontre que la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement de M^{me} Dubé à la divulgation et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer aux enquêtes du commissaire. Si M^{me} Dubé avait donné son autorisation, le commissaire aurait divulgué les renseignements. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

Jacqueline Dubé n'a pas donné l'autorisation de communiquer à l'intimé les renseignements personnels le concernant qui ont été consignés au cours de l'entrevue qu'elle a accordée au CoLo [Commissariat aux langues officielles], et celui-ci n'a donc communiqué aucun des renseignements personnels en question. [Je souligne.]

L'appelant n'invoque aucun autre fait précis pour établir le risque vraisemblable de préjudice. L'absence de preuve circonstanciée rend l'analyse presque théorique. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue de M^{me} Dubé sur les enquêtes futures, M. Langelier a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Il existe des cas où la divulgation des renseignements personnels demandés risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes et, par conséquent, ceux-ci pourront être gardés secrets. Encore faut-il que la preuve permette raisonnablement de conclure en ce sens. L'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la *Loi sur la protection des*

the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*. The Commissioner must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In the case of Ms. Dubé, the record as a whole does not provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of her interview could reasonably be expected to be injurious to the Commissioner's investigations.

The evidence presented by the intervener is no more persuasive. The intervener submits that it is not necessary for the Commissioner's investigations to be confidential by referring to the affidavit of Gerald Neary, the Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner of Canada, said:

OCOL argues that providing promises of confidentiality to witnesses in the context of its investigations is both a necessary and consistent part of its alleged role as an ombudsman. However, the nature of the role of the Commissioner of Official Languages is similar to the role of the Privacy Commissioner of Canada. As an Ombudsman, the Privacy Commissioner has found that blanket promises of confidentiality are not necessary in order to preserve the role of ombudsman, or in order to ensure effective investigations. [Emphasis added.]

The Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner is not necessarily the person most suited to determining the best way for investigations to be conducted by the Commissioner of Official Languages. Mr. Neary's affidavit does not establish that he has any expertise in the specific field of official languages. Mr. Langelier, unlike Mr. Neary, has lengthy experience in that field. For a number of years, he worked as the Director of the Complaints and Audits Branch and as a complaints officer in the Office of the Commissioner of Official Languages. When his affidavit was filed, he had over 20 years' experience.

Although the role of the Commissioner of Official Languages is similar to that of the Privacy Commissioner, the two Acts that they are responsible for enforcing, and the situations in which those Acts apply, are different in a number of respects.

renseignements personnels et la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. Dans le cas de M^{me} Dubé, l'ensemble du dossier ne permet pas raisonnablement de conclure que la divulgation de ses notes d'entrevue risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes du commissaire.

La preuve déposée par l'intervenant n'est pas pour autant plus convaincante. En effet, l'intervenant soutient que la confidentialité des enquêtes du commissaire n'est pas nécessaire en référant à l'affidavit de M. Gerald Neary, directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée au Canada :

[TRADUCTION] Le COLO prétend que promettre la confidentialité aux témoins dans le cadre de ses enquêtes est à la fois nécessaire et conforme à son rôle d'ombudsman. Pourtant, le rôle du Commissaire aux langues officielles est semblable par sa nature à celui du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, et, en tant qu'ombudsman, le Commissaire à la protection de la vie privée a constaté qu'il n'était pas nécessaire de faire des promesses générales de confidentialité pour préserver le rôle d'ombudsman ou pour garantir l'efficacité des enquêtes. [Je souligne.]

Le directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée n'est pas nécessairement la personne la plus apte à apprécier la meilleure façon de mener à terme les enquêtes du Commissaire aux langues officielles. L'affidavit de M. Neary ne démontre pas qu'il possède une quelconque expertise dans le domaine particulier des langues officielles. Contrairement à M. Neary, M. Langelier possède une longue expérience dans ce domaine. Il a agi pendant plusieurs années à titre de directeur à la Direction des plaintes et vérifications du Commissariat aux langues officielles et à titre d'agent de plaintes. Au moment du dépôt de l'affidavit, il possédait une expérience de plus de 20 années.

Bien que le rôle du Commissaire aux langues officielles s'apparente à celui du Commissaire à la protection de la vie privée, les deux lois dont ils sont chargés d'assurer le respect et leurs circonstances d'application sont différentes à bien des égards. La

62

63

Language is a means of expression proper to an individual. It is the vehicle by which a cultural group transmits its distinct culture and traditions, and it is an essential tool for expressing and communicating ideas. It is not surprising that the history of Canada is marked by a number of conflicts over language, considering the presence of two dominant languages in this country. As A. Braën explained, language is a cultural benchmark that may be the source of conflicts (“Language Rights”, in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (1987), 1, at pp. 15-16:

Language is an essential means of cultural expression and its vitality, according to the Commission [Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism], is a necessary although insufficient condition for the survival of a culture as a whole. However, in a bilingual or multilingual society language will be a constant focus of tensions to the extent [that] it expresses the community interests of cultural or language groups. [Emphasis added.]

On the history of bilingualism in Canada, see: C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, at pp. 1-96, and F. Chevrette and H. Marx, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence* (1982), at pp. 1583-88.

64

In the particular context of employment, the use of an official language by a minority group is a very delicate situation. It may be difficult for an employee to make a complaint for the purpose of having his or her language rights recognized. The employee is in a situation of twofold weakness: he belongs to a minority group, and his relationship with the employer is one of subordination. Instead of tackling these difficulties by asserting his rights, an employee may prefer to conform to the language of the majority. The objective of the *Official Languages Act* is precisely to make that kind of behaviour unnecessary, by enhancing the vitality of both official languages. To facilitate the exercise of language rights, Parliament has expressly provided that investigations will be private and confidential, and has given the Commissioner of Official Languages a mandate to ensure that the Act is enforced. This is the delicate

langue est un moyen d’expression qui appartient à l’individu. Elle permet l’épanouissement de la culture et des traditions propres à un groupe culturel et représente un véhicule privilégié d’expression et de communication de la pensée. Il n’est pas étonnant que l’histoire du Canada soit marquée par plusieurs luttes linguistiques considérant la présence de deux langues dominantes au pays. Comme l’expose A. Braën, la langue est un repère culturel pouvant être à l’origine de conflits (« Les droits linguistiques », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (1986), 1, p. 17 :

La langue est un mode privilégié d’expression culturelle et sa vitalité est, selon la même Commission [Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme], une condition nécessaire, quoiqu’insuffisante à elle seule, au maintien intégral d’une culture. Elle demeure malgré tout un foyer continu de tensions au sein d’une société bilingue ou multilingue dans la mesure où la langue exprime une communauté d’intérêts propres à un groupe linguistique et culturel. [Je souligne.]

Concernant l’histoire du bilinguisme au Canada, voir : C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), étude n° 10 de la Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, p. 1-96, et F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence* (1982), p. 1583-1588.

Dans le contexte particulier de l’emploi, l’utilisation d’une langue officielle par une minorité est une situation très délicate. Il peut être difficile pour un employé de déposer une plainte visant la reconnaissance de ses droits linguistiques. En effet, l’employé se trouve dans une double situation de faiblesse : il appartient à un groupe minoritaire et il a une relation de subordination vis-à-vis l’employeur. Au lieu d’affronter ces difficultés en faisant valoir ses droits, un employé peut préférer se conformer à la langue de la majorité. Or, la *Loi sur les langues officielles* a justement pour objectif d’éviter ce type de comportement en favorisant l’épanouissement des deux langues officielles. Pour faciliter l’exercice des droits linguistiques, le législateur a expressément prévu le caractère confidentiel et secret des enquêtes et a confié au Commissaire aux langues officielles le mandat de veiller à la mise en application de cette loi. C’est

context in which the Commissioner carries out his functions.

Parliament has made the Office of the Commissioner of Official Languages subject to the *Privacy Act*, and only when a government institution is able to justify the exercise of its discretion to refuse disclosure may it do so. In the case before us, the appellant has not succeeded in showing that it is reasonable to maintain confidentiality. For these reasons, I would dismiss the main appeal.

In the cross-appeal, the respondent is seeking disclosure of information other than personal information that is held by the Commissioner in connection with the official languages complaint he made. Mr. Lavigne's request to the Office of the Commissioner of Official Languages is based on s. 12(1) of the *Privacy Act*. Section 12 of that Act provides that only personal information may be requested. I agree with Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal that a person who makes a request under the *Privacy Act* is not entitled to information other than personal information. For those reasons, I would dismiss the cross-appeal.

VII. Conclusion

The main appeal and the cross-appeal are dismissed, without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on the cross-appeal: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

dans ce contexte délicat que le commissaire exerce ses fonctions.

Le législateur a assujéti le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ce n'est que lorsque l'institution fédérale peut justifier l'exercice de sa discrétion de refuser la divulgation qu'elle peut le faire. Dans le cas qui nous concerne, l'appellant n'a pas réussi à démontrer qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal.

Quant au pourvoi incident, l'intimé cherche à obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels et détenues par le commissaire en rapport avec la plainte qu'il a formulée en matière de langues officielles. La demande de M. Lavigne auprès du Commissariat aux langues officielles est fondée sur le par. 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Or, l'article 12 de cette loi prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être demandés. Je conviens avec le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne permet pas d'obtenir des renseignements autres que personnels. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

VII. Conclusion

Le pourvoi principal de même que le pourvoi incident sont rejetés, sans frais.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Procureurs de l'appellant/intimé au pourvoi incident : McCarthy Tétrault, Ottawa; Le Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

65

66

67

City of Montréal and Communauté urbaine de Montréal *Appellants*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Réjeanne Mercier *Mis en cause*

and between

City of Boisbriand and Communauté urbaine de Montréal *Appellants*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Palmerino Troilo *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. MONTRÉAL (CITY); QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. BOISBRIAND (CITY)

Neutral citation: 2000 SCC 27.

File No.: 26583.

1999: November 8; 2000: May 3.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Right to equality — Handicap — Employment — Subjective perception of handicap — Physical anomaly not resulting in functional limitation — Meaning of word “handicap” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 16.

Ville de Montréal et Communauté urbaine de Montréal *Appelantes*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Réjeanne Mercier *Mise en cause*

et entre

Ville de Boisbriand et Communauté urbaine de Montréal *Appelantes*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Palmerino Troilo *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. MONTRÉAL (VILLE); QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. BOISBRIAND (VILLE)

Référence neutre: 2000 CSC 27.

N° du greffe: 26583.

1999: 8 novembre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Droit à l'égalité — Handicap — Emploi — Perception subjective d'un handicap — Anomalie physique n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle — Quelle est la portée du motif «handicap»? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 16.

The City of Montréal refused to hire M as a gardener-horticulturalist, and the CUM refused to hire H as a police officer, because the pre-employment medical exam in both cases revealed an anomaly of the spinal column. The City of Boisbriand dismissed T from his position as a police officer because he suffered from Crohn's disease. The medical evidence in each case indicated that the individuals could perform the normal duties of the position in question and that they had no functional limitations. All three filed complaints with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that the appellants had discriminated against them on the basis of handicap. After conducting its investigation, the Commission applied to the Tribunal des droits de la personne. In the cases of M and T, Judge Brossard rejected the notion that a handicap could be perceived subjectively. He held that M and T had no remedy under s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* ("Charter") because they did not meet the definition of handicap as their anomalies did not result in functional limitations. In H's case, Judge Rivet found that the assessment of a handicap could be objective or purely subjective. She therefore concluded that the CUM's exclusionary policy and its decision not to hire were contrary to ss. 10 and 16 of the *Charter*. The decisions of the Tribunal in the cases of M and T were appealed and the CUM, whose appeal in the H case was pending in the Court of Appeal, was given leave to intervene. The Court of Appeal reversed the decisions of the Tribunal and held that M and T had been victims of discriminatory exclusion. The CUM's intervention was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Charter* does not define the ground "handicap", and the word's ordinary meaning is not clear from the various dictionary definitions. Given its quasi-constitutional nature, the *Charter* must be interpreted in light of both its context and its objectives. The rules of interpretation do not support the argument that the word "handicap" means a physical or mental anomaly that necessarily results in functional limitations. A liberal and purposive interpretation and a contextual approach support a broad definition of the word "handicap", which does not necessitate the presence of functional limitations and which recognizes the subjective component of any discrimination based on this ground.

La ville de Montréal a refusé la candidature de M à un poste de jardinière horticultrice, et la CUM, celle de H à un poste de policier, parce que l'examen médical pré-emploi avait, dans les deux cas, révélé l'existence d'une anomalie à la colonne vertébrale. La ville de Boisbriand a pour sa part congédié T de son poste de policier parce qu'il était atteint de la maladie de Crohn. La preuve médicale a révélé dans chaque cas une capacité à remplir de façon normale les fonctions du poste et une absence de limitations fonctionnelles. Tous trois ont porté plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant que les appelantes avaient discriminé sur la base du handicap. Après enquête, la Commission a déposé des demandes introductives d'instance devant le Tribunal des droits de la personne. Dans les affaires M et T, le juge Brossard a écarté la notion de perception subjective de handicap et a décidé que M et T n'avaient pas de recours en vertu de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec («*Charte*») parce qu'ils ne rencontraient pas la définition de handicap en ce que leurs anomalies ne résultaient pas en limitations fonctionnelles. Dans l'affaire H, Madame le juge Rivet a conclu que l'appréciation du handicap pouvait être objective ou purement subjective. Elle a donc affirmé que la politique d'exclusion de la CUM et le refus d'embauche étaient couverts par les art. 10 et 16 de la *Charte*. Les décisions du Tribunal dans les affaires M et T ont fait l'objet d'un appel et la CUM, dont l'appel dans l'affaire H était pendante devant la Cour d'appel, a été autorisée à intervenir. La Cour d'appel a statué que M et T avaient été victimes d'exclusions discriminatoires et a infirmé les décisions du Tribunal. L'intervention de la CUM a été rejetée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Charte* ne définit pas le motif «handicap» et le sens ordinaire de ce mot ne ressort pas clairement à la lecture des différentes définitions que l'on retrouve dans les dictionnaires. Étant donné le caractère quasi-constitutionnel de la *Charte*, il convient de l'interpréter à la lumière de ses objectifs et de son contexte. Les règles d'interprétation n'appuient pas la prétention que le mot «handicap» doit signifier une anomalie physique ou mentale entraînant nécessairement des limitations fonctionnelles. La méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi ainsi que l'approche contextuelle militent en faveur d'une définition large du mot «handicap», qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l'élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif.

The ground “handicap” must not be confined within a narrow definition that leaves no room for flexibility. Instead, courts should adopt a multidimensional approach that considers the socio-political dimension of “handicap”. The emphasis is on human dignity, respect and the right to equality rather than merely on the biomedical condition. A handicap may be real or perceived, and a person may have no limitations in everyday activities other than those created by prejudice and stereotypes. Courts will, therefore, have to consider not only an individual’s biomedical condition, but also the circumstances in which a distinction is made. A “handicap” may exist even without proof of physical limitations or other ailments. The emphasis is on the effects of the distinction, exclusion or preference rather than the precise cause or origin of the handicap.

All distinctions based on “handicap” are not necessarily discriminatory. In the present case, the employers acknowledge the causal connection between the complainants’ conditions and the dismissal or refusal to hire. However, in most cases, the applicants will have the burden of proving (1) the existence of a distinction, exclusion or preference, (2) that the distinction, exclusion or preference is based on a ground enumerated in s. 10 of the *Charter* and (3) that the distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal exercise of human rights and freedoms. Under s. 20 of the *Charter*, the onus is on the employer to demonstrate that the impugned measure is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job.

Based on this analysis, and given the facts in these cases, there was discrimination against M and T based on handicap for the purposes of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, the judgments of the Court of Appeal are affirmed. The cases of M and T are referred to the Tribunal des droits de la personne for a decision as to whether the measures of the cities of Montréal and of Boisbriand can be justified. H’s case is returned to the Court of Appeal, in order that the matter be decided in light of this judgment.

Cases Cited

Referred to: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Ontario Human Rights Commission and*

Le motif «handicap» ne doit pas être enfermé dans une définition étanche et dépourvue de souplesse. Il y a plutôt lieu d’adopter une approche multidimensionnelle qui tient compte de l’élément socio-politique du motif. L’emphase est mise sur la dignité humaine, le respect et le droit à l’égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court. Un handicap peut être soit réel ou perçu. Ainsi, une personne peut n’avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes. Les tribunaux devront donc tenir compte non seulement de la condition biomédicale de l’individu, mais aussi des circonstances dans lesquelles une distinction est faite. Un «handicap» n’exige pas obligatoirement la preuve d’une limitation physique ou la présence d’une affection quelconque. L’accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la cause ou l’origine précise du handicap.

Toutes distinctions fondées sur le motif «handicap» ne sont pas nécessairement discriminatoires. En l’espèce, les employeurs admettent le lien causal entre la condition des plaignants et le congédiement ou le refus d’embauche. Toutefois, il incombera généralement à la partie demanderesse de prouver (1) l’existence d’une distinction, exclusion ou préférence (2) que la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif énuméré à l’art. 10 de la *Charte* et (3) que la distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou compromettre le droit à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Selon l’article 20 de la *Charte*, il reviendra ensuite à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est fondée sur des aptitudes ou qualités requises par l’emploi et donc justifiée.

Il découle de cette analyse et des faits de l’instance que M et T ont été victimes de discrimination fondée sur le handicap selon l’art. 10 de la *Charte*. Les jugements de la Cour d’appel sont donc confirmés et les dossiers de M et T sont renvoyés au Tribunal des droits de la personne afin qu’il se prononce sur la justification que pourraient apporter les villes de Montréal et de Boisbriand. Le dossier H est retourné à la Cour d’appel pour qu’elle se prononce en tenant compte du présent arrêt.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Commission ontarienne*

O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Labelle v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311; *De Jong v. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283; *Matlock v. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576; *St. Thomas v. Canada (Armed Forces)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301; *Davison v. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81; *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Bahlsen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] 1 F.C. 800; *Cinq-Mars v. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961; *Commission des droits de la personne du Québec v. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec v. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388; *Commission des droits de la personne du*

des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Labelle c. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311; *De Jong c. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283; *Matlock c. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576; *St. Thomas c. Canada (Forces armées)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301; *Davison c. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81; *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Bahlsen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] 1 C.F. 800; *Cinq-Mars c. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961; *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Qué-*

Québec v. Côte St-Luc (Cité de), [1982] C.S. 795; *Huppe v. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765; *Commission des droits de la personne du Québec v. Brasserie O'Keefe Ltée*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-005826-878, September 13, 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, s. 3.
Act to secure the handicapped in the exercise of their rights, S.Q. 1978, c. 7 [now R.S.Q., c. E-20.1], ss. 1(g), 112.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1) [repl. 1996, c. 14, s. 2].
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 10 [am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1980, c. 11 s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], 16, 20 [am. 1982, c. 61, s. 6; am. 1996, c. 10, s. 1], 20.1 [ad. 1996, c. 10, s. 2], 49, 57 [repl. 1995, c. 27, s. 2], 71 [repl. 1989, c. 51, s. 5], 74 [*idem*], 78 [*idem*], 80 [*idem*], 84 [*idem*].
Fair Practices Act, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 3.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(l) [rep. & sub. 1991, c. 12, s. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 1(1)(l).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 2.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2)(l).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 40.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), 71.

bec c. Héroux (1981), 2 C.H.R.R. D/388; *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765; *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O'Keefe Ltée*, C.S. Mtl., n° 500-05-005826-878, 13 septembre 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 10 [mod. 1978, ch. 7, art. 112; mod. 1982, ch. 61, art. 3], 16, 20 [mod. 1982, ch. 61, art. 6; mod. 1996, ch. 10, art. 1], 20.1 [aj. 1996, ch. 10, art. 2], 49, 57 [rempl. 1995, ch. 27, art. 2], 71 [rempl. 1989, ch. 51, art. 5], 74 [*idem*], 78 [*idem*], 80 [*idem*], 84 [*idem*].
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, art. 9(2)l).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 2.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), 71.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 3(l) [abr. & rempl. 1991, ch. 12, art. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 1(1)l).
Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées, L.Q. 1978, ch. 7 [maintenant L.R.Q., ch. E-20.1], art. 1g), 112.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) [rempl. 1996, ch. 14, art. 2].
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 40.
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, ch. 61, art. 3.
Loi prohibant la discrimination, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3.

Authors Cited

- Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped". In Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153.
- Proulx, Daniel. "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise" (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. Étude des projets de loi n^{os} 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., n^o 230, 16 décembre 1982, pp. B-11626, B-11627.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- United Nations. *World Programme of Action concerning Disabled Persons*, G.A. Res. 37/52, 90th Plenary Session, December 3, 1982.
- World Health Organization. *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*. Geneva: The Organization, 1980.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 688, 33 C.H.R.R. D/149, 36 C.C.E.L. (2d) 196, [1998] Q.J. No. 369 (QL), reversing the judgments of the Tribunal des droits de la personne (1995), 25 C.H.R.R. D/407 and D/412, [1995] J.T.D.P.Q. No. 4 and No. 5 (QL). Appeal dismissed.

Diane Lafond, for the appellant the City of Montréal.

Doctrine citée

- Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. «Equality Rights and the Physically Handicapped». In Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- McKenna, Ian B. «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153.
- Nations Unies. *Programme d'action mondiale concernant les personnes handicapées*, Rés. A.G. 37/52, 90^e séance plénière, 3 décembre 1982.
- Organisation mondiale de la santé. *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies*. Paris: INSERM, 1988.
- Proulx, Daniel. «La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise» (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. Étude des projets de loi n^{os} 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., n^o 230, 16 décembre 1982, pp. B-11626, B-11627.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 688, 33 C.H.R.R. D/149, 36 C.C.E.L. (2d) 196, [1998] A.Q. n^o 369 (QL), qui ont infirmé les jugements du Tribunal des droits de la personne (1995), 25 C.H.R.R. D/407 et D/412, [1995] J.T.D.P.Q. n^o 4 et n^o 5 (QL). Pourvoi rejeté.

Diane Lafond, pour l'appelante la ville de Montréal.

Guy Lemay, Odette Jobin-Laberge and Yann Bernard, for the appellant the City of Boisbriand.

Pierre-Yves Boisvert, for the appellant the Communauté urbaine de Montréal.

Béatrice Vizkelety, for the respondent.

Jean-René Maranda, for the *mis en cause* Réjeanne Mercier.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appeal before us concerns three cases, each of which involve the interpretation of s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Charter*”). The employee and the applicants for employment affected by this appeal (“employees”) have physical anomalies that do not result in functional limitations for the purposes of the employment in question. They were nevertheless denied employment on the basis of these physical anomalies. The issue in this case is whether these persons have a “handicap” within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Depending on how this term is interpreted, the employees in question will either enjoy or be denied a remedy under the *Charter*.

I. Facts

The employees Mercier, Troilo and Hamon all filed complaints with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”) on the basis that the appellants had infringed their right to equality in employment.

The facts, which were uncontested, were set out by Mr. Justice Jacques Philippon, who delivered the unanimous judgment of the Quebec Court of Appeal. I quote:

[TRANSLATION]

The Mercier Case

This case began in May 1992, when the City refused to hire the complainant as a gardener-horticulturist, even

Guy Lemay, Odette Jobin-Laberge et Yann Bernard, pour l’appelante la ville de Boisbriand.

Pierre-Yves Boisvert, pour l’appelante la Communauté urbaine de Montréal.

Béatrice Vizkelety, pour l’intimée.

Jean-René Maranda, pour la mise en cause Réjeanne Mercier.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi dont nous sommes saisis regroupe trois instances qui concernent toutes l’interprétation de l’art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 («*Charte*»). L’employé et les candidats à l’emploi affectés par ce pourvoi («employés») souffrent d’anomalies physiques sans qu’il n’en résulte de limitations fonctionnelles pour les fins des emplois qui leur ont été refusés sur la base de ces anomalies physiques. La question qui se pose ici est de savoir si ces personnes sont couvertes par l’expression «handicap» au sens de l’art. 10 de la *Charte*. Dépendant de l’interprétation retenue, les employés en question pourront ou non bénéficier d’un recours en vertu de la *Charte*.

I. Les faits

Les employés Mercier, Troilo et Hamon ont tous trois déposé une plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse («Commission») au motif que les appelantes avaient porté atteinte à leur droit à l’égalité en matière d’emploi.

Les faits, nullement contestés, ont été relatés par le juge Jacques Philippon qui prononce le jugement unanime de la Cour d’appel du Québec, et je cite:

Le cas Mercier

Cette affaire débute en mai 1992, au moment où la Ville refuse la candidature de la plaignante à un poste de

1

2

3

though she had successfully completed her training in this field.

Following a pre-employment medical exam in April of that year, the complainant was advised that the City believed she was unable to assume these duties because of an anomaly in her spinal column, a minor thoracolumbar scoliosis. The City was concerned about the possibility of her developing lower back pain, even though the complainant had never suffered any lower back pain or had a serious injury. In fact, she did not feel any discomfort or have any symptoms, nor did she have any disability or limitations in performing her normal activities.

However, two other medical assessments which were conducted on behalf of the complainant and the City, respectively, found that she was perfectly able to perform the duties related to the position she was seeking. The City indicated that the recommendation to hire the complainant was made in 1994, after the first medical expert consulted changed the initial recommendation regarding the complainant's ability to perform the duties of a gardener-horticulturist.

In July 1994, the doctors most involved in the case agreed that "this young patient does not have a greater potential risk of low back pain in the short-, medium- or even long-term" and that "we expect this patient will be able to perform her work at normal levels".

In principle, the City then agreed to hire the complainant as a gardener, subject to an agreement on financial matters. No such agreement was reached. The parties intended to submit these matters to Judge Brossard, who instead dismissed the application on the grounds that the appellant had not established that the complainant's exclusion was based on a handicap within the meaning of s. 10.

The Troilo case

In February 1990, after successfully completing the pre-employment medical exam, Palmerino Troilo (hereinafter the "complainant") was hired as a police officer by the municipality of Boisbriand (hereinafter "Boisbriand"), subject to a probationary period of 12 months. He performed his duties very well indeed, with excellent results until May 22, when he was absent for a period of time because of an acute attack of ileitis followed by a fistula (perforation of the intestine), which was treated surgically.

It was then discovered that the complainant has a chronic inflammation of the intestine, known as

jardinière horticultrice alors que celle-ci complète avec succès une formation dans ce domaine.

À la suite d'un examen médical préembauche survenu en avril de la même année, la plaignante apprend en effet que la Ville la juge inapte à occuper ces fonctions parce qu'elle est atteinte d'une anomalie à la colonne vertébrale, soit une légère scoliose dorso-lombaire. La Ville appréhende alors le développement d'une lombalgie, même si la plaignante n'en a jamais souffert ni subi de traumatisme sérieux. De fait, elle ne ressent aucun malaise ou symptôme ni quelque incapacité ou limitation dans l'exercice de ses activités courantes.

Deux autres expertises médicales respectivement effectuées pour le compte de la plaignante et de la Ville concluent toutefois à sa capacité d'exécuter normalement les tâches reliées au poste qu'elle sollicite. La Ville précise que la recommandation d'embaucher la plaignante survient, en 1994, après que le médecin-expert d'abord consulté eut modifié l'opinion initialement émise relativement à la capacité de la plaignante d'exercer les fonctions de jardinière horticultrice.

En juillet 1994, les principaux médecins se mettent d'accord: «cette jeune patiente ne présente aucun risque potentiel plus grand de lombalgie à court, à moyen ni même à long terme» et que «on peut s'attendre chez cette patiente à des prestations de travail normales».

La Ville a alors consenti, en principe, à l'intégration de la plaignante au poste de jardinière, sous réserve d'une entente sur les aspects financiers. Cette entente n'a pas eu lieu, et ce sont ces aspects que les parties entendaient soumettre au juge Brossard, qui, plutôt, a rejeté la demande au motif que l'appelante n'avait pas démontré que l'exclusion de la plaignante était fondée sur un handicap au sens de l'article 10.

Le cas Troilo

En février 1990, après avoir réussi avec succès l'examen médical de préemploi, Palmerino Troilo (ci-après nommé le plaignant) est embauché par la municipalité de Boisbriand (ci-après nommée Boisbriand) à titre de policier soumis à une période probatoire de 12 mois. Il travaille sans difficulté et donne un excellent rendement jusqu'au 22 mai suivant, alors qu'il doit s'absenter en raison d'un accès aigu d'iléite suivi d'une fistule (perforation intestinale) traitée chirurgicalement.

On découvre alors que le plaignant est atteint d'une maladie chronique inflammatoire de l'intestin, connue

“Crohn’s disease”. For unknown reasons, this disease affects certain parts of the digestive tract; it is a chronic disease which is aggravated by stress, among other factors. The severity varies for each individual; for some it may remain benign while others may require several operations.

All of the medical reports written after the complainant’s recovery attest that he is in good health and that, as he is asymptomatic, the complainant is able to perform the short and medium term duties of a police officer. Boisbriand nevertheless dismissed him in August 1990. It preferred, instead, to minimize potential costs by filling its complement of permanent employees with police officers who present the lowest risk of absenteeism.

The Commission is therefore appealing on the ground that Boisbriand discriminated against the complainant on the basis of handicap. The complainant has been working as a police officer for the City de Boucherville since January 1991.

The Hamon Case

There are definite similarities between the facts and the main issue raised in this case and in the appeals before the Court. The complainant, Jean-Marc Hamon, was not hired as a police officer by the Communauté urbaine de Montréal on the ground there are anomalies to his spinal column (bilateral spondylolosis and spondylolisthesis L5/S1). Hamon’s condition is asymptomatic and the employer admits that the complainant does not have any resulting discomfort, disability or limitation. Although the CUM does not consider this condition to be a handicap within the meaning of the Quebec Charter, it justifies its general policy of excluding such people on the grounds that, in performing their duties as police officers, there is a risk that they will develop incapacitating and recurrent lower back pain.

II. Statutory Provisions

The following provisions are relevant to this appeal:

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on

sous le nom de «maladie de Crohn». De cause inconnue, celle-ci affecte certaines portions du tube digestif; elle possède par ailleurs un caractère récidivant alimenté, entre autres facteurs, par le stress. Sa gravité varie selon les individus, pouvant demeurer bénigne chez certains, alors que pour d’autres elle peut nécessiter plusieurs opérations.

De fait, tous les rapports médicaux effectués après la convalescence du plaignant attestent de son état satisfaisant et de son aptitude à remplir de façon normale ses fonctions de policier à court et moyen termes puisqu’il est asymptotique. Boisbriand le remercie néanmoins de ses services en août 1990, préférant conserver à titre d’employés réguliers les policiers présentant le moins de risque possible d’absentéisme et de coûts à défrayer éventuellement.

La Commission se pourvoit donc à l’encontre de Boisbriand au motif que celle-ci aurait exercé de la discrimination fondée sur le handicap à l’endroit du plaignant, qui, depuis janvier 1991, travaille comme policier pour la Ville de Boucherville.

Le cas Hamon

Les faits et principale question soulevée dans cette affaire présentent une parenté certaine avec ceux des pourvois dont la Cour est saisie. Le plaignant, Jean-Marc Hamon, a vu sa candidature à un poste de policier rejetée par la Communauté urbaine de Montréal au motif qu’il est porteur d’anomalies à la colonne vertébrale (spondylolyse bilatérale et spondylolisthésis L5/S1). La condition de Hamon est par ailleurs asymptotique, l’employeur reconnaissant que le plaignant n’en subit aucun malaise ni incapacité ou quelque limitation. Bien qu’elle refuse d’y voir un handicap au sens de la charte québécoise, la CUM justifie sa politique globale d’exclusion à l’endroit de ces personnes au motif que, dans l’exercice du métier de policier, elles risquent de développer des lombalgies incapacitantes et récidivantes.

II. Les dispositions législatives

Les dispositions suivantes sont pertinentes pour les fins de ce pourvoi:

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence

race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

20.1 In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insurance plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefor is a risk determination factor based on actuarial data.

In such contracts or plans, the use of health as a risk determination factor does not constitute discrimination within the meaning of section 10.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

. . . .

57. A body, hereinafter called "the commission", is established under the name of "Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse".

The mission of the commission is to ensure that the principles set forth in this Chapter are upheld, that the interests of children are protected and that their rights recognized by the Youth Protection Act (chapter P-34.1) are respected; for such purposes, the commission shall

fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

. . . .

57. Est constituée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

La Commission a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la présente Charte ainsi qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la Loi sur la protection de la jeunesse (chapitre P-34.1); à ces fins, elle exerce

exercise the functions and powers conferred on it by this Charter and the Youth Protection Act.

71. The commission shall promote and uphold, by every appropriate measure, the principles enunciated in this Charter.

. . .

74. Any person who believes he has been the victim of a violation of rights that is within the sphere of investigation of the commission may file a complaint with the commission. If several persons believe they have suffered a violation of their rights in similar circumstances, they may form a group to file a complaint.

. . .

78. The commission shall seek, in respect of every situation reported in the complaint or revealed in the course of the investigation, any evidence allowing it to decide whether it is expedient to foster the negotiation of a settlement between the parties, to propose the submission of the dispute to arbitration or to refer any unsettled issue to a tribunal.

. . .

80. Where the parties will not agree to negotiation of a settlement or to arbitration of the dispute or where the proposal of the commission has not been implemented to its satisfaction within the allotted time, the commission may apply to a tribunal to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time.

84. Where, following the filing of a complaint, the commission exercises its discretionary power not to submit an application to a tribunal to pursue, for a person's benefit, a remedy provided for in sections 80 to 82, it shall notify the complainant of its decision, stating the reasons on which it is based.

Within 90 days after he receives such notification, the complainant may, at his own expense, submit an application to the Human Rights Tribunal to pursue such remedy and, in that case, he is, for the pursuit of the remedy, substituted by operation of law for the commission with the same effects as if the remedy had been pursued by the commission.

les fonctions et les pouvoirs que lui attribuent cette Charte et cette loi.

71. La Commission assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte.

. . .

74. Peut porter plainte à la Commission toute personne qui se croit victime d'une violation des droits relevant de la compétence d'enquête de la Commission. Peuvent se regrouper pour porter plainte, plusieurs personnes qui se croient victimes d'une telle violation dans des circonstances analogues.

. . .

78. La Commission recherche, pour toutes situations dénoncées dans la plainte ou dévoilées en cours d'enquête, tout élément de preuve qui lui permettrait de déterminer s'il y a lieu de favoriser la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste.

. . .

80. Lorsque les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, ou lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction, mise en œuvre dans le délai imparti, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate.

84. Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights, S.Q. 1978, c. 7 (now R.S.Q., c. E-20.1)

1. In this act, unless otherwise indicated by the context,

. . .

(g) “handicapped person”, or “the handicapped” in the plural, means a person limited in the performance of normal activities who is suffering, significantly and permanently, from a physical or mental deficiency, or who regularly uses a prosthesis or an orthopedic device or any other means of palliating his handicap.

III. Previous Proceedings, Decisions and Judgments

5

The Commission was constituted by s. 57 of the *Charter*. The function of the Commission is *inter alia* to ensure that the principles set out in the *Charter* are promoted and respected. The Commission may do so either of its own initiative or in response to a complaint: *Charter*, s. 71. In dealing with a complaint, the Commission decides whether to promote negotiation of a settlement between the parties, to propose arbitration of the dispute, or to refer unsettled issues to a tribunal: *Charter*, s. 78. If the dispute is referred to the Human Rights Tribunal, the Commission, or the complainant in the case contemplated by s. 84, brings the matter before the Tribunal.

6

The Commission received Ms. Mercier’s complaint on September 18, 1992. After conducting its investigation, the Commission referred Ms. Mercier’s complaint to the Human Rights Tribunal, applying to that Tribunal in May 1994.

Charte canadienne des droits et libertés

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées, L.Q. 1978, ch. 7 (maintenant L.R.Q., ch. E-20.1)

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n’indique un sens différent, on entend par:

. . .

g) «personne handicapée» ou «handicapé»: toute personne limitée dans l’accomplissement d’activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d’une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap.

III. Les procédures, décisions et jugements antérieurs

La Commission est un organisme constitué en vertu de l’art. 57 de la *Charte*. Entre autres, la Commission a le devoir d’assurer la promotion et le respect des principes contenus dans la *Charte*, soit de sa propre initiative, soit par voie d’une plainte qui lui est adressée: la *Charte*, art. 71. Pour toutes situations dénoncées dans une plainte, la Commission détermine s’il y a lieu de favoriser la négociation d’un règlement entre les parties, de proposer l’arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste: la *Charte*, art. 78. S’il y a lieu de soumettre le différend au Tribunal des droits de la personne, la Commission, ou le plaignant dans le cas prévu à l’art. 84, porte l’instance devant le tribunal.

La Commission a reçu la plainte de M^{me} Mercier le 18 septembre 1992. Après avoir fait enquête, la Commission a accueilli la plainte et a déposé une demande introductive d’instance devant le Tribunal des droits de la personne en mai 1994.

The same procedures were followed with respect to Mr. Troilo's complaint. The Commission applied to the Human Rights Tribunal on July 7, 1994, in response to Mr. Troilo's complaint, which had been filed with the Commission on August 12, 1990.

Regarding the third case, Mr. Hamon filed a complaint with the Commission on October 1, 1990. After conducting its investigation, the Commission applied to the Human Rights Tribunal on August 26, 1994. For our purposes, the *Hamon* case is relevant because the defendant in *Hamon*, the Communauté urbaine de Montréal ("CUM"), intervened before the Quebec Court of Appeal in *Mercier* and *Troilo*, and appealed the Quebec Court of Appeal's decision dismissing its intervention before this Court.

(a) *Human Rights Tribunal*

Québec (Commission des droits de la personne) et Troilo v. Boisbriand (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/412 ("Troilo")

Québec (Commission des droits de la personne) et Mercier v. Montréal (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/407 ("Mercier")

Québec (Commission des droits de la personne) et Hamon v. Montréal (Communauté urbaine) (1996), 26 C.H.R.R. D/466 ("Hamon")

Judge Brossard of the Human Rights Tribunal presided over *Mercier* and *Troilo* and Madame Judge Rivet, the President of the Tribunal, presided over *Hamon*.

(i) The Reasons of Judge Brossard

The reasons in *Mercier* and *Troilo* are practically identical. In *Mercier*, Judge Brossard accepted the medical evidence that the anomaly did not lead to any functional limitation in the context of the position sought. Although the judge accepted that the scoliosis was the basis for the refusal to hire Ms. Mercier, he stated that the employer was entitled to refuse Ms. Mercier's application and choose a candidate who was in better health.

Suivant la même procédure, la Commission a déposé une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne le 7 juillet 1994, suite à une plainte adressée à la Commission par M. Troilo en date du 12 août 1990.

Pour ce qui est de l'affaire *Hamon*, ce dernier a porté plainte à la Commission le 1^{er} octobre 1990. Après avoir fait enquête, la Commission a déposé une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne le 26 août 1994. Pour nos fins, la cause *Hamon* est pertinente puisque la Communauté urbaine de Montréal («CUM»), défenderesse dans l'affaire *Hamon*, est intervenue devant la Cour d'appel du Québec dans les affaires *Mercier* et *Troilo*, de même qu'elle s'est portée appelante devant notre Cour du rejet de son intervention par la Cour d'appel du Québec.

a) *Tribunal des droits de la personne*

Québec (Commission des droits de la personne) et Troilo c. Boisbriand (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/412 (l'affaire «Troilo»)

Québec (Commission des droits de la personne) et Mercier c. Montréal (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/407 (l'affaire «Mercier»)

Québec (Commission des droits de la personne) et Hamon c. Montréal (Communauté urbaine) (1996), 26 C.H.R.R. D/466 (l'affaire «Hamon»)

Devant le Tribunal des droits de la personne, le juge Brossard fut saisi des affaires *Mercier* et *Troilo* et Madame le juge Rivet, présidente de ce même tribunal, fut saisie de l'affaire *Hamon*.

(i) Les motifs du juge Brossard

Les motifs dans les affaires *Mercier* et *Troilo* sont presque identiques. Dans l'affaire *Mercier*, le juge Brossard retient la preuve médicale à l'effet que l'anomalie n'engendre aucune limitation fonctionnelle dans l'emploi sollicité. Même si le juge reconnaît que la scoliose est le motif du refus d'embauche, il est d'avis que l'employeur a le droit de refuser d'embaucher M^{me} Mercier et de choisir un candidat en meilleure santé.

7

8

9

10

11 In *Troilo*, the analysis of the complainant's physical condition was slightly more involved because he had been absent from work due to a fistula, caused by Crohn's disease, and was treated surgically. The employer in fact terminated Mr. Troilo's employment on the basis that he had a recurring disease. Once again, even though Judge Brossard accepted the medical evidence that Mr. Troilo's condition created no specific limitations or difficulties in the performance of his work, he dismissed the Commission's application.

12 In both cases, Judge Brossard rejected the notion that a handicap could be subjectively perceived. Even though a subjective perception is specifically included in the legislation of other provinces such as Ontario and Nova Scotia, he found this concept to be foreign to s. 10 of the *Charter*.

[TRANSLATION] The Quebec legislature has neither used the concept of disability, nor defined handicap such that a handicap need only be perceived, even absent any functional limitation. Accordingly, this word should be given its usual meaning, that is its meaning in ordinary speech. At the same time courts must favour a purposive interpretation of the *Charter* that recognizes the integration of people with disabilities into society as one of the *Charter's* many goals.

(*Troilo*, at p. D/416, and *Mercier*, at p. D/410)

13 Although Judge Brossard recognized that the complainants in both of these cases were denied employment because of a subjective perception of their handicaps, he found that without functional limitations, the complainants had no remedy under s. 10 of the *Charter*. Finally, Judge Brossard pointed out that a person's state of health cannot be a "handicap" because, in his view, this interpretation would trivialize the *Charter*:

[TRANSLATION] . . . to extend the concept of "handicap" to include an anomaly [or an illness] that does not involve any limitation would be to trivialize s. 10 of the *Charter*, which was enacted to protect those people who are limited in the performance of everyday activities.

(*Troilo*, at p. D/416, and *Mercier*, at p. D/410)

Dans l'affaire *Troilo*, l'analyse de la condition physique a été un peu plus poussée en raison d'une absence au travail due à une fistule traitée en chirurgie, attribuable à la maladie de Crohn. L'employeur a d'ailleurs mis fin à l'emploi de M. Troilo au motif qu'il était atteint d'une maladie récidivante. Encore ici, même si le juge Brossard retient la preuve médicale selon laquelle on ne prévoit aucune limitation ou difficulté particulière dans l'exercice de son travail, il rejette la demande de la Commission.

Dans ces deux affaires, le juge Brossard écarte la notion de perception subjective de handicap qu'il juge étrangère au texte de l'art. 10 de la *Charte*, alors qu'elle est spécifiquement incluse dans d'autres législations comme en Ontario et en Nouvelle-Écosse:

Le législateur québécois n'a ni utilisé la notion d'invalidité, ni défini le handicap comme en étant un qu'il suffit de percevoir comme tel en l'absence de toute limitation fonctionnelle de sorte qu'il faut accorder à ce terme le sens dans lequel il est utilisé habituellement, c.-à-d. l'usage courant, tout en privilégiant une interprétation téléologique de la *Charte* dont un objectif est l'intégration des personnes handicapées dans la vie en société.

(*Troilo*, à la p. D/416, et *Mercier*, à la p. D/410)

Ainsi, bien que le juge Brossard reconnaisse que les plaignants dans les deux instances ont été privés d'emplois en raison d'une perception subjective de leur handicap, il conclut qu'en l'absence de limitation fonctionnelle, les plaignants n'ont pas de recours en vertu de l'art. 10 de la *Charte*. Finalement, le juge Brossard souligne qu'une anomalie ou l'état de santé ne sont pas nécessairement compris dans le motif de «handicap» car, selon lui, une telle interprétation banaliserait la *Charte*:

. . . l'extension de la notion de «handicap» de manière à y inclure une anomalie [ou une maladie] qui n'implique aucune limitation revient à banaliser l'art. 10 de la *Charte* qui a été édicté de manière à assurer la protection des personnes souffrant de limitations dans l'accomplissement de fonctions de la vie courante.

(*Troilo*, à la p. D/416, et *Mercier*, à la p. D/410)

Judge Brossard concluded that while Ms. Mercier and Mr. Troilo have physical anomalies, they do not have handicaps for the purposes of s. 10 of the *Charter* because they do not suffer from a disadvantage or disability that results in a functional limitation.

(ii) The Reasons of Judge Rivet

In *Hamon*, Judge Rivet found that Mr. Hamon was in excellent health, and that the anomaly in his case did not result in any functional limitations. Relying mainly on the 1982 amendment to s. 10 of the *Charter* and on the different objectives of the *Charter* and *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*, Judge Rivet concluded that the employer's exclusionary policy and its decision not to hire were covered by ss. 10 and 16 of the *Charter* (at p. D/474):

[TRANSLATION] In the context of the *Charter*, a broad interpretation of the term handicap is justified by the fact that the objectives of this human rights instrument are broader than the objectives of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*.

In her view, limitations attributed in error, which are included in the concept of handicap, are really associated not with the persons to whom they are attributed, but rather with the exercise of a right protected by the *Charter*. To conclude otherwise, according to Judge Rivet, would undermine the goal of prohibiting discrimination. She therefore held that under s. 10 of the *Charter*, the identification or assessment of a handicap could be objective or purely subjective. She stated (at p. D/474):

[TRANSLATION] A more restrictive interpretation would deprive persons with an anomaly of the protection of the *Charter* since the exclusion is due to another person's perception of their ability to exercise a right, and is precisely based on the anomaly.

For these reasons, Judge Rivet held that the exclusion of Mr. Hamon was based on handicap, contrary to s. 10 of the *Charter*, and that the CUM's refusal to consider his application for the

Le juge Brossard conclut que M^{me} Mercier et M. Troilo, bien que porteurs d'anomalies physiques, ne sont pas atteints d'un handicap au sens de l'art. 10 de la *Charte* parce qu'ils ne souffrent pas d'un désavantage ou d'une déficience de nature à produire une limitation fonctionnelle.

(ii) Les motifs du juge Rivet

En ce qui concerne l'affaire *Hamon*, Madame le juge Rivet retient la preuve à l'effet que M. Hamon jouit d'une excellente santé et que l'anomalie dont il est atteint n'engendre aucune limitation fonctionnelle. S'appuyant surtout sur la modification apportée à l'art. 10 de la *Charte* en 1982 et sur l'objet différent qui sous-tend respectivement la *Charte* et la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, le juge Rivet conclut que la politique d'exclusion de l'employeur et le refus d'embauche sont couverts par les art. 10 et 16 de la *Charte* (à la p. D/474):

Dans le contexte de la *Charte*, une interprétation extensive de la notion de handicap se justifie par le fait que cet instrument de protection des droits et libertés vise des objectifs plus larges que ceux que tente d'atteindre la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*.

Selon elle, les limitations erronément imputées, incluses dans la notion de handicap, ne se rattachent pas réellement aux personnes à qui elles sont attribuées, mais plutôt à l'exercice d'un droit protégé par la *Charte*. Conclure autrement, selon Madame le juge Rivet, irait à l'encontre de l'objectif visé par l'interdiction de la discrimination. Elle estime alors qu'en vertu de l'art. 10 de la *Charte*, l'appréciation du handicap peut être objective ou purement subjective. Elle affirme (à la p. D/474):

Une interprétation plus restrictive priverait les personnes atteintes d'une anomalie de la protection de la *Charte* alors que l'exclusion dont elles feraient l'objet, en raison de perception d'un tiers à l'égard de leur capacité d'exercer un droit, vise directement cette anomalie.

Pour ces motifs, Madame le juge Rivet conclut que l'exclusion de M. Hamon est fondée sur le handicap en violation de l'art. 10 de la *Charte* et que le refus de la CUM de considérer sa candida-

14

15

16

17

position constituted discrimination that was not justified under s. 20 of the *Charter*.

(b) *Quebec Court of Appeal*, [1998] R.J.Q. 688

18

Mercier and *Troilo* were appealed to the Quebec Court of Appeal. The CUM also appealed Judge Rivet's decision in *Hamon*, and was granted leave to intervene in *Mercier* and *Troilo*, which were already before the Court of Appeal. The CUM, whose intervention was dismissed by the Court of Appeal, appealed that decision before this Court.

19

Philippon J. (*ad hoc*) wrote the Quebec Court of Appeal's reasons in this case. In a very extensive judgment, Philippon J. provided a detailed analysis of the notion of handicap. First, he reviewed the applicable principles of interpretation. Relying on the liberal and purposive method of interpretation, he interpreted the term "handicap" broadly. In his view, interpretations of the *Charter* must always be consistent with constitutional standards, including those set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). Thus, it is helpful to refer to similar provisions in provincial human rights codes, despite differences in terminology.

20

Philippon J. then examined the legislative history of the *Charter* and of handicap as a prohibited ground of discrimination. He noted that before the *Charter* was amended in 1982, although subjective perceptions were relevant considerations regarding the other grounds of discrimination set out in s. 10, they could not be considered in the context of a handicap. Between 1978 and 1982, the *Charter* protected every person against discrimination based on the "the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap". In 1982, the legislature replaced this phrase with "a handicap or the use of any means to palliate a handicap". Philippon J. observed that since this amendment, the Quebec courts have consistently recognized that both objective reality and

ture est une discrimination qui n'est pas justifiée en vertu de l'art. 20 de la *Charte*.

b) *Cour d'appel du Québec*, [1998] R.J.Q. 688

Les affaires *Mercier* et *Troilo* ont fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Québec. Quoique la CUM ait porté la décision du juge Rivet en appel dans l'affaire *Hamon*, celle-ci a été autorisée à intervenir dans les appels *Mercier* et *Troilo*, dont la Cour d'appel était déjà saisie. Suite au rejet de son intervention par la Cour d'appel, la CUM est appelante devant notre Cour.

Le jugement de la Cour d'appel dans ces pourvois est rendu par le juge Philippon (*ad hoc*). Dans un jugement très élaboré, le juge Philippon fait une analyse détaillée de la notion de handicap. Il rappelle tout d'abord les principes d'interprétation applicables et, s'appuyant sur la méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet de la législation, il définit le motif «handicap» de façon libérale. Selon lui, toute interprétation de la *Charte* doit se conformer aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* («*Charte canadienne*»). Il y a lieu, par ailleurs, de recourir à cette fin aux dispositions similaires des codes provinciaux en matière de droits de la personne, et ce malgré les différences de terminologie.

Le juge Philippon s'attarde ensuite à l'historique législatif de la *Charte* et du handicap comme motif de discrimination interdit. Il note qu'avant la modification de la *Charte* en 1982, la prise en compte de perceptions subjectives était écartée dans le cas du handicap alors qu'elle avait été accueillie en ce qui a trait aux autres critères de discrimination énumérés à l'art. 10. Entre 1978 et 1982, la *Charte* offrait une protection à toute personne contre la discrimination fondée sur «le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap». En 1982, le législateur a remplacé ces termes par «le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap». Depuis cette modification, fait remarquer le juge Philippon, les tribunaux québécois ont, de façon presque constante, reconnu que la réalité objective et la perception subjective sont,

subjective perception are integral parts of the concept of handicap.

Philippon J. then considered the definition of handicap. He referred to case law and literature, but declined to adopt a strict definition of the concept of handicap. He stated (at p. 709):

[TRANSLATION] However useful and relevant they may be, these clarifications do not in our view, lead to an infallibly precise identification of the issues, which, because of subtle distinctions, will continue to be raised in certain less obvious cases. In my view, as illness is so broad and its meaning so varied, I cannot rule out health.

Without providing an exhaustive definition of handicap, Philippon J. cited *inter alia* the following passage from “La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise” (1996), 56 *R. du B.* 317, at p. 422, by Professor D. Proulx, where he states that a handicap:

[TRANSLATION] . . . may take the form of a loss, malformation or abnormality of an organ, a structure or an anatomical, physiological, psychological or mental function. Such an anomaly is therefore an abnormal physical or mental condition, one which does not conform to a standard, a model or a general rule. The effect of this condition is to make an individual unique or conspicuous. . . . [T]he cause of the anomaly which creates the handicap is immaterial. It may therefore have been present at birth (congenital cause) or arisen later, for example because of accident, illness or aging.

As to the requirements of ss. 10 and 20 of the *Charter*, Philippon J. stated that in order to prove the existence of a handicap, the complainant is not required to provide evidence of actual limitations or disabilities associated with the identified anomaly. Rather, this proof is required at the second step of the analysis, pursuant to s. 20, when the onus is on the employer to justify the exclusion (at p. 710):

[TRANSLATION] It is only at the second step that evidence regarding the person’s actual limitations which prevent him or her from performing the normal duties

toutes deux, parties intégrantes de la notion de handicap.

Le juge Philippon s’interroge ensuite sur la définition de la notion de handicap. Après s’être référé à plusieurs autorités jurisprudentielles et doctrinales, il refuse d’adopter une définition étanche du concept de handicap. Il s’exprime ainsi (à la p. 709):

Si utiles et pertinentes soient-elles, ces clarifications ne permettent cependant pas, à notre avis, de cerner avec une précision infaillible les questions qui, faisant appel à des distinctions subtiles, continueront de se poser dans certains cas d’espèce moins évidents. J’estime être incapable d’exclure l’état de santé tellement est vaste la maladie et variée son acception.

Sans en donner une définition exhaustive, le juge Philippon cite, entre autres, l’extrait suivant de l’article du professeur D. Proulx, «La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise» (1996), 56 *R. du B.* 317, à la p. 422, à l’effet que le handicap:

. . . se présente sous la forme d’une perte, d’une malformation ou d’une altération d’un organe, d’une structure ou d’une fonction anatomique, physiologique, psychologique ou mentale. Une telle anomalie est par conséquent un état physique ou mental anormal, c’est-à-dire non conforme à une norme, à un modèle ou à une règle générale, lequel état a pour effet de particulariser un individu ou de le singulariser. [. . .] [L]a cause d’une anomalie constitutive de handicap est sans importance. Elle peut donc être acquise à la naissance (cause congénitale) ou par la suite, en raison notamment d’un accident, d’une maladie ou du vieillissement.

Discutant ensuite des exigences prévues aux art. 10 et 20 de la *Charte*, le juge Philippon estime que la démonstration d’un handicap ne requiert pas la preuve, en demande, de limitations ou d’incapacités réelles reliées à l’anomalie identifiée. Cette démonstration doit plutôt être faite à la deuxième étape de l’analyse, prévue à l’art. 20, là où il incombe à l’employeur de justifier l’exclusion (à la p. 710):

C’est seulement à la seconde étape qu’est requise la preuve relative aux limitations réelles dont une personne est atteinte, l’empêchant ainsi de fournir une prestation

21

22

23

must be provided. At the first step, and applying these principles to the cases before the Court, the complainants are not required to produce evidence other than what was essentially provided by the employers' medical experts, which indicates that the complainants have anomalies and that these anomalies are the basis for the infringement of their right to equality in employment. It should be noted that while medical evidence of this kind will undoubtedly be required in most cases, it will probably not be necessary in clear-cut cases.

In any event, the complainant is not required to prove that his or her ability to perform the duties of a position or occupation is limited. It is the employer who must justify the exclusion at the second step, under s. 20.

24 For the above reasons, Philippon J. concluded that Ms. Mercier and Mr. Troilo were victims of discriminatory exclusion within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, he reversed the Judge Brossard's judgments and ordered that both cases be returned to the tribunal of first instance for a decision regarding s. 20 of the *Charter*, where the onus is on the employer to justify the exclusion. Philippon J. dismissed the intervention of the CUM, although the CUM's appeal remains pending before the Court of Appeal.

IV. Issue

25 As I stated at the outset, the only issue is the interpretation of s. 10 of the *Charter*.

V. Analysis

(a) *Principles of Interpretation*

26 The *Charter* does not define the term "handicap" and the word's ordinary meaning is not clear from the various dictionary definitions. It seems that "handicap" can have a vague or very broad meaning. Therefore, as this appeal is essentially an exercise in interpretation, we must first review certain principles that apply in this situation.

de travail normale. À la première étape, et appliquant ces principes aux cas devant la Cour, les plaignants n'ont pas à faire une preuve autre que celle essentiellement fournie, en l'occurrence, par les experts médicaux des employeurs et selon laquelle ils sont affectés d'anomalies sur la base desquelles on a porté atteinte à leur droit à l'égalité en emploi. Notons qu'une preuve médicale de même nature sera sans doute nécessaire dans la plupart des cas, mais probablement pas dans des affaires évidentes.

En tout état de cause, il n'appartient pas à un plaignant d'établir que sa capacité de fournir une prestation dans une fonction ou une occupation de travail est limitée. C'est à l'employeur, à la deuxième étape, qu'il appartient de justifier de l'exclusion, dans le cadre de l'article 20.

Pour l'ensemble de ces motifs, le juge Philippon conclut que M^{me} Mercier et M. Troilo ont été victimes d'exclusions discriminatoires au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Il infirme en conséquence les jugements du juge Brossard et ordonne le renvoi des deux dossiers au tribunal de première instance afin que celui-ci se prononce sur l'étape de l'analyse où il incombe à l'employeur de justifier l'exclusion, en vertu de l'art. 20 de la *Charte*. Le juge Philippon rejette l'intervention de la CUM, alors que l'appel était toujours pendant devant la Cour d'appel.

IV. La question en litige

Comme je l'ai mentionné dès le départ, la seule question en litige concerne l'interprétation de l'art. 10 de la *Charte*.

V. Analyse

a) *Les principes d'interprétation*

La *Charte* ne définit pas le motif «handicap». De plus, le sens ordinaire de ce mot ne ressort pas clairement à la lecture des différentes définitions que l'on retrouve dans les dictionnaires. On constate que «handicap» peut avoir une acception vague ou très large. Puisque ce pourvoi donne donc lieu à un exercice d'interprétation, il est essentiel de rappeler d'abord certains principes applicables.

As Philippon J. pointed out, given its fundamental and quasi-constitutional status, human rights legislation prevails over other legislation. That principle has been reiterated by this Court on several occasions: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. The Court has also held that because of its quasi-constitutional status, the *Charter* must be interpreted in light of both its context and objectives: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

Accordingly, in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 116, Gonthier J. wrote the following on the subject of the Quebec *Charter*:

Like the statutes that are its counterparts in the other provinces, the *Charter*, which was enacted in 1975, has a special quasi-constitutional status. Certain of its provisions thus have relative primacy, resulting from s. 52. By its very nature, such a statute calls for a large and liberal interpretation that allows its objectives to be achieved as far as possible. In this sense, not only the provisions at issue but the entire statute must be examined (see in this regard *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547).

More generally, in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 383-84, Professor R. Sullivan summarized as follows the rules of interpretation that apply to human rights legislation:

(1) Human rights legislation is given a liberal and purposive interpretation. Protected rights receive a broad

Comme le souligne le juge Philippon, la législation en matière de droits de la personne a un caractère fondamental et quasi-constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires. Notre Cour a affirmé ce principe à plusieurs reprises: *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Nous avons également reconnu qu'étant donné le caractère quasi-constitutionnel de la législation en matière de droits de la personne, il convient de l'interpréter à la lumière de ses objectifs et de son contexte: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

C'est ainsi que dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, au par. 116, le juge Gonthier écrit ceci au sujet de la *Charte québécoise*:

Adoptée en 1975, la *Charte*, au même titre que les lois des autres provinces qui lui font pendant, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle. Certaines de ses dispositions possèdent ainsi une primauté relative, qui découle de l'art. 52. Par sa nature même, une telle loi commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permet d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés. En ce sens, non seulement les dispositions en cause, mais l'ensemble de la loi, doivent être examinés (voir à ce sujet *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547).

De façon plus générale, le professeur R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), aux pp. 383 et 384, fait le résumé suivant des règles d'interprétation applicables aux lois en matière de droits de la personne:

[TRADUCTION]

(1) Les lois en matière de droits de la personne doivent recevoir une interprétation libérale, fondée sur l'objet

27

28

29

interpretation, while exceptions and defences are narrowly construed.

(2) In responding to general terms and concepts, the approach is organic and flexible. The key provisions of the legislation are adapted not only to changing social conditions but also to evolving conceptions of human rights.

. . . .

In this regard, see also *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321.

30 This Court has repeatedly stressed that it is inappropriate to rely solely on a strictly grammatical analysis, particularly with respect to the interpretation of legislation which is constitutional or quasi-constitutional in nature: *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*.

31 The courts are increasingly recognizing that all statutes, whether or not they are constitutional in nature, must be interpreted contextually. P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3rd ed. 1999), stated at pp. 355-56:

[TRANSLATION] Without going so far as to say that words have no intrinsic meaning, their dependence on context for real meaning must be recognized. A dictionary provides a limited assortment of potential meanings, but only within the context is the effective meaning revealed. . . .

See also Sullivan, *supra*, at p. 3.

32 Thus, as this Court stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21-23, it is appropriate to consider the legislative context. According to Côté, *supra*, at pp. 355-56, the context of a law includes the other provisions of the law, related statutes, the objective of both the law

visé. Les droits protégés reçoivent une interprétation large, alors que les exceptions et les moyens de défense font l'objet d'une interprétation restrictive.

(2) En ce qui a trait à l'interprétation des termes et des concepts généraux, c'est la méthode organique et souple qui prévaut. Les principales dispositions des lois sont adaptées en fonction non seulement des changements de conditions sociales, mais encore de l'évolution des conceptions en matière de droits de la personne.

. . . .

À cet effet, voir également *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321.

Notre Cour a souligné à maintes reprises qu'il n'y a pas lieu de s'en rapporter uniquement à la méthode d'interprétation fondée sur l'analyse grammaticale, notamment en ce qui concerne l'interprétation de lois de nature constitutionnelle et quasi-constitutionnelle: *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité.

De plus en plus, les tribunaux reconnaissent que la méthode d'interprétation contextuelle s'applique à toutes les lois, même celles qui ne sont pas à caractère constitutionnel. P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), s'exprime ainsi aux pp. 355 et 356:

Sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés. Le dictionnaire ne fait que définir certains sens virtuels que les mots peuvent véhiculer: ce sont des sens potentiels (dont la liste ne saurait jamais être exhaustive) et ce n'est que l'emploi du mot dans un contexte concret qui précisera son sens effectif. . . .

Voir également Sullivan, *op. cit.*, à la p. 3.

Ainsi, tel que l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 21 à 23, il y a lieu d'examiner le contexte de la loi. Selon Côté, *op. cit.*, aux pp. 355 et 356, le contexte d'une loi comprend les autres dispositions de la loi, les lois connexes, l'objectif

and the specific provision, as well as the circumstances which led to the drafting of the text.

(i) Objectives of the Charter

The preamble of a statute often provides a good indication of that statute's objectives: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*; *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 40. Thus, in the case at bar, it is helpful to examine the following three paragraphs of the preamble to the *Charter*:

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

The preamble suggests that the *Charter's* objective is to protect the dignity and equality rights of all human beings and, by logical extension, to eliminate discrimination. McIntyre J. first made the connection between these concepts in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 172, when he said, "Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality . . .".

It was also in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, at pp. 174-75, that McIntyre J. described discrimination as follows:

... [it is] a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a

poursuivi par la loi et par la disposition spécifique, ainsi que les circonstances qui ont amené l'énonciation du texte.

(i) Les objectifs de la Charte

Le préambule d'une loi sert souvent à nous éclairer sur les objectifs de celle-ci: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 40. Il y a alors lieu de reproduire les trois paragraphes suivants que l'on retrouve au préambule de la *Charte*:

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Nous trouvons dans ce préambule une indication que l'objectif poursuivi par la *Charte* est la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination. Le juge McIntyre a fait le lien entre ces concepts dès l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 172, lorsqu'il dit que «[l]a discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité . . .».

C'est aussi dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, aux pp. 174 et 175, que le juge McIntyre décrit ainsi la discrimination:

... [c'est] une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à

33

34

35

group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Since then, this passage has been cited in the vast majority of the decisions of this Court dealing with discrimination: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

36 The purpose of Canadian human rights legislation is to protect against discrimination and to guarantee rights and freedoms. With respect to employment, its more specific objective is to eliminate exclusion that is arbitrary and based on preconceived ideas concerning personal characteristics which, when the duty to accommodate is taken into account, do not affect a person's ability to do a job.

37 In the following passage from the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984) (also called the "Abella Report"), at p. 2, the Commission eloquently explained that:

Equality in employment means that no one is denied opportunities for reasons that have nothing to do with inherent ability. It means equal access free from arbitrary obstructions. Discrimination means that an arbitrary barrier stands between a person's ability and his or her opportunity to demonstrate it. If the access is genuinely available in a way that permits everyone who so wishes the opportunity to fully develop his or her potential, we have achieved a kind of equality. It is equality defined as equal freedom from discrimination.

un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Cet extrait a été repris par la suite dans la grande majorité des arrêts de notre Cour qui ont trait à la discrimination: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

La législation canadienne en matière de droits de la personne envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis. Dans le domaine de l'emploi, son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard de caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail.

Dans l'extrait suivant du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984) (aussi appelé «Rapport Abella»), à la p. 2, la commission s'exprime éloquentement à ce sujet:

L'égalité en matière d'emploi signifie que nul ne doit se voir refuser un débouché pour des raisons qui n'ont rien à voir avec sa compétence. Elle signifie le libre accès sans barrières arbitraires. La discrimination fait qu'un obstacle arbitraire vient souvent s'interposer entre la compétence d'une personne et sa possibilité d'en faire la preuve. Si quiconque désire se réaliser a véritablement la possibilité d'accéder à l'emploi qui l'intéresse, on atteint alors une certaine égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité sans aucune discrimination.

Discrimination in this context means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics. What is impeding the full development of the potential is not the individual's capacity but an external barrier that artificially inhibits growth. [Emphasis added.]

This Court has cited the above passage with approval in, *inter alia*, *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

This Court has, on several occasions, referred to the existence of a subjective component of discrimination. Indeed, this concept is not foreign to Canadian law. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at p. 174, McIntyre J. defined discrimination in terms of distinctions based on personal characteristics attributed to an individual. Similarly, in an appeal concerning an Ontario statute and whether it violated s. 15 of the *Canadian Charter*, McLachlin J. spoke of discrimination in terms of "presumed" characteristics: *Miron v. Trudel*, *supra*, at para. 132. See also *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, *supra*; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Vriend v. Alberta*, *supra*.

The objectives of the *Charter*, namely the right to equality and protection against discrimination, cannot be achieved unless we recognize that discriminatory acts may be based as much on perception and myths and stereotypes as on the existence of actual functional limitations. Since the very nature of discrimination is often subjective, assigning the burden of proving the objective existence of functional limitations to a victim of discrimination would be to give that person a virtually impossible task. Functional limitations often exist only in the mind of other people, in this case that of the employer.

Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel. [Je souligne.]

Notre Cour a cité cet extrait avec approbation notamment dans les affaires *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité.

La composante subjective de la discrimination n'est pas étrangère au droit canadien car, à quelques reprises, notre Cour s'est référée à l'existence d'un tel élément subjectif. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 174, le juge McIntyre a défini la discrimination en termes de distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un individu. De même, dans le cadre d'un pourvoi visant la constitutionnalité d'une loi ontarienne au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, le juge McLachlin a parlé de discrimination en termes de caractéristiques «présumées»: *Miron c. Trudel*, précité, au par. 132. Voir aussi *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, précité; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Vriend c. Alberta*, précité.

Les objectifs de la *Charte*, soit le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination, ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles. La nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes, ici l'employeur.

38

39

40 It would be strange indeed if the legislature had intended to enable persons with handicaps that result in functional limitations to integrate into the job market, while excluding persons whose handicaps do not lead to functional limitations. Such an approach appears to undermine the very essence of discrimination.

41 I am, therefore, of the view that the *Charter's* objective of prohibiting discrimination requires that "handicap" be interpreted so as to recognize its subjective component. A "handicap", therefore, includes ailments which do not in fact give rise to any limitation or functional disability.

(ii) Related Legislation

42 Philippon J. correctly noted that human rights legislation must conform to constitutional norms, including those set out in the *Canadian Charter*. While there is no requirement that the provisions of the *Charter* mirror those of the *Canadian Charter*, they must nevertheless be interpreted in light of the *Canadian Charter: Vriend v. Alberta, supra*, and *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, supra*. Thus, when a statutory provision is open to more than one interpretation, it must be interpreted in a manner consistent with the provisions of the *Canadian Charter: Slight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eaton v. Brant County Board of Education, supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

43 Section 10 of the *Charter* must also be examined in light of other federal and provincial human rights legislation. The parties noted that the terminology used in human rights legislation varies from one jurisdiction to another. In fact, words such as "handicap" and "disability" are used in English, while words such as "handicap", "déficience", "incapacité" and "invalidité" are used in French. See, for example, *Canadian Charter*, s. 15(1); *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I.

Il serait étrange que le législateur ait voulu intégrer au marché du travail les personnes atteintes de handicaps présentant des limitations fonctionnelles alors que les personnes sans limitations fonctionnelles en seraient exclues. Cela semble la négation même de la notion de discrimination.

J'estime alors que l'objectif antidiscriminatoire de la *Charte* exige que le motif «handicap» soit interprété de façon à reconnaître son élément subjectif. Un «handicap» comprend donc des affections qui n'occasionnent en réalité aucune limitation ou incapacité fonctionnelle.

(ii) Les lois connexes

Le juge Philippon souligne avec raison que la législation en matière de droits de la personne est assujettie à une obligation de conformité aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne*. Même si les dispositions de la *Charte* ne doivent pas nécessairement être le reflet exact de la *Charte canadienne*, elles s'interprètent néanmoins à la lumière de celle-ci: *Vriend c. Alberta*, précité, et *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité. Ainsi, lorsqu'une disposition législative est susceptible de plus d'une interprétation, elle doit être interprétée d'une façon qui se concilie avec les dispositions de la *Charte canadienne: Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, précité; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

En plus de la *Charte canadienne*, l'art. 10 de la *Charte* doit être examiné dans le contexte des autres législations provinciales et fédérales en matière de droits de la personne. Les parties ont souligné que le vocabulaire utilisé dans la législation en matière de droits de la personne diffère d'une juridiction à l'autre. En effet, on retrouve les expressions «handicap» et «disability» en anglais, ainsi que les expressions «handicap», «déficience», «incapacité» et «invalidité» en français, notamment dans les lois suivantes: *Charte*

1988, c. H-12, s. 1(1)(l); *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 3; *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2)(l); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(l); *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 2.

Judge Brossard held that it was not necessary to compare the ground “handicap” in the *Charter* with words used in other legislation since federal statutes and those of the majority of Canadian provinces prohibit discrimination on the basis of expressions other than “handicap”. According to Judge Brossard, such a comparison would not facilitate the interpretation of the word “handicap” as it is used in s. 10 of the *Charter*.

As Philippon J. observed, different human rights laws share a common objective and this has often prompted Canadian courts to ascribe a common meaning to similar provisions. In this way, courts have minimized the importance of minor differences in terminology. See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

This Court has often stressed that mere differences in terminology do not support a conclusion that there are fundamental differences in the objectives of human rights statutes. In *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 373, Lamer C.J., speaking for the majority, stated the following:

If human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a

canadienne, par. 15(1); *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, par. 3(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, al. 1(1)(l); *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 3; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, al. 9(2)(l); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, par. 3(1); *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 2.

Dans sa décision, le juge Brossard a estimé qu’il n’était pas nécessaire de comparer le motif «handicap» que l’on retrouve dans la *Charte* aux expressions utilisées dans d’autres lois, puisque les lois fédérales et celles de la majorité des provinces canadiennes prohibent la discrimination sur la base d’expressions autres que «handicap». Selon le juge Brossard, une telle comparaison ne faciliterait pas l’interprétation de l’expression «handicap» employée à l’art. 10 de la *Charte*.

Pourtant, tel que l’a noté le juge Philippon, l’objet commun reconnu aux différents textes composant la législation en matière de droits de la personne a souvent amené les tribunaux canadiens à attribuer un sens commun à des dispositions similaires. C’est ainsi que les tribunaux ont relégué au second plan les différences de terminologie jugées non significatives. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

Notre Cour a souvent insisté sur le fait qu’il ne faut pas se réfugier derrière des différences de terminologie pour conclure à des divergences fondamentales entre les objectifs poursuivis par les lois en matière de droits de la personne. Dans l’affaire *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la p. 373, le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la majorité, affirme ce qui suit:

Si les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l’objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces

44

45

46

different purpose on behalf of a particular provincial legislature. [Emphasis added.]

dispositions, à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière. [Je souligne.]

47 Because the *Charter* must be interpreted in light of the *Canadian Charter* and other human rights legislation, we are faced with the question of whether the ground of discrimination found in s. 15(1) of the *Canadian Charter* and in other human rights statutes includes disabilities which do not give rise to any functional limitation.

Étant donné que la *Charte* s'interprète à la lumière de la *Charte canadienne* et des autres lois en matière de droits de la personne, la question qui se pose est de savoir si le motif de discrimination que l'on retrouve au par. 15(1) de la *Charte canadienne* et ailleurs couvre les déficiences n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle.

48 Whatever the wording of the definitions used in human rights legislation, Canadian courts tend to consider not only the objective basis for certain exclusionary practices (i.e. the actual existence of functional limitations), but also the subjective and erroneous perceptions regarding the existence of such limitations. Thus, tribunals and courts have recognized that even though they do not result in functional limitations, various ailments such as congenital physical malformations, asthma, speech impediments, obesity, acne and, more recently, being HIV positive, may constitute grounds of discrimination: *Labelle v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311 (Can. Trib.); *De Jong v. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283 (B.C.H.R.C.); *Matlock v. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576 (B.C. Bd. Inq.); *St. Thomas v. Canada (Armed Forces)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301 (Can. Trib.); *Davison v. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81 (Sask. H.R.C.); *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (Can. Trib.).

Quel que soit le libellé des définitions employées dans les lois en matière de droits de la personne, les tribunaux canadiens ont tendance à considérer non seulement les fondements objectifs de certaines pratiques d'exclusion, soit l'existence réelle de limitations fonctionnelles, mais également les perceptions subjectives et erronées de l'existence de telles limitations. Les tribunaux ont en effet reconnu que des affections diverses telles des malformations physiques congénitales, l'asthme, des difficultés d'élocution verbale, l'obésité, l'acné et, plus récemment, l'état de séropositivité, quoique n'en résultent pas des limitations fonctionnelles, sont susceptibles de constituer des causes prohibées de discrimination: *Labelle c. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311 (Trib. Can.); *De Jong c. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283 (H.R.C. C.-B.); *Matlock c. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576 (Bd. Inq. C.-B.); *St. Thomas c. Canada (Forces armées)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301 (Trib. Can.); *Davison c. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81 (H.R.C. Sask.); *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (Trib. Can.).

49 With respect to the *Canadian Charter*, M. D. Lepofsky and J. E. Bickenbach, "Equality Rights and the Physically Handicapped", in A. F. Bayefsky and M. Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, at p. 346, submit that a "disability" within the meaning of s. 15 includes an actual or perceived "disability":

En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, les auteurs M. D. Lepofsky et J. E. Bickenbach, «Equality Rights and the Physically Handicapped», dans A. F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, à la p. 346, soumettent qu'une «déficience» au sens de l'art. 15 comprend une «déficience» réelle ou perçue:

... the context of section 15 reveals that a *Charter* plaintiff can bring a complaint under section 15 whether or not he or she actually has a physical disability, so

[TRANSDUCTION] ... le contexte de l'article 15 indique que la personne qui invoque la *Charte* peut déposer une plainte fondée sur cet article, peu importe qu'elle soit

long as the *Charter* defendant . . . *believed* the plaintiff to have a physical disability. If, for example, a federal civil servant was fired from her job because she was allegedly an epileptic, that civil servant could frame an action under section 15 even if she was not in fact an epileptic. . . . Section 15(1) confers rights on “every individual” not “every physically or mentally disabled individual” and points to “discrimination because of disability” instead of “discrimination against disabled persons”. This clearly suggests that perceived, as well as actual, disability is included in section 15. [Emphasis in original.]

In *Bahlsen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] 1 F.C. 800, the Federal Court of Appeal held that a diabetic able to control hypoglycemic episodes before they become incapacitating, has a “disability” for the purposes of s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

Similarly, in *Cinq-Mars v. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704, the Canadian Human Rights Tribunal agreed that bilateral spondylolysis which does not cause any functional limitation constitutes a “disability” under the *Canadian Human Rights Act*.

Thus, by confining the availability of remedies to persons suffering from limitations in the performance of everyday activities, Judge Brossard imposed considerably narrower criteria than those applied under related legislation, including the term “mental or physical disability” in s. 15 of the *Canadian Charter*. It is therefore my view that Judge Brossard interpreted s. 10 of the *Charter* too narrowly.

(iii) Legislative History

As Philippon J. of the Court of Appeal stated, with respect to legislative interpretation, the importance of legislative history is well established: “. . . prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repeal-

réellement ou non atteinte d’une déficience physique. Il suffit que la personne contre qui la *Charte* est invoquée *ait cru* à l’existence d’une déficience physique. Si, par exemple, une fonctionnaire fédérale était congédiée parce qu’on allègue qu’elle est épileptique, celle-ci pourrait intenter une action fondée sur l’article 15 même si, en réalité, elle n’est pas épileptique. [. . .] Le paragraphe 15(1) confère des droits à «tous» et non pas à «toute personne atteinte d’une déficience physique ou mentale», et il vise la «discrimination fondée sur une déficience» plutôt que la «discrimination envers les personnes atteintes d’une déficience». Il en ressort clairement que l’article 15 comprend autant la déficience perçue que la déficience réelle. [En italique dans l’original.]

Dans l’arrêt *Bahlsen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] 1 C.F. 800, la Cour d’appel fédérale a reconnu qu’une personne diabétique en mesure de contrôler les épisodes hypoglycémiques, avant que ceux-ci n’entraînent une incapacité, est atteinte d’une «déficience» pour les fins du par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

De même, dans l’affaire *Cinq-Mars c. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704, le Tribunal des droits de la personne du Canada a accepté qu’une spondylolyse bilatérale ne causant aucune limitation fonctionnelle soit qualifiée de «déficience» selon la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

C’est ainsi qu’en limitant les recours aux personnes souffrant de limitations dans l’accomplissement de fonctions de la vie courante, le juge Brossard a imposé des critères considérablement plus stricts que ceux qui découlent de lois connexes et de l’expression «déficiences mentales ou physiques» qui se trouve à l’art. 15 de la *Charte canadienne*. Je suis donc d’avis que le juge Brossard a interprété l’art. 10 de la *Charte* de façon trop restrictive.

(iii) L’historique législatif

Comme l’a précisé le juge Philippon de la Cour d’appel, l’importance de l’historique législatif est bien reconnue en matière d’interprétation: «. . . les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l’intention qu’avait le législateur en les

50

51

52

53

ing, amending, replacing or adding to it”: *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667. It is, therefore, useful to review the legislative history which Philippon J. also examined.

54 The first version of the *Charter*, which dates from 1975, offered no protection against discrimination based on disability or handicap. In 1978, s. 10 of the *Charter* was amended to include a ground defined as “the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap” (emphasis added). See s. 112 of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*.

55 At that time, courts regularly interpreted the term “handicapped person” in a manner consistent with the following definition, found in s. 1(g) of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*, which I reproduce again:

“handicapped person”, or “the handicapped” in the plural, means a person limited in the performance of normal activities who is suffering, significantly and permanently, from a physical or mental deficiency, or who regularly uses a prosthesis or an orthopedic device or any other means of palliating his handicap.

56 According to the courts’ interpretation, this ground of discrimination offers protection against discrimination only to persons suffering from actual limitations in the performance of everyday activities. In *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961, at p. 966, Benoit J. of the Superior Court, dismissing an application by a police officer whose employment was terminated because of an ankle fracture, explained the scope of the protection as follows:

[TRANSLATION] When an employer refuses to hire someone because it considers the candidate’s skin to be too brown, regardless of whether the candidate actually has brown skin or whether the employer subjectively perceives it as such, the employer has engaged in discriminatory practices on the basis of colour and it must then justify the exclusion as a requirement of the employment. Thus, whether the exclusion is based on race, colour, sex, sexual orientation, civil status, religion, political convictions, language, ethnic or national origin or

abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant»: *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 667. Il convient donc de reprendre l’analyse de l’historique législatif que le juge Philippon a aussi examiné.

Dans sa première version, celle de 1975, la *Charte* n’offrait aucune protection contre la discrimination fondée sur une déficience ou un handicap. En 1978, l’art. 10 de la *Charte* a été modifié pour y inclure le motif défini comme «le fait qu’elle est une personne handicapée ou qu’elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap» (je souligne). Voir l’art. 112 de la *Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées*.

De façon constante, les tribunaux de l’époque ont donné à l’expression «personne handicapée» la définition contenue au par. 1g) de la *Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées*, qu’il y a lieu de reproduire de nouveau:

«personne handicapée» ou «handicapé»: toute personne limitée dans l’accomplissement d’activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d’une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap.

Les tribunaux ont interprété ce motif de discrimination de façon à n’assurer la protection à l’encontre de la discrimination qu’aux personnes souffrant de limitations réelles dans l’accomplissement des fonctions de la vie courante. Dans l’affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961, à la p. 966, le juge Benoit de la Cour supérieure, en rejetant la demande d’un policier congédié en raison d’une fracture à la cheville, expliquait ainsi la portée de la protection:

Dès qu’un employeur refuse un emploi parce qu’il trouve la peau d’un candidat trop brune, peu importe que le candidat ait réellement la peau brune ou que l’employeur le perçoive subjectivement comme tel, il se trouve à exercer de la discrimination à cause de la couleur et il se place dans la position d’avoir à justifier l’exclusion par une exigence de l’emploi. Ainsi, que le motif d’exclusion soit la race, la couleur, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou

social condition, discrimination exists whether the employer's identification of that race, colour, sex, or sexual orientation is objective or purely subjective. [Emphasis added.]

As to the ground of "handicap", Benoit J. pointed out that subjective perceptions were not relevant considerations (at p. 966):

[TRANSLATION] The wording of s. 10 forces us to conclude that the ground of exclusion based on a person's handicap cannot be a matter of perception, since the Charter protects a person who is a handicapped person.

Thus, the case law from that period indicates that courts rejected subjective perception in the case of handicap, although they did take it into account when considering other grounds of discrimination in s. 10. See also: *Commission des droits de la personne du Québec v. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec v. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388 (Que. Prov. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe v. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303 (Prov. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.).

In 1982, the legislature again amended s. 10 of the *Charter*, replacing "the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap" with "handicap or the use of any means to palliate a handicap": *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, s. 3.

According to Professor Côté, *supra*, at pp. 530-31, a statutory amendment is presumed to have been made in order to change the meaning of the text. In fact, in the present case, there is an indication that the substantive change intended by the legislature was the expansion of the protection against discrimination. In discussions leading up to the passage of the bill to amend the *Charter*, by the

nationale, la condition sociale, il y a discrimination, que l'appréciation de la race, couleur, sexe, orientation sexuelle soit objective ou purement subjective chez l'employeur. [Je souligne.]

Quant au motif «handicap», le juge Benoit a souligné que la prise en compte de perceptions subjectives était écartée à l'époque (à la p. 966):

Le texte de l'article 10 oblige à conclure que le motif d'exclusion consistant dans le fait qu'une personne est une personne handicapée ne peut être une affaire de perception car la charte protège la personne qui est une personne handicapée.

La jurisprudence de cette époque nous permet donc de constater que les tribunaux écartaient la perception subjective dans le cas du handicap alors qu'ils en tenaient compte en ce qui concernait les autres motifs de discrimination inscrits à l'art. 10. Voir aussi: *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388 (C.P. Qué.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303 (C.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.).

En 1982, le législateur a modifié de nouveau l'art. 10 de la *Charte*, remplaçant le motif «le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap» par l'expression «le handicap ou [l']utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap»: *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, art. 3.

Selon le professeur Côté, *op. cit.*, aux pp. 530 et 531, une modification législative est réputée avoir été faite en vue d'introduire un changement dans la signification du texte. D'ailleurs, nous trouvons, en l'espèce, une indication que le changement de fond visé par le législateur était l'élargissement de la protection contre la discrimination. Dans les échanges survenus avant l'adoption du projet de

57

58

59

60

Hon. Marc-André Bédard, then Minister of Justice, made the following statement:

[TRANSLATION] In addition to being less unwieldy, the proposed wording will cover all handicapped persons and not only, as the courts have interpreted it to date, those handicapped persons contemplated by the Act to secure the handicapped in the exercise of their rights. . . . the court's interpretation . . . indicated that it only covered the severely handicapped. However, this amendment . . . will allow us to include all handicapped persons.

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, No. 230, December 16, 1982, at pp. B-11626 and B-11627.)

⁶¹ In *Droit constitutionnel* (3rd ed. 1997), at p. 1083, Professors H. Brun and G. Tremblay confirm that the purpose of the amendment of s. 10 [TRANSLATION] “was apparently to move away from the line of cases based on the 1978 Act”.

⁶² A clear trend has developed in the case law following the 1982 amendment. Courts have consistently recognized that discrimination based on “handicap” includes a subjective component: *Commission des droits de la personne du Québec v. Brasserie O’Keefe Ltée*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-005826-878, September 13, 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141 (Que. Sup. Ct.); *Québec (Commission des droits de la personne) v. Lessard, Beauce, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441 (Que. Trib.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.).

⁶³ In contrast with this trend, the interpretation proposed by Judge Brossard and by the appellants does not take into account the statutory amendment and the legislature’s clear objective in this regard. The legislative history, the extrinsic evidence and the manner in which the new wording of s. 10 of the *Charter* has been interpreted by a

loi modifiant la *Charte*, le ministre de la Justice de l’époque, l’honorable Marc-André Bédard, explique:

La formulation proposée, en plus d’être moins lourde, permettra de couvrir toutes les personnes handicapées et non seulement, comme les tribunaux l’ont interprété jusqu’ici, les personnes handicapées visées par la Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées. [...] l’interprétation des tribunaux [...] indiquait que cela ne concernait que les handicapés lourds. Or, cet amendement [...] nous permettra de couvrir toutes les personnes handicapées.

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 230, 16 décembre 1982, aux pp. B-11626 et B-11627.)

Dans leur ouvrage *Droit constitutionnel* (3^e éd. 1997), à la p. 1083, les professeurs H. Brun et G. Tremblay confirment que le but de la modification de l’art. 10 «était vraisemblablement de rompre avec cette jurisprudence fondée sur la Loi de 1978».

Le courant jurisprudentiel qui s’est développé suite à la modification en 1982 est presque constant. De façon soutenue, les tribunaux ont reconnu la composante subjective de la discrimination fondée sur le motif de «handicap»: *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O’Keefe Ltée*, C.S. Mtl., n° 500-05-005826-878, 13 septembre 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141 (C.S. Qué.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Lessard, Beauce, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441 (Trib. Qué.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.).

Par opposition à ce courant, l’interprétation proposée par le juge Brossard et par les appelantes ne tient pas compte de la modification législative et de l’intention claire du législateur à ce sujet. L’historique législatif, la preuve extrinsèque et l’interprétation donnée par la grande majorité des tribunaux québécois à la nouvelle formulation de

majority of Quebec courts all support a broad interpretation of the ground of “handicap”, which does not require functional limitations.

(iv) Other provisions of the Charter

A statute is presumed to form a coherent whole. Therefore, according to the principles of contextual interpretation, s. 10 and the ground of “handicap” should be interpreted in light of the other provisions of the *Charter*. In this regard, s. 20 is particularly relevant.

As Philippon J. correctly pointed out, the *Charter* contemplates a two-step process for analysing discrimination. The first step, set out in s. 10, attempts to eliminate discrimination and requires that the applicant produce *prima facie* evidence of the discrimination. At this stage, the burden on the applicant is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination. There is no onus on the applicant to establish that his or her capacity is limited.

It is only at the second step, under s. 20 of the *Charter*, that the employer has the onus of showing that the measure taken is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job. Evidence of actual limitations becomes relevant only at this second step.

In light of this allocation of the burden or proof, s. 10 of the *Charter* should not be interpreted as requiring evidence of justification, since this relates instead to s. 20 and the second part of the analysis. Requiring the applicant to prove that he or she has functional limitations under s. 10 would have the effect of reversing the burden of proof. I adopt the analysis of Professor Proulx, *supra*, at p. 420, where he says:

[TRANSLATION] Under this structure, the question of whether an anomaly involves limitations which are likely to interfere with the safe and efficient performance of the work cannot be asked in order to determine whether the employer was justified, within the meaning of s. 20, in excluding or being unfair to an employee. At the s. 10 stage, the only relevant question is whether the

l’art. 10 de la *Charte* militent en faveur d’une interprétation large du motif «handicap», sans exigence de limitations fonctionnelles.

(iv) Les autres dispositions de la Charte

L’ensemble d’une loi est censé former un tout cohérent. C’est ainsi que, selon les principes d’interprétation contextuelle, il convient d’interpréter l’art. 10 et le motif «handicap» à la lumière des autres dispositions de la *Charte*. À ces fins, l’art. 20 se révèle très pertinent.

Quant à l’analyse de la discrimination, comme l’a à juste titre souligné le juge Philippon, la *Charte* envisage une démarche à deux volets. La première étape, que prévoit l’art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé. Il n’appartient pas au demandeur d’établir que sa capacité est limitée.

Ce n’est qu’au deuxième volet, soit en vertu de l’art. 20 de la *Charte*, qu’il incombe à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est justifiée parce qu’elle est fondée sur des aptitudes ou des qualités requises par l’emploi. La preuve de limitations réelles ne devient pertinente qu’à cette seconde étape.

Compte tenu de la répartition du fardeau de preuve prévue par la *Charte*, nous devons éviter d’interpréter l’art. 10 de manière à y inclure des éléments de justification qui relèvent plutôt de l’art. 20, soit le second volet de l’analyse. Exiger que le demandeur prouve qu’il souffre de limitations fonctionnelles à l’étape de l’art. 10 aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve. J’adopte l’analyse du professeur Proulx, *loc. cit.*, à la p. 420, lorsqu’il dit:

Selon cette structure, la question de savoir si une anomalie comporte des limitations susceptibles de nuire à l’exécution efficace et sécuritaire du travail ne peut être posée que pour déterminer si l’employeur était justifié, au sens de l’article 20, d’exclure un employé ou de le défavoriser. Au stade de l’article 10, la seule question pertinente est celle de savoir si l’employeur a fondé sa

64

65

66

67

employer based its decision, in whole or in part, on the fact or presumption that the individual had a physical or mental anomaly which constitutes a handicap. . . . The question of whether or not functional limitations exist and whether they are relevant or important are thus central to the justification process. These considerations are unrelated to the proof of discrimination and the ground on which is it based, which the applicant must establish under s. 10 (combined with s. 16 in the case of employment). [Emphasis added.]

décision, en tout ou en partie, sur le fait réel ou présumé que tel individu avait une anomalie physique ou mentale constitutive de handicap. [. . .] La question de l'existence ou de l'inexistence de limitations fonctionnelles ou encore celle de savoir si ces dernières sont pertinentes ou importantes sont donc au cœur du processus de justification. Ces considérations n'ont rien à voir avec l'établissement de la preuve de discrimination et du motif sur lequel elle repose qui est exigée du demandeur en vertu de l'article 10 (combiné à l'article 16 en matière d'emploi). [Je souligne.]

68 Section 20.1 of the *Charter* also helps clarify the notion of handicap. That section, which was added in 1996, creates an exemption which applies, *inter alia*, to insurance contracts and social benefits plans. I reproduce that section again:

L'article 20.1 de la *Charte* vient également éclairer la notion de handicap. Cet article, ajouté en 1996, crée une exemption qui s'applique, notamment, aux contrats d'assurance et aux régimes d'avantages sociaux. Je le reproduis de nouveau:

20.1 In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insurance plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefor is a risk determination factor based on actuarial data.

20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

In such contracts or plans, the use of health as a risk determination factor does not constitute discrimination within the meaning of section 10. [Emphasis added.]

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10. [Je souligne.]

69 Given the presumption that the legislature does not speak in vain, it is my view that if the legislature has expressly provided an exemption based on health, it must be because, outside the context of insurance contracts and plans, health may constitute a prohibited ground of discrimination. This argument is particularly persuasive in that s. 10 establishes an exhaustive list of grounds of discrimination, and handicap is the only listed ground that can be connected to health. We must, therefore, conclude that the legislature has established a connection between the concepts of "health" and "handicap", which supports an interpretation of the word "handicap" that includes ailments related to health.

Étant donné la présomption selon laquelle le législateur ne parle pas pour ne rien dire, j'estime que si le législateur a expressément prévu une exemption fondée sur l'état de santé, ce doit être parce que la référence à l'état de santé, en dehors du contexte des contrats et régimes d'assurance, peut constituer un motif de discrimination prohibé. L'argument est d'autant plus convaincant que l'art. 10 crée une liste exhaustive des motifs de discrimination et le seul motif énuméré qui puisse être relié à l'état de santé est celui du handicap. Il faut donc comprendre que le législateur a établi un lien entre les notions d'«état de santé» et de «handicap», ce qui milite en faveur d'une interprétation du terme «handicap» qui comprend des affections liées à l'état de santé.

In short, to require proof of functional limitations under s. 10 would create contradictions between s. 10 and s. 20. It follows that the Act, considered in its entirety, and the presumption of coherence support a broad interpretation of the word “handicap” that does not require anomalies involving functional limitations and that could include ailments related to health.

(v) Conclusion

The rules of interpretation do not support the appellants’ argument that the word “handicap” must mean a physical or mental anomaly that necessarily results in functional limitations. The liberal and purposive method of interpretation along with the contextual approach, which includes an analysis of the objectives of human rights legislation, the way in which the word “handicap” and other similar terms have been interpreted elsewhere in Canada, the legislative history, the intention of the legislature and the other provisions of the *Charter*, support a broad definition of the word “handicap”, which does not necessitate the presence of functional limitations and which recognizes the subjective component of any discrimination based on this ground.

(b) *Meaning and Scope of “Handicap”*

From our analysis of these principles of interpretation, it is clear that “handicap” as it is used in the *Charter* can include both an ailment, even one with no resulting functional limitation, as well as the perception of such an ailment. Is it possible, or even useful, to arrive at a more precise definition of “handicap” for the purposes of the *Charter*? A brief survey of the international scene shows that certain countries, such as Australia and the United States, have adopted specific definitions of “handicap”.

Moreover, although it is not expressly mentioned in the leading international instruments such as the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), at p. 71, the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993

Bref, exiger la preuve de limitations fonctionnelles à l’art. 10 créerait des contradictions entre l’art. 10 et l’art. 20. C’est alors que l’ensemble de la loi et la présomption de cohérence favorisent une interprétation large du mot «handicap», sans exigence d’anomalies impliquant des limitations fonctionnelles et qui pourrait inclure des affections liées à l’état de santé.

(v) Conclusion

Les règles d’interprétation n’appuient pas la prétention des appelantes suivant laquelle le mot «handicap» doit signifier une anomalie physique ou mentale entraînant nécessairement des limitations fonctionnelles. Ensemble, la méthode d’interprétation large et libérale fondée sur l’objet visé par la loi et l’approche contextuelle, y compris une analyse des objectifs de la législation en matière de droits de la personne, de la façon dont le mot «handicap» et d’autres termes similaires ont été interprétés ailleurs au Canada, de l’historique législatif, de l’intention du législateur et des autres dispositions de la *Charte*, militent en faveur d’une définition large du mot «handicap», qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l’élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif.

b) *La portée et l’étendue du motif «handicap»*

L’analyse de ces principes d’interprétation nous permet de constater que le motif «handicap» de la *Charte* doit comprendre une affection, même sans limitation fonctionnelle, ainsi que la perception d’une telle affection. Une définition plus précise du motif «handicap» pour les fins de la *Charte* est-elle possible ou même utile? Un bref survol de la scène internationale révèle que certains pays, tels l’Australie et les États-Unis, ont adopté des définitions précises du mot «handicap».

Par ailleurs, bien que le terme n’apparaisse pas expressément dans les grands instruments internationaux tels la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), à la p. 71, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et cultu-*

70

71

72

73

U.N.T.S. 3, or the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, definitions of the word “handicap” and equivalent words do appear in several international instruments which deal specifically with that issue. Nevertheless, there is no consistent definition in international law. Indeed, a number of international instruments have developed a variety of definitions of the term “handicap”, mostly in relation to the specific instrument’s own objectives.

74 Increasingly, the international community relies on the Classification of the World Health Organization (“WHO”) entitled *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease* (1980). For example, during the International Year of Disabled Persons, the United Nations adopted a *World Programme of Action concerning Disabled Persons*, G.A. Res. 37-52 (1982), which was intended to foster rehabilitation and promote equality for persons with a handicap, as this term is defined by the WHO: Proulx, *supra*, at pp. 324-28.

75 The following definition of the term “handicap” appears in the *International Classification of Impairments*:

In the context of health experience, a handicap is a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual.

76 I completely agree with Philippon J. that the ground “handicap” must not be confined within a narrow definition that leaves no room for flexibility. Instead of creating an exhaustive definition of this concept, it seems more appropriate to propose a series of guidelines that will facilitate interpretation and, at the same time, allow courts to develop the notion of handicap consistently with various biomedical, social or technological factors. Given both the rapid advances in biomedical technology,

rels, 993 R.T.N.U. 3, ou le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, on retrouve des définitions du terme «handicap» et de ses équivalents dans certains instruments internationaux qui traitent spécifiquement de la question. Or, le droit international ne fournit pas de définition constante et, dans les divers textes, la notion de «handicap» est souvent élaborée en fonction des objectifs poursuivis par l’instrument particulier.

La communauté internationale se réfère de plus en plus à la classification de l’Organisation mondiale de la santé («OMS») intitulée *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies* (1988) (version originale anglaise publiée en 1980 sous le titre *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps*). À titre d’exemple, l’Organisation des Nations Unies, dans le cadre de l’Année internationale des personnes handicapées, a adopté un *Programme d’action mondiale concernant les personnes handicapées*, Rés. A.G. 37/52 (1982), qui vise à favoriser la rééducation et à promouvoir l’égalité des personnes atteintes de handicap tel que défini par l’OMS: Proulx, *loc. cit.*, aux pp. 324 à 328.

On retrouve la définition suivante du terme «désavantage» («handicap» en anglais) dans la *Classification internationale des handicaps*:

Dans le domaine de la santé, le désavantage social d’un individu est le préjudice qui résulte de sa déficience ou de son incapacité et qui limite ou interdit l’accomplissement d’un rôle considéré comme normal compte tenu de l’âge, du sexe et des facteurs socio-culturels.

Je suis entièrement d’accord avec le juge Philippon qu’il ne faut pas enfermer le motif de «handicap» dans une définition étanche et dépourvue de souplesse. Au lieu de créer une définition exhaustive de ce concept, il me semble plus utile de proposer des lignes directrices qui faciliteront l’interprétation tout en permettant aux tribunaux d’adapter la notion de handicap selon divers facteurs biomédicaux, sociaux ou technologiques. Compte tenu de l’avancement rapide de la techno-

and more specifically in genetics, as well as the fact that what is a handicap today may or may not be one tomorrow, an overly narrow definition would not necessarily serve the purpose of the *Charter* in this regard.

Generally, these guidelines should be consistent with the socio-political model proposed by J. E. Bickenbach in *Physical Disability and Social Policy* (1993). This is not to say that the biomedical basis of “handicap” should be ignored, but rather to point out that, for the purposes of the *Charter*, we must go beyond this single criterion. Instead, a multi-dimensional approach that includes a socio-political dimension is particularly appropriate. By placing the emphasis on human dignity, respect, and the right to equality rather than a simple biomedical condition, this approach recognizes that the attitudes of society and its members often contribute to the idea or perception of a “handicap”. In fact, a person may have no limitations in everyday activities other than those created by prejudice and stereotypes.

In “Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?” (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153, I. B. McKenna described the scope of the word “handicap” as follows, at p. 164:

It is the combined effect of an individual’s impairment or disability and the environment constructed by society that determines whether such an individual experiences a handicap.

Similarly, Professor Proulx, *supra*, at p. 416, states:

[TRANSLATION] . . . what matters with respect to discrimination based on handicap is not so much whether the victim of the exclusion has a “real handicap” or is “actually a handicapped person” within the meaning of other legislation enacted for other purposes or even within the ordinary meaning of these terms. Central to the analysis is not so much the concept of the handicap itself, but the *discrimination* based on the handicap. [Emphasis in original.]

logie biomédicale et, plus particulièrement, de la technologie génétique et du fait que ce qui aujourd’hui constitue un handicap peut l’être ou ne pas l’être demain, une définition trop étanche ne servirait pas nécessairement l’objet de la *Charte* en cette matière.

Ces lignes directrices pourraient être en accord de façon plus générale avec le modèle socio-politique que propose J. E. Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy* (1993). Ce n’est toutefois pas dire qu’il faille écarter les fondements biomédicaux du «handicap» mais plutôt souligner que, pour les fins de la *Charte*, il importe d’aller au-delà de ce seul critère. C’est alors qu’une approche multidimensionnelle qui tient compte de l’élément socio-politique s’avère très pertinente. En mettant l’emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l’égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l’idée ou à la perception d’un «handicap». Ainsi, une personne peut n’avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes.

I. B. McKenna, dans «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153, a écrit ceci au sujet de la portée du terme «handicap» à la p. 164:

[TRADUCTION] C’est l’effet conjugué de la déficience ou de l’incapacité d’une personne et du climat social qui détermine si cette personne est atteinte d’un handicap.

Au même effet, le professeur Proulx, *loc. cit.*, à la p. 416, affirme que

ce qui compte en matière de discrimination fondée sur le handicap, ce n’est pas tant de savoir si la victime d’une exclusion a un «véritable handicap» ou est «réellement une personne handicapée» au sens où on l’entend dans d’autres lois édictées pour d’autres fins ou même au sens ordinaire de ces termes. Le centre de l’analyse n’est pas tant la notion de handicap, en soi, que celle de la *discrimination* fondée sur le handicap. [En italique dans l’original.]

77

78

See also Lepofsky and Bickenbach, *supra*, at p. 343.

Voir également Lepofsky et Bickenbach, *op. cit.*, à la p. 343.

79 Thus, a “handicap” may be the result of a physical limitation, an ailment, a social construct, a perceived limitation or a combination of all of these factors. Indeed, it is the combined effect of all these circumstances that determines whether the individual has a “handicap” for the purposes of the *Charter*.

Ainsi, un «handicap» peut résulter aussi bien d’une limitation physique que d’une affection, d’une construction sociale, d’une perception de limitation ou d’une combinaison de tous ces facteurs. C’est l’effet de l’ensemble de ces circonstances qui détermine si l’individu est ou non affecté d’un «handicap» pour les fins de la *Charte*.

80 Courts will, therefore, have to consider not only an individual’s biomedical condition, but also the circumstances in which a distinction is made. In examining the context in which the impugned act occurred, courts must determine, *inter alia*, whether an actual or perceived ailment causes the individual to experience “the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others”: McKenna, *supra*, at pp. 163 and 164. The fact remains that a “handicap” also includes persons who have overcome all functional limitations and who are limited in their everyday activities only by the prejudice or stereotypes that are associated with this ground: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at para. 2.

Les tribunaux auront donc à tenir compte non seulement de la condition biomédicale de l’individu, mais aussi des circonstances dans lesquelles une distinction est faite. Dans le cadre de l’acte reproché à un employeur, les tribunaux doivent se demander, entre autres, si une affection réelle ou perçue engendre pour l’individu [TRADUCTION] «la perte ou la diminution des possibilités de participer à la vie collective au même titre que les autres»: McKenna, *loc. cit.*, aux pp. 163 et 164. Il n’en demeure pas moins que le motif «handicap» comprend par ailleurs les personnes qui ont surmonté toutes limitations fonctionnelles et qui ne sont limitées dans leur vie courante que par le préjudice ou les stéréotypes qui se rattachent à ce motif: *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, au par. 2.

81 It is important to note that a “handicap” may exist even without proof of physical limitations or the presence of an ailment. The “handicap” may be actual or perceived and, because the emphasis is on the effects of the distinction, exclusion or preference rather than the precise nature of the handicap, the cause and origin of the handicap are immaterial. Further, the *Charter* also prohibits discrimination based on the actual or perceived possibility that an individual may develop a handicap in the future.

Il faut préciser qu’un «handicap» n’exige pas obligatoirement la preuve d’une limitation physique ou la présence d’une affection quelconque. Le «handicap» peut être soit réel ou perçu et, puisque l’accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la nature précise du handicap, la cause et l’origine du handicap sont sans importance. De même, une distinction fondée sur la possibilité réelle ou perçue que l’individu puisse développer un handicap dans l’avenir est prohibée par la *Charte*.

82 These guidelines are not without limits. Although I believe that health may constitute a “handicap” and thus be a prohibited ground of discrimination under s. 10 of the *Charter*, the same cannot be said of personal characteristics or “normal” ailments. There is not normally a negative bias against these kinds of characteristics or

Ces lignes directrices ne sont toutefois pas sans limite. Même si je suis d’opinion que l’état de santé peut constituer un «handicap» et ainsi être un motif de discrimination interdit à l’art. 10 de la *Charte*, il n’en est pas de même pour les caractéristiques personnelles quelconques ou les affections «normales». Puisqu’il n’existe pas normalement

ailments, and they will generally not constitute a “handicap” for the purposes of s. 10. As the emphasis is on obstacles to full participation in society rather than on the condition or state of the individual, ailments (a cold, for example) or personal characteristics (such as eye colour) will necessarily be excluded from the scope of “handicap”, although they may be discriminatory for other reasons.

The aim of the multidimensional analysis described and applied above is not only to eliminate discrimination against persons with handicaps; its goal is also to put an end to the “social phenomenon of handicapping” referred to by Bickenbach, *supra*, at p. 14, and to eliminate discrimination and inequality, generally.

As with distinctions based on the other enumerated grounds, distinctions based on “handicap” are not necessarily discriminatory. Even if the existence of a “handicap” within the meaning of s. 10 of the *Charter* is proven, all of the employer’s acts do not necessarily constitute discriminatory distinctions. In the present case, the employer acknowledges the causal connection between the complainants’ conditions and the dismissal or refusal to hire. However, in most cases, the applicants will have the burden of proving (1) the existence of a distinction, exclusion or preference, in this case the dismissal and the refusal to hire; (2) that the distinction, exclusion or preference is based on a ground enumerated in s. 10, in this case handicap, and (3) that the distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal exercise of human rights and freedoms. That said, I would reiterate that under s. 20, the onus is on the employer to demonstrate that the impugned measure is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job.

VI. Disposition

Based on the foregoing analysis, and given the facts in the cases at bar, I find that there was dis-

de préjugés négatifs à l’égard de telles caractéristiques ou affections, celles-ci ne sauraient en général constituer un «handicap» au sens de l’art. 10. L’accent étant sur les obstacles à la pleine participation dans la société plutôt que sur la condition ou l’état de l’individu, les affections (un rhume, par exemple) ou les caractéristiques personnelles (telle la couleur des yeux) seront forcément exclues de la portée du motif «handicap», quoiqu’elles puissent être discriminatoires pour d’autres motifs que le handicap.

L’analyse multidimensionnelle établie et appliquée ci-dessus vise non seulement la suppression de la discrimination à l’endroit de personnes handicapées, elle cherche également à mettre un terme au [TRADUCTION] «phénomène social du handicap» dont parle Bickenbach, *op. cit.*, à la p. 14 et, de façon plus générale, elle vise la suppression de la discrimination et de l’inégalité.

Tout comme les distinctions fondées sur les autres motifs énumérés, celles qui reposent sur le motif de «handicap» ne sont pas nécessairement discriminatoires. Même si on prouve l’existence d’un «handicap» au sens de l’art. 10 de la *Charte*, cela ne veut pas dire pour autant que toute action de l’employeur crée automatiquement une distinction discriminatoire. En l’espèce, l’employeur admet le lien causal entre la condition des plaignants et le congédiement ou le refus d’embauche. Toutefois, dans la plupart des cas, il incombera à la partie demanderesse de prouver (1) l’existence d’une distinction, exclusion ou préférence, ici le congédiement et le refus d’embauche (2) que la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif énuméré à l’art. 10, ici le handicap et (3) que la distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou compromettre le droit à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Ceci dit, je rappelle que, selon l’art. 20, il revient à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est fondée sur des aptitudes ou qualités requises par l’emploi et donc justifiée.

VI. Dispositif

Suivant l’analyse ci-dessus et vu les faits de l’instance, je conclus que M^{me} Mercier et

83

84

85

crimination against Ms. Mercier and Mr. Troilo based on handicap for the purposes of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the judgments of the Quebec Court of Appeal. In accordance with the Court of Appeal, I would order that the cases be referred to the Tribunal des droits de la personne for a decision regarding any justification on the part of the defendants.

86 As well, I would dismiss the appeal involving Mr. Hamon, and I would return his case to the Quebec Court of Appeal in order for the Court of Appeal to decide the matter in light of this judgment.

87 The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the City of Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron & Mahoney, Montréal.

Solicitors for the appellant the City of Boisbriand: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the appellant the Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Solicitor for the respondent: Béatrice Vizkelety, Montréal.

Solicitor for the mis en cause Réjeanne Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

M. Troilo ont été victimes de discrimination fondée sur le handicap selon l'art. 10 de la *Charte*. En conséquence, je rejeterais l'appel et confirmerais les jugements de la Cour d'appel du Québec. À l'instar de la Cour d'appel du Québec, j'ordonnerais le renvoi de ces dossiers au Tribunal des droits de la personne afin qu'il se prononce sur la justification que pourraient apporter les défenderesses.

De même, je rejeterais l'appel en ce qui concerne M. Hamon et je retournerais son dossier à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle se prononce en tenant compte du présent arrêt.

Le tout avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante la ville de Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron & Mahoney, Montréal.

Procureurs de l'appelante la ville de Boisbriand: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Procureur de l'intimée: Béatrice Vizkelety, Montréal.

Procureur de la mise en cause Réjeanne Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

Named Person and Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State *Appellants*

v.

The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Canadian Broadcasting Corporation, CKNW, Citytv and CTV, a Division of Bell Globemedia Inc. *Respondents*

and

Attorney General of Ontario and Law Society of British Columbia *Interveners*

INDEXED: NAMED PERSON v. VANCOUVER SUN

Neutral citation: 2007 SCC 43.

File No.: 30963.

2007: April 24; 2007: October 11.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Courts — Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.

The appellant Named Person informed the judge, during an *in camera* portion of extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General, who was acting on behalf of the

Personne désignée et procureur général du Canada au nom de l'État requérant *Appellants*

c.

The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Société Radio-Canada, CKNW, Citytv et CTV, une division de Bell Globemedia Inc. *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario et Law Society of British Columbia *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PERSONNE DÉSIGNÉE c. VANCOUVER SUN

Référence neutre : 2007 CSC 43.

N° du greffe : 30963.

2007 : 24 avril; 2007 : 11 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Tribunaux — Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?

L'appelante, une personne désignée, a informé le juge pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général appelant, qui représentait l'État ayant demandé son

state requesting the Named Person's extradition. The judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera* and sought the assistance of an *amicus curiae*. On the basis of the latter's submissions, the judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and undertakings not to disclose anything learned at the hearing to their clients. A number of counsel for media groups, including the respondents, attended at that hearing.

At a subsequent hearing, the respondents applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure. The judge allowed the application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality. The Named Person and the Attorney General appealed that order to this Court.

Held (LeBel J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the extradition judge's order set aside.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The law has long recognized that those who choose to act as confidential police informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court the identity of those who give information to the police in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the police for future potential informers. This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time. [16] [19] [30]

extradition, lui communique certains renseignements. Le juge a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos et a demandé l'aide d'un *amicus curiae*. À la lumière des observations faites par ce dernier, le juge a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats des médias, y compris les avocats des intimés, ont assisté à l'audience.

À une audience subséquente, les intimés ont demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l'*amicus curiae*. Le juge a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l'*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d'un engagement de confidentialité. La personne désignée et le procureur général ont fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

Arrêt (le juge LeBel est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge d'extradition est annulée.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel de la police doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements à la police. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec la police. Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps. [16] [19] [30]

While open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a “test” for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply here since the informer privilege rule allows the trial judge no discretion. An informer must simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage. In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer’s identity. [4] [37] [40-42]

Here, the extradition judge erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach. The appointment of the *amicus curiae* was not warranted, because the determination of the proper legal test that applied was the judge’s responsibility. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge’s obligation to protect the information which was covered by informer privilege and with the particular mandate given. A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to the media counsel. This practice cannot be supported, as it privileged unfairly and arbitrarily certain members of the media on the basis of the views of the judge or the *amicus*. A third error was the extradition judge’s handling of the material covered by informer privilege. The judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, he did not waive the privilege by coming forward to rely on it. The media were not entitled to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their

Si la publicité des débats judiciaires revêt indubitablement une importance vitale dans notre système juridique et notre société, elle ne peut toutefois s’appliquer si elle porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l’application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s’appliquent pas en l’espèce puisque la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge. L’indicateur doit simplement indiquer que l’audience doit se dérouler à huis clos. Il n’est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d’indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape. C’est donc dire, plus concrètement, que s’il conclut à l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure qu’en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l’accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur. [4] [37] [40-42]

En l’espèce, le juge d’extradition a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu’il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche appropriée. La nomination de l’*amicus curiae* n’était pas justifiée parce qu’il incombait au juge de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l’*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l’obligation qu’avait le juge d’extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l’*amicus curiae*. Le juge d’extradition a commis une deuxième erreur en donnant un avis aux avocats des médias. Cette pratique ne peut être tolérée puisqu’elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l’*amicus curiae*. La manière dont le juge d’extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. C’est à huis clos et en l’absence des médias que le juge d’extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait. En sa qualité d’indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu’offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, la personne

submissions at the second stage, after the existence of the privilege had been accepted. [62-65]

Per LeBel J. (dissenting in part): Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires certain adjustments, since a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute does not suffice either to guide or to settle the debate in all circumstances. It is therefore necessary, at the very least, to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. If a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the trial judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, the judge retains the discretion to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information. [79-80]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression. Members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them, and the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity. The open court principle also has as a corollary the right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. This principle is not absolute, however. Informer privilege constitutes a limit on the open court principle but, like any other rule, this privilege has its exceptions, and these exceptions are not limited to situations where accused persons could be prevented from proving their

désignée n'a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. Les médias n'avaient en aucun temps le droit d'obtenir les documents protégés, et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d'identifier l'indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, une fois reconnue l'existence du privilège. [62-65]

Le juge LeBel (dissident en partie) : Dans le présent litige, deux principes s'opposent : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige certains aménagements car la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège ne permet pas toujours à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion. Il faut alors au moins débattre des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. Afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge du procès un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou d'ordonner que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information. [79-80]

Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette reconnaissance découle du lien qu'entretient ce principe avec le droit à la liberté d'expression. Le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s'exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues, et le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* protège non seulement le droit de s'exprimer sur un sujet, mais aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d'expression. Le principe de la publicité de la justice a également pour corollaire le droit de la presse d'avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Cependant, ce principe n'est pas absolu. Le privilège de l'indicateur de police constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires mais, comme toute autre règle, ce privilège est assorti d'exceptions qui ne se limitent pas qu'à celle où

innocence. It is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

Here, the issues relating to the Named Person's status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person's applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. How the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country's justice system and on the proper administration of justice. The rule of informer privilege cannot deprive a trial judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. In classic fact situations, the application of the rule will appear to be absolute. In certain exceptional circumstances, however, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose. As a result of the constitutional status of the open court principle, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. [68] [106] [109]

l'accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence. Il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d'ordonner la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu'une telle communication servirait mieux l'intérêt de la justice que le maintien du secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

En l'espèce, les questions relatives à la qualité d'indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c'est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu'entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu'indicateur de police. Or, c'est justement à l'égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. La manière dont se comporte le gouvernement canadien à l'égard de ses indicateurs de police peut en effet avoir une importance considérable pour la tenue d'un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration. La règle du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Dans les situations factuelles classiques, la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est apparemment le cas ici, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité. En raison du statut constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. Dans la présente affaire, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. [68] [106] [109]

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. According to the standard of review applicable to this type of decision, the Court will be justified in intervening only if the judge misdirects him or herself or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. In the instant case, a series of factors provided ample justification for the extradition judge's decision to conduct an adversarial proceeding to determine whether this was a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court. He also correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a meaningful contribution to the proceeding. The extradition judge considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity and in which the Named Person's co-conspirator is aware of his identity. The judge also seems to have feared that the government was attempting to divert informer privilege from its real purpose. Finally, he appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court, and also seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. There is accordingly no basis for finding that the extradition judge misdirected himself or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. As for the extradition judge's decision to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality, it was also within the ambit of his discretion and there is no basis for this Court to intervene. This decision was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the judge should have screened and expurgated the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding. [123-126] [128-133] [137]

La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Selon la norme de contrôle applicable à ce type de décision, la Cour ne sera justifiée d'intervenir que si le juge s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. En l'espèce, un ensemble de facteurs justifiait largement la décision du juge d'extradition de conduire un débat contradictoire pour décider s'il s'agissait d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique. Il a aussi correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement à ce débat. Le juge d'extradition a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large et où le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. Le juge paraît également avoir redouté que le gouvernement tente de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Enfin, il semble avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure et avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. Rien ne permet donc de conclure que le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice. Quant à la décision du juge d'extradition de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité, elle relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et il n'existe aucune raison justifiant la Cour d'intervenir. Cette décision reposait sur l'engagement pris par les médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge aurait dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui. [123-126] [128-133] [137]

Finally, the extradition judge was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application. As a superior court judge, he has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. This power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. Likewise, it was open to him to appoint an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. [152] [155]

Accordingly, the order should be set aside and the case remanded to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives. [156]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; **approved:** *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinguished:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; **referred to:** *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By LeBel J. (dissenting in part)

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522,

Finalement, le juge d'extradition était en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos. En tant que juge d'une cour supérieure, il possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. De même, il pouvait nommer un *amicus curiae* pour l'assister tant au niveau de l'analyse des faits que du droit applicable. [152] [155]

En conséquence, l'ordonnance devrait être annulée et le dossier renvoyé au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats et aux représentants des médias. [156]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; **arrêt approuvé :** *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinction d'avec les arrêts :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S.

2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455; *Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39(1), (2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 8, 11(d), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486(1), 537(1)(i).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 24.
Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules, SI/92-99, r. 6.04(1).

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*

522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24; *Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455; *Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 8, 11d), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1), 537(1)i).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 24.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39(1), (2).
Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario, TR/92-99, r. 6.04(1).

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London : J. W. Paget, 1825.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford : Clarendon Press, 1768.
 Burton, John Hill, ed. *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*

- of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works*. Edinburgh: William Tait, 1843.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Cooper, Terrance Gilmour. *Crown Privilege*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Eagles, Ian. "Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?" (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.
- Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of British Columbia, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, allowing an application for disclosure of relevant information and documentation to the counsel and representatives of the respondents. Appeal allowed, LeBel J. dissenting in part.

Ian Donaldson, Q.C., for the appellant Named Person.

Bernard Laprade and Cheryl D. Mitchell, for the appellant the Attorney General of Canada.

Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst, for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV.

Daniel W. Burnett and Heather E. Maconachie, for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation.

Michael A. Skene and Angus M. Gunn, Jr., for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.

- of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works*. Edinburgh : William Tait, 1843.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal*. Ottawa : La Commission, 1987.
- Cooper, Terrance Gilmour. *Crown Privilege*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.
- Eagles, Ian. « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.
- Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto : Thomson, 2006.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, qui a accueilli une demande de communication des renseignements et des documents pertinents aux avocats et aux représentants des intimés. Pourvoi accueilli, le juge LeBel est dissident en partie.

Ian Donaldson, c.r., pour l'appelante la personne désignée.

Bernard Laprade et Cheryl D. Mitchell, pour l'appellant le procureur général du Canada.

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour les intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV.

Daniel W. Burnett et Heather E. Maconachie, pour l'intimée la Société Radio-Canada.

Michael A. Skene et Angus M. Gunn, Jr., pour l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc.

No one appeared for the respondents CKNW and Citytv.

Christopher Webb, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Michael A. Feder*, for the intervener the Law Society of British Columbia.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

¹ Information is at the heart of any legal system. Police investigate crimes and act on the information they acquire; lawyers and witnesses present information to courts; juries and judges make decisions based on that information; and those decisions, reported by the popular and legal press, make up the basis of the law in future cases. In Canada, as in any truly democratic society, the courts are expected to be open, and information is expected to be available to the public. However, from time to time, the safety or privacy interests of individuals or groups and the preservation of the legal system as a whole require that some information be kept secret.

² This case is about a conflict between two principles, each vital to Canadian law, which pull in fundamentally opposite directions *vis-à-vis* the treatment of information in our legal system. On the one hand is the open court principle, which, as has been repeatedly recognized by this Court, provides that court proceedings should presumptively be a matter of public record. On the other hand lies informer privilege, an age-old privilege according to which the identity of a confidential informer cannot be exposed under any but the narrowest of exceptions.

Personne n'a comparu pour les intimées CKNW et Citytv.

Christopher Webb, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Leonard T. Doust, c.r., et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

L'information est au cœur de tout système juridique. La police enquête sur les crimes et intervient en fonction des renseignements qu'elle obtient; les avocats et les témoins présentent des renseignements aux tribunaux; les jurys et les juges fondent leurs décisions sur ces renseignements; et ces décisions, rendues publiques par la presse populaire et la presse spécialisée, constituent le fondement du droit dans les causes ultérieures. Au Canada, comme dans toute société véritablement démocratique, on s'attend à ce que les débats judiciaires soient publics et à ce que le public ait accès à l'information. Toutefois, de temps à autre, la sécurité de personnes ou de groupes, le respect du droit à la vie privée et la protection de l'intégrité du système judiciaire dans son ensemble exigent que certains renseignements soient gardés secrets.

Sont en conflit en l'espèce deux principes fondamentaux du droit canadien qui constituent des approches diamétralement opposées au traitement de l'information dans notre système juridique. D'une part, suivant le principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu à maintes reprises que les audiences sont censées être publiques. D'autre part, suivant la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, un privilège qui existe depuis longtemps, l'identité d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

In this case, the appellant, whose name cannot be disclosed, informed the extradition judge (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine), during an *in camera* portion of the extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General of Canada, who was acting in the extradition proceeding on behalf of the state requesting the Named Person's extradition. Upon learning of the existence of these extradition proceedings, the respondents claimed a right to publicize details of the proceedings and to have access to information alleged to be protected by informer privilege.

The question posed to this Court is how to satisfy the interests which underlie the Named Person's privilege in light of the interests which underlie the open court principle on the basis of which the respondents claim a right to publish details of the proceedings. In my view, informer privilege must remain absolute. Information which might tend to identify a confidential informant cannot be revealed, except where the innocence of a criminal accused is at stake. Open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, but their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. The appeal should therefore be allowed.

II. Judicial History

This appeal is from an order made in the course of an extradition hearing before a judge of the Supreme Court of British Columbia, sitting as an extradition judge (the "extradition judge"). (The facts are taken, except where noted otherwise, from the Statement of Non-Identifying Facts, found in the public file at A.R., at pp. 105-9.) The appellant Named Person was the subject of the extradition hearing, having been charged with an offence in the requesting state. The appellant Attorney General of Canada was a party to the extradition hearing, acting on behalf of the requesting state.

En l'espèce, l'appelante, dont le nom ne peut être dévoilé, a informé le juge d'extradition (le masculin est utilisé pour désigner ce dernier), pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos, qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général du Canada appellant, qui représentait l'État ayant demandé son extradition, lui communique certains renseignements. Informés de l'instance d'extradition, les intimés ont revendiqué le droit de publier les renseignements s'y rapportant et d'avoir accès aux informations que l'on prétend protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police.

Notre Cour est appelée à déterminer la façon de respecter les droits protégés par le privilège revendiqué par la personne désignée, compte tenu des droits à la base du principe de la publicité des débats judiciaires, principe que les intimés ont invoqué pour faire valoir leur droit de publier les renseignements concernant l'instance. À mon avis, le privilège relatif aux indicateurs de police doit demeurer absolu. L'information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée, sauf si l'innocence de l'accusé est en jeu. Indubitablement d'une importance vitale dans notre système juridique et notre société, le principe de la publicité des débats judiciaires ne peut toutefois s'appliquer s'il porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Historique des procédures judiciaires

Il s'agit d'un pourvoi contre une ordonnance rendue dans le cadre d'une audience d'extradition tenue par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant en tant que juge d'extradition (le « juge d'extradition »). (Sauf indication contraire, les faits sont repris de l'exposé des faits épuré figurant dans le dossier public des appelants, aux p. 105-109.) L'appelante, la personne désignée, accusée d'une infraction dans l'État requérant, faisait l'objet de l'audience d'extradition. Le procureur général du Canada, appellant, représentait l'État requérant à l'audience d'extradition.

3

4

5

6 At some point during the hearing, the Named Person applied for an order that the proceedings continue *in camera*. The Attorney General consented and the extradition judge allowed the application.

7 While the proceedings were taking place *in camera*, the Named Person made it known that he wished to apply for a stay of his extradition on the grounds that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. In support of the application for a stay, the Named Person disclosed to the extradition judge that he was a confidential police informer who had provided information to the authorities (either in Canada or the requesting state). In addition, the Named Person told the extradition judge that he had been charged with criminal offences in the requesting state and that his confidential informer status had been breached in the requesting state by way of disclosure of that status to a co-conspirator who had in turn provided more information implicating the Named Person which had resulted in the extradition request.

8 While the proceedings were still *in camera*, the extradition judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera*. Both the Attorney General and the Named Person submitted that they should.

9 The extradition judge then sought the assistance of an *amicus curiae* on the following issues:

- (1) The public interest and policy considerations which would favour an open court hearing of these issues notwithstanding the risks associated with that open process;
- (2) The extent to which counsel for the press should be entitled to address these *in camera* issues and if so, the measures that could be put in place to protect [the Named Person's] interest;
- (3) The possibility of other means of protecting the interests of [the Named Person], including through

À un moment donné pendant l'audience, la personne désignée a demandé au tribunal d'ordonner le huis clos pour la poursuite de l'instance. Le procureur général a consenti à cette demande et le juge d'extradition y a fait droit.

Au cours de l'audience à huis clos, la personne désignée a indiqué vouloir demander l'arrêt de la procédure d'extradition en invoquant une atteinte à ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'appui de sa demande d'arrêt de la procédure, la personne désignée a révélé au juge d'extradition qu'elle était un indicateur confidentiel de la police et qu'elle avait fourni des renseignements aux autorités (au Canada ou dans l'État requérant). En outre, elle a déclaré au juge d'extradition qu'elle avait été accusée d'actes criminels dans l'État requérant, où son rôle d'indicateur confidentiel avait été communiqué à un complice, qui avait alors fourni d'autres renseignements compromettants à son égard, ce qui avait entraîné le dépôt de la demande d'extradition.

Pendant que l'instance se déroulait encore à huis clos, le juge d'extradition a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos. Le procureur général et la personne désignée ont tous deux plaidé en faveur du maintien du huis clos.

Le juge d'extradition a alors demandé l'aide d'un *amicus curiae* relativement aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

- (1) Quels intérêts généraux et considérations de principe favorisent l'examen de ces questions en audience publique, malgré les risques associés à la publicité des débats?
- (2) Dans quelle mesure peut-on autoriser les avocats des médias à examiner ces questions relatives au huis clos et, le cas échéant, quelles mesures devraient être prises pour protéger les droits de [la personne désignée]?
- (3) Existe-t-il d'autres moyens de protéger les droits de [la personne désignée], notamment au moyen

publication bans but considering also their potential utility and risks; and

- (4) If these proceedings continue *in camera*, the manner by which the Court may render judgments on [the Named Person's] disclosure application and ultimately on [his] stay of proceedings application without exposing [the Named Person] to unacceptable risk but at the same time sufficiently informing the public of the issues and providing a proper judicial record both for potential appeal and for consideration by the Minister if extradition is ultimately ordered.

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, at para. 25)

The *amicus* was provided with all the exhibits and documents which were before the court, as well as with transcripts of all the *in camera* proceedings. The *amicus* then made submissions to the extradition judge. In summary, his assessment was that:

- (1) issues concerning the extent to which these proceedings should remain *in camera* would be most appropriately and effectively addressed by adversarial argument provided proper safeguards could be put in place to protect the identity of the Named Person pending determination of the issues through the adversarial process; and
- (2) since *amicus curiae* could not take an adversarial position he recommended that notice of the *in camera* proceedings should be given to those media counsel who had been known to represent local and national media outlets in past judicial proceedings in British Columbia involving publication bans on appropriate undertakings and orders to protect the Named Person's interests. [para. 27]

On the basis of the *amicus*' submissions, the extradition judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and non-disclosure to their clients of anything learned at the hearing. A number of counsel for media groups — including counsel for all the respondents in this appeal

d'ordonnances d'interdiction de publication, compte tenu de leur utilité éventuelle et des risques en découlant?

- (4) Si le huis clos est maintenu, de quelle façon la Cour peut-elle rendre jugement sur la demande d'interdiction de communication présentée par [la personne désignée] et, éventuellement, sur sa demande d'arrêt de la procédure sans exposer [la personne désignée] à un risque inacceptable, tout en informant convenablement le public des questions en litige et en constituant un dossier judiciaire suffisamment étayé en cas d'appel ou d'examen par le ministre advenant le prononcé d'un arrêté d'extradition?

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, par. 25)

Tous les documents et pièces dont le tribunal était saisi ainsi que la transcription de tous les débats tenus à huis clos ont été fournis à l'*amicus curiae*, qui a ensuite présenté ses observations au juge d'extradition. En voici le résumé :

[TRADUCTION]

- (1) le processus contradictoire est le cadre le plus indiqué et le plus efficace pour régler les questions relatives à l'opportunité du maintien du huis clos, pourvu que des mesures adéquates soient prises pour protéger l'identité de la personne désignée jusqu'au règlement de ces questions dans le cadre du processus contradictoire;
- (2) puisqu'il ne peut participer au processus contradictoire, l'*amicus curiae* a recommandé qu'un avis de la procédure tenue à huis clos soit donné aux avocats qui ont représenté des médias locaux et nationaux dans le cadre d'instances judiciaires antérieures en Colombie-Britannique portant sur des ordonnances d'interdiction de publication, sous réserve des engagements nécessaires de leur part et des ordonnances de protection des droits de la personne désignée. [par. 27]

À la lumière des observations faites par l'*amicus curiae*, le juge d'extradition a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats

— attended at that hearing. The extradition judge then directed that another hearing would take place in which the judge would entertain submissions on “*in camera* issues” (para. 28), and on how the protection of the privilege could or should be balanced against the media’s and the public’s interest in publicizing the proceedings. Notwithstanding forceful opposition from the counsel of both appellants, the extradition judge allowed the media counsel to report the details of the hearing to their clients but imposed a limited publication ban on the proceedings.

11 At the next hearing, the extradition judge heard submissions from the Attorney General, the Named Person, and the respondents on the scope of the claimed privilege. The extradition judge determined that “the informant privilege rule does not act as a bar to proceeding otherwise than *in camera*” (para. 48) and that the issue of whether or not to proceed *in camera* “must be decided in accordance with the principles established in *Dagenais*, *Mentuck* and *Re Vancouver Sun*” (para. 48). The extradition judge permitted the media to publish the fact that the court had heard the matter *in camera* and that the court had determined that further *in camera* proceedings were needed.

12 The extradition judge then heard submissions regarding the materials that would be disclosed to counsel for the respondents, and to specific representatives of the respondents on an interim basis to allow the respondents to instruct their counsel regarding their submissions on the applicability of the *Dagenais/Mentuck* test and whether that test required that the Named Person’s extradition proceedings be held *in camera*. The respondents also applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure.

13 The extradition judge allowed this application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality.

des médias — y compris les avocats de tous les intimés en l’espèce — ont assisté à l’audience. Le juge d’extradition a ensuite ordonné la tenue d’une autre audience au cours de laquelle il entendrait les observations sur [TRADUCTION] « les questions relatives au huis clos » (par. 28) et à la pondération du privilège et du droit des médias et du public à la publicité des débats judiciaires. Malgré l’opposition vigoureuse des avocats des deux appelants, le juge d’extradition a permis aux avocats des médias de dévoiler la teneur de l’audience à leurs clients, mais a rendu une ordonnance restreinte d’interdiction de publication visant l’instance.

À l’audience suivante, le juge d’extradition a entendu les observations du procureur général, de la personne désignée et des intimés concernant l’étendue du privilège revendiqué. Il a conclu que [TRADUCTION] « la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne commande pas automatiquement le huis clos » (par. 48) et que la décision de procéder à huis clos « doit être prise en conformité avec les principes établis dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Vancouver Sun (Re)* » (par. 48). Le juge d’extradition a donné aux médias l’autorisation de publier le fait que le tribunal avait entendu l’affaire à huis clos et avait jugé nécessaire de poursuivre les procédures à huis clos.

Le juge d’extradition a ensuite entendu des observations concernant les documents qui seraient communiqués aux avocats des intimés et à certains représentants des intimés à titre provisoire, afin que ceux-ci puissent préparer avec leurs avocats leurs observations sur l’applicabilité du critère énoncé dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et sur la nécessité, à la lumière de ce critère, de tenir à huis clos l’audience d’extradition de la personne désignée. Les intimés ont de plus demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l’*amicus curiae*.

Le juge d’extradition a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l’*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d’un engagement de confidentialité.

It is this order, currently stayed, that the appellants contest in this Court.

III. Analysis

At stake here are two important principles which seem fundamentally opposed. The principle of informer privilege provides an all but absolute bar against revealing any information which might tend to identify a confidential informer. The open court principle, on the other hand, provides that information which is before a court ought to be public information to the extent possible. How are these two principles to be reconciled? In order to answer this question, I will examine each of them in turn. The result of this exercise will be a model procedure to guide judges in similar situations.

A. *Informer Privilege*

Police work, and the criminal justice system as a whole, depend to some degree on the work of confidential informers. The law has therefore long recognized that those who choose to act as confidential informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court of the identity of those who give information related to criminal matters in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the criminal justice system for future potential informers.

A useful summary of the rule was set out by Cory J.A. (as he then was) in his decision in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 5-6, and adopted by McLachlin J. (as she then was) in her reasons in this Court's decision in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 9:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and

C'est cette ordonnance, encore en sursis, que les appelants contestent devant notre Cour.

III. Analyse

Sont en jeu en l'espèce deux principes importants qui semblent fondamentalement opposés. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police interdit de façon presque absolue la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel. Suivant le principe de la publicité des débats judiciaires par contre, le public doit dans la mesure du possible avoir accès aux renseignements fournis aux tribunaux judiciaires. Comment peut-on concilier ces deux principes? Pour répondre à cette question, j'examinerai chacun à tour de rôle. Cette analyse débouchera sur une démarche type qui servira de guide aux juges dans des situations analogues.

A. *Privilège relatif aux indicateurs de police*

Le travail des policiers et le système de justice pénale dans son ensemble sont, dans une certaine mesure, tributaires de l'initiative des indicateurs confidentiels. Ainsi, il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec le système de justice pénale.

Dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 5-6, le juge Cory (plus tard juge de notre Cour) a fait un résumé utile de cette règle et son résumé a été repris par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9 :

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du

14

15

16

17

the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [Emphasis added.]

18 This passage usefully recognizes the dual objectives which underlie the informer privilege rule. Not only does the ban on revealing the informer's identity protect that informer from possible retribution, it also sends a signal to potential informers that their identity, too, will be protected. Without taking away from the particular protection afforded by the rule to an individual informer in a given case, we must emphasize the general protection afforded by the rule to *all* informers, past and present.

19 This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. As McLachlin J. wrote in *Leipert* at para. 12:

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

20 To similar effect was the Court's finding in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93, that the application of the rule "does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound".

21 Thus a court does not have any discretion with regard to the privilege; a court is under a duty to protect the informer's identity. Indeed, the duty of a court not to breach the privilege is of the same nature as the duty of the police or the Crown.

22 It deserves emphasizing here that the rationale for the privilege's existence is not something that

rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [Je souligne.]

Ce passage fait utilement ressortir le double objectif sur lequel repose la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. L'interdiction de dévoiler l'identité de l'indicateur sert non seulement à protéger l'indicateur de représailles possibles, mais aussi à envoyer aux indicateurs éventuels le message que leur identité sera elle aussi protégée. Sans minimiser l'importance de la protection particulière assurée par la règle à un indicateur donné, il nous faut mettre l'accent sur la protection générale que la règle assure à *tous* les indicateurs, antérieurs et actuels.

Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. La juge McLachlin s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Leipert* au par. 12 :

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

Notre Cour est arrivée à une conclusion dans le même sens dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 93, en affirmant que l'application de la règle « ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge ».

Ainsi, un tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire relativement au privilège; il est tenu de protéger l'identité de l'indicateur. En fait, le devoir du tribunal de ne pas enfreindre ce privilège est le même que celui de la police ou du ministère public.

Il faut souligner ici que les raisons qui justifient l'existence du privilège ne permettent pas que l'on

allows for weighing on a case-by-case basis the maintenance or scope of the privilege depending on what risks the informer might face. Informer privilege is a class privilege that always applies when it has been established that a confidential informer is present.

Once it has been established that the privilege exists, the court is bound to apply the rule. It is the non-discretionary nature of the informer privilege rule which explains that the rule is referred to as “absolute”: see R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at p. 2-7. The Crown has a similar obligation: the privilege is “owned” by both the Crown and the informer himself, so the Crown has no right to disclose the informer’s identity: *Leipert*, at para. 15.

This is a highly exceptional case. Usually, the informer is not a party to the proceedings, nor is he or she going to be a witness. The Crown will not be presenting his or her evidence. The confidential information is used by the police in its investigation, leading to evidence that will be presented in the usual way. The question of informer privilege is more likely to arise indirectly at trial, as when counsel seeks to cross-examine a Crown witness on whether he or she is or has been a confidential informer, or when a police officer is questioned on what led him or her to take a certain step and the officer invokes the informer privilege. Where such an informer reveals his or her identity, this would normally signify that he or she desires to waive the privilege. This could not have been the case in the present context however. Here, the Named Person came forth for the very purpose of enforcing the confidential informer agreement. The extradition judge was wrong in finding that the Named Person compromised the privilege by revealing his status. The extradition judge’s decision on waiver is possibly due to the unusual circumstances of this case and the absence of clear precedent to provide guidance.

évalue au cas par cas le maintien ou la portée du privilège en fonction des risques auxquels pourrait s’exposer l’indicateur. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un privilège générique s’appliquant chaque fois que la présence d’un indicateur confidentiel est établie.

Dès lors que l’existence du privilège est démontrée, le tribunal a l’obligation d’appliquer la règle. C’est parce qu’elle revêt un caractère non discrétionnaire que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est qualifiée d’« absolue » : voir R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-7. Le ministère public a une obligation semblable : le privilège « appartient » tant au ministère public qu’à l’indicateur lui-même, de sorte que le ministère public n’a pas le droit de révéler l’identité de l’indicateur : *Leipert*, par. 15.

Le présent pourvoi revêt un caractère tout à fait exceptionnel. Habituellement, l’indicateur n’est pas une partie à l’instance et ne sera pas cité comme témoin. Le ministère public ne présentera pas ses éléments de preuve. Les renseignements confidentiels sont utilisés par la police dans le cadre de son enquête et mènent à l’obtention des éléments de preuve qui seront présentés de la manière habituelle. La question du privilège relatif aux indicateurs de police est plus susceptible de se poser indirectement lors du procès, par exemple lorsque l’avocat veut contre-interroger un témoin du ministère public pour savoir s’il est ou a été indicateur confidentiel, ou lorsqu’un policier est interrogé sur les raisons qui l’ont amené à prendre une certaine mesure et qu’il invoque alors le privilège relatif aux indicateurs de police. S’il dévoile son identité, l’indicateur laisse généralement entendre qu’il souhaite renoncer au privilège. Il n’aurait pas pu en être ainsi dans le présent contexte toutefois. En l’espèce, la personne désignée s’est manifestée dans le but exprès de faire respecter l’entente de confidentialité qu’elle avait conclue. Le juge d’extradition a eu tort de conclure que la personne désignée avait violé le privilège en se manifestant. La décision du juge relative à la renonciation est peut-être attribuable aux circonstances peu ordinaires de l’affaire et à l’absence d’un précédent clair pour le guider.

23

24

25 Moreover, the informer himself or herself cannot unilaterally decide to “waive” the privilege. The authors of *The Law of Evidence in Canada* write, at p. 883, that “[t]he privilege belongs to both the Crown and the informer and thus the informer alone cannot ‘waive’ the privilege and neither can a party in a civil proceeding”: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999) (emphasis in original). Courts in the United Kingdom have found that a court may refuse to disclose an informer’s identity even if he or she has explicitly requested disclosure: see *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), and *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

26 In addition to its absolute non-discretionary nature, the rule is extremely broad in its application. The rule applies to the identity of every informer: it applies where the informer is not present, where the informer is present, and even where the informer himself or herself is a witness. It applies to both documentary evidence and oral testimony: Sopinka, Lederman and Bryant, at pp. 882-83. It applies in criminal and civil trials. The duty imposed to keep an informer’s identity confidential applies to the police, to the Crown, to attorneys and to judges: Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-2. The rule’s protection is also broad in its coverage. Any information which might tend to identify an informer is protected by the privilege. Thus the protection is not limited simply to the informer’s name, but extends to any information that might lead to identification.

27 The informer privilege rule admits but one exception: it can be abridged if necessary to establish innocence in a criminal trial (there are no exceptions to the rule in civil proceedings). According to the innocence at stake exception, “there must be a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused”: *Leipert*, at para. 21. It stands to be emphasized that the exception will apply only if there is an evidentiary basis for the conclusion; mere speculation will not

De plus, l’indicateur lui-même ne peut décider unilatéralement de « renoncer » au privilège. Selon les auteurs de *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 883, [TRADUCTION] « [I]e privilège appartient à la fois au ministère public et à l’indicateur et, partant, l’indicateur ne peut prendre seul la décision d’y renoncer, ni non plus une partie en matière civile » : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999) (en italique dans l’original). Au Royaume-Uni, les tribunaux ont conclu qu’un juge peut refuser de dévoiler l’identité d’un indicateur, même si ce dernier lui présente une demande expresse en ce sens : voir *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), et *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

Outre son caractère absolu et non discrétionnaire, la règle est d’application extrêmement large. Elle s’applique à l’identité de tout indicateur de police, qu’il soit ou non présent et même s’il est lui-même un témoin. Elle s’applique tant à la preuve documentaire qu’aux témoignages de vive voix : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 882-883. Elle s’applique en matières pénales et civiles. L’obligation de garder secrète l’identité des indicateurs est imposée aux policiers, au ministère public, aux avocats et aux juges : Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-2. La règle offre également une protection très étendue. Tous les renseignements susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur sont protégés par le privilège. Ainsi, la protection ne vise pas uniquement le nom de l’indicateur de police, mais aussi tous les renseignements susceptibles de servir à l’identifier.

La règle du privilège relatif aux indicateurs de police n’admet qu’une seule exception : elle peut être écartée si cette mesure est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé dans une procédure pénale (il n’y a pas d’exception à la règle en matière civile). Suivant l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, « la preuve doit révéler l’existence d’un motif de conclure que la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé » : *Leipert*, par. 21. Il y a lieu de souligner que l’exception

suffice: Sopinka, Lederman and Bryant, at p. 884. The exception applies only where disclosure of the informer's identity is the *only* way that the accused can establish innocence: *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32, at para. 4.

In this Court's decision in *Leipert*, it was clearly established that innocence at stake is the *only* exception to the informer privilege rule. The rule does not allow an exception for the right to make full answer and defence. Nor does the rule allow an exception for disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Indeed, the Court's decision in *Leipert* suggests, at para. 24, that an absolute informer privilege rule, subject only to the innocence at stake exception, is consistent with the *Charter's* provisions dealing with trial rights:

To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. The common law rule of informer privilege, however, does not offend this principle. From its earliest days, the rule has affirmed the priority of the policy of the law "that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved" by permitting an exception to the privilege where innocence is at stake: *Marks v. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly referred to informer privilege as an example of the policy of the law that the innocent should not be convicted, rather than as a deviation from it.

For the sake of clarity, it is useful to pause here to explain the law regarding what were argued before us as some "other" exceptions to the informer privilege rule. As already noted, the only real exception to the informer privilege rule is the innocence at stake exception: *Leipert*. All other purported exceptions to the rule are either applications of the innocence at stake exception or

s'applique uniquement s'il existe des preuves étayant une telle conclusion; les simples conjectures ne suffisent pas : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 884. L'exception s'applique uniquement dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur de police est le *seul* moyen pour l'accusé de faire la preuve de son innocence : *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32, par. 4.

Dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a clairement établi que la démonstration de l'innocence de l'accusé est la *seule* exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. Ne sont admis comme exception à la règle ni le droit à une défense pleine et entière, ni le droit à la communication de la preuve au titre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. D'ailleurs, dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a laissé entendre, au par. 24, que le privilège relatif aux indicateurs de police en tant que règle absolue, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, est conforme aux dispositions de la *Charte* portant sur le droit à un procès équitable :

Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRANSCRIPTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe.

Par souci de clarté, j'estime utile à ce moment d'expliquer l'état du droit en ce qui concerne quelques « autres » exceptions à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police qui ont été invoquées devant nous. Comme je l'ai déjà indiqué, l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé est la seule véritable exception au privilège relatif aux indicateurs de police : *Leipert*. Toutes

28

29

else examples of situations in which the privilege does not actually apply. For example, situations in which the informer is a material witness to a crime fall within the innocence at stake exception: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 996. The privilege does not apply to an individual whose role extends beyond that of an informer to being an *agent provocateur*: *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.); Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-28. Similarly, situations in which s. 8 of the *Charter* is invoked to argue that a search was not undertaken on reasonable grounds may fall within the innocence at stake exception: *Scott*. Thus, as I noted, the only time that the privilege, once found, can be breached, is in the case of an accused raising the innocence at stake exception. All other so-called exceptions are simply applications of this one true exception: *Scott*, at p. 996; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 254.

les autres prétendues exceptions à la règle constituent, en fait, soit des cas d'application de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, soit des cas où le privilège ne s'applique pas réellement. Par exemple, les cas où l'indicateur de police est un témoin essentiel d'un crime sont visés par l'exception relative à la démonstration de l'innocence : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 996. Le privilège ne s'applique pas à la personne qui, en plus d'être un indicateur de police, a agi comme agent provocateur : *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.); Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-28. De même, l'exception relative à la démonstration de l'innocence peut s'appliquer dans les cas où l'art. 8 de la *Charte* est invoqué pour plaider qu'une fouille ou une perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables : *Scott*. Ainsi, comme je l'ai mentionné, l'exception relative à la démonstration de l'innocence d'un accusé est la seule exception au privilège, une fois son existence reconnue. Toutes les autres soi-disant exceptions ne constituent en fait que l'application de cette seule véritable exception : *Scott*, p. 996; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2005), p. 254.

30

In conclusion, the general rationale for the informer privilege rule requires a privilege which is extremely broad and powerful. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time.

En conclusion, la justification générale de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police exige un privilège extrêmement large et impératif. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps.

B. *The Open Court Principle*

B. *Principe de la publicité des débats judiciaires*

31

The "open court principle" is a "hallmark of a democratic society", as this Court said in *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para.

Le « principe de la publicité des débats en justice » est une « caractéristique d'une société démocratique », comme notre Cour l'a déclaré dans

23. This principle, as the Court noted in that case, “has long been recognized as a cornerstone of the common law” (para. 24), and has been recognized as part of the law since as far back as *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), and *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), where Lord Atkin wrote, at p. 335: “Justice is not a cloistered virtue”. “Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity” (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Open courts have several distinct benefits. Public access to the courts allows anyone who cares to know the opportunity to see “that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“CBC”), at para. 22. An open court is more likely to be an independent and impartial court. Justice seen to be done is in that way justice more likely to be done. The openness of our courts is a “principal component” of their legitimacy: *Vancouver Sun*, at para. 25.

In addition to its longstanding role as a common law rule required by the rule of law, the open court principle gains importance from its clear association with free expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. In the context of this appeal, it is important to note that s. 2(b) provides that the state must not interfere with an individual’s ability to “inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents” (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1338, citing *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597). La Forest J. adds at para. 24 of *CBC*: “[e]ssential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information” (emphasis added). Section 2(b)

l’arrêt *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 23. Comme notre Cour l’a signalé dans cet arrêt, ce principe « est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law » (par. 24) et figure au nombre de nos principes de droit depuis les arrêts *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), et *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), dans lequel lord Atkin s’est exprimé ainsi à la p. 335 : [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes ». [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l’effort et la meilleure des protections contre l’improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115).

La publicité des débats judiciaires présente plusieurs avantages distincts. L’accès du public aux tribunaux offre à toute personne qui le souhaite la possibilité de constater « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *Société Radio-Canada* »), par. 22. La publicité des débats judiciaires favorise l’indépendance et l’impartialité des tribunaux. S’il y a apparence de justice, il est alors plus probable que justice soit rendue. La publicité des débats constitue « l’élément principal » de la légitimité du processus judiciaire : *Vancouver Sun*, par. 25.

Outre son rôle de longue date comme règle de common law inhérente à la primauté du droit, le principe de la publicité des débats judiciaires est d’autant plus important qu’il est manifestement lié à la liberté d’expression, garantie à l’al. 2b) de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de noter que l’al. 2b) dispose que l’État ne doit pas empêcher les particuliers « d’examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1338, citant *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), p. 597). Le juge La Forest ajoute au par. 24 de l’arrêt *Société Radio-Canada* que « [p]our que la presse exerce sa liberté d’informer le public, il

32

33

also protects the ability of the press to have access to court proceedings (*CBC*, at para. 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 53).

34

Returning to our examination of the open court principle, I note that it is clearly a broad principle of general application to all judicial proceedings. The principle has gained some jurisprudential purchase through this Court's decisions in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In those decisions, the Court developed a test — colloquially known as the *Dagenais/Mentuck* test — “to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test”: *Vancouver Sun*, at para. 28. The test has two parts, which mirror the minimal impairment and proportionality steps in the s. 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The test was set out at para. 23 of *Mentuck*.

35

However, we need not delve into a detailed analysis of the *Dagenais/Mentuck* test. As the Court made clear in *Dagenais*, at pp. 874-75, the test was intended to apply only to exercises of discretionary power by a trial judge. This understanding of the test was reaffirmed in *Vancouver Sun*, at para. 31, where Iacobucci and Arbour JJ. expanded the application of the test beyond discretionary publication bans (which were at issue in the *Dagenais* and *Mentuck* decisions) to “all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings” (emphasis added).

36

The *Dagenais/Mentuck* test has a wide area of application, but we must take caution not to widen it beyond its proper scope. The test was never intended to apply to all actions limiting freedom of

est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information » (je souligne). L'alinéa 2b) protège également le droit de la presse d'assister aux instances judiciaires (*Société Radio-Canada*, par. 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 53).

Revenant à notre examen du principe de la publicité des débats judiciaires, je constate qu'il s'agit manifestement d'un principe général s'appliquant à toutes les procédures judiciaires. Ce principe est reconnu dans la jurisprudence depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. Dans ces arrêts, notre Cour a élaboré un critère — couramment appelé le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* — « afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, incorporant ainsi l'essence de la pondération selon le critère de l'arrêt *Oakes* » : *Vancouver Sun*, par. 28. Le critère comporte deux volets, qui reprennent les étapes de l'analyse de l'article premier relatives à l'atteinte minimale et à la proportionnalité énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère a été formulé au par. 23 de l'arrêt *Mentuck*.

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser en profondeur le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck*. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans *Dagenais*, p. 874-875, le critère devait uniquement s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Cette interprétation du critère a été réaffirmée dans l'arrêt *Vancouver Sun*, par. 31, où les juges Iacobucci et Arbour ont étendu l'application du critère, élaboré dans le contexte des interdictions de publication d'ordre discrétionnaire (en cause dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*) pour qu'il « s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires » (je souligne).

Le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* est d'application très large, mais il faut veiller à ne pas en étendre la portée au-delà des limites voulues. Il n'a jamais été question de l'appliquer à toutes les

expression in a court. The limitation to discretionary action was clear from the test's first incarnation in *Dagenais*, where Lamer C.J. wrote at pp. 874-75:

Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publication ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule. [Emphasis in original.]

As should now be clear from the examination of the informer privilege rule, it is this last situation which faces the Court in this case. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a “test” for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply to the privilege in this case. The informer privilege rule does *not* provide a trial judge with a discretionary power to order a publication ban. Quite the contrary. When a trial judge finds that an informer privilege exists, then, as the Court stated in *Bisaillon v. Keable*, at p. 93, “[i]ts application does not depend on the judge’s discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound”.

C. *Secrecy and Openness*

What is being argued in this case is that the informer privilege rule is discretionary, and that judges have the power to determine, on a

mesures visant à restreindre la liberté d’expression devant les tribunaux. Le critère devait manifestement s’appliquer uniquement à l’exercice du pouvoir discrétionnaire et ce, dès son élaboration dans l’arrêt *Dagenais*, où le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit aux p. 874-875 :

La contestation d’une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l’opposition à l’interdiction. Si, aux termes d’une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d’une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de common law contraint un juge ou l’autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d’une façon qui n’est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d’une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

Il devrait désormais clairement ressortir de l’examen de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police que c’est de cette dernière situation dont notre Cour est saisie en l’espèce. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l’application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s’appliquent pas au privilège revendiqué en l’espèce. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police *ne* confère *pas* au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d’interdiction de publication. Bien au contraire. Lorsque le juge du procès conclut à l’existence d’un privilège relatif aux indicateurs de police, alors, comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Bisaillon c. Keable*, p. 93, « [s]on application ne relève en rien de la discrétion du juge car c’est une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge ».

C. *Secret et transparence*

En l’espèce, on affirme que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est discrétionnaire et que les juges ont le pouvoir de déterminer, dans

37

38

case-by-case basis, whether the courtroom should be closed to protect informer privilege.

39

This proposition cannot be accepted. The informer privilege rule is mandatory (subject only to the “innocence at stake” exception). To permit trial judges wide discretion in determining whether to protect informer privilege would undermine the purposes of the rule. Part of the rationale for a mandatory informer privilege rule is that it encourages would-be informers to come forward and report on crimes, safe in the knowledge that their identity will be protected. A rule that gave trial judges the power to decide on an *ad hoc* basis whether to protect informer privilege would create a significant disincentive for would-be informers to come forward, thereby eviscerating the usefulness of informer privilege and dealing a great blow to police investigations.

40

Although a judge has no discretion not to apply the informer privilege rule, to ensure that the open court principle is respected, we must ensure that it retains the maximum effect possible by requiring that the informer privilege cover only that information which would in fact tend to reveal an informer’s identity; all other information regarding the proceeding would continue to be information which should be published under the open court principle. It is clear therefore that an informer need simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage, i.e. at the stage where the privilege is to be found to be present.

41

In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge

chaque cas, si la protection du privilège exige le huis clos.

Cette proposition est inacceptable. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police est impérative (sous réserve seulement de l’exception de la « démonstration de l’innocence de l’accusé »). Accorder aux juges du procès un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs de police doit être protégé minerait les fins de cette règle. La règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu’elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée. Une règle qui accorderait aux juges du procès le pouvoir de déterminer dans chaque cas si le privilège de l’indicateur doit être protégé aurait pour effet de décourager les indicateurs éventuels de se manifester, ce qui anéantirait ainsi l’utilité du privilège et porterait un grand coup aux enquêtes policières.

Même si un juge ne peut à sa discrétion refuser d’appliquer la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, nous devons, afin d’assurer le respect du principe de la publicité des débats judiciaires, veiller à ce qu’il produise son effet dans toute la mesure du possible en exigeant que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique uniquement aux renseignements réellement susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur; tous les autres renseignements sur l’instance demeureraient des renseignements pouvant être publiés en application du principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, l’indicateur n’a qu’à indiquer que l’audience doit se dérouler à huis clos. Il n’est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d’indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape, c’est-à-dire à l’étape où le juge doit décider si un privilège existe.

C’est donc dire, plus concrètement, que s’il conclut à l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure

ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer's identity.

This approach is in line with the one taken to the open court principle in *Dagenais* and *Mentuck*. As noted above (at para. 35), the test set out in those cases is a particular attempt to balance open courts with secrecy requirements in situations of judicial discretion. In other words, it is one application of the open court principle to a situation of secrecy. This case presents a different application: where the secrecy arises out of the informer privilege rule and allows the trial judge no discretion, *Dagenais/Mentuck* does not apply.

In this case, the trial judge found that the common law rule requiring a publication ban was discretionary. He therefore disposed of the appellant Named Person's claim as if it were governed by the *Dagenais/Mentuck* test. With respect, he erred in this regard. As a result, the parties chose not to bring the *Charter* application required to challenge a mandatory common law rule, and there is no *Charter* challenge before us.

The range of situations in which the open court principle and informer privilege are in conflict is not easy to describe in the abstract. As noted earlier, informer privilege arises most often in the course of a criminal trial, when a Crown witness is asked on cross-examination about the source of some information which led to the trial. I do not think it is necessary at this time to weigh in on the specific application of the open courts principle in such circumstances. The facts before this Court in this case present a different, less common

qu'en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur.

Cette approche est conforme à la démarche retenue dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* à l'égard du principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je l'ai déjà fait remarquer (au par. 35), le critère énoncé dans ces arrêts visait en particulier à établir l'équilibre entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les exigences de confidentialité dans les cas où les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, il s'agit d'un cas d'application du principe de la publicité des débats judiciaires à une cause assujettie au secret. Il n'en est pas ainsi en l'espèce : si l'exigence de confidentialité découle de l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge, le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* ne s'applique pas.

En l'espèce, le juge de première instance a décidé que la règle de common law exigeant une interdiction de publication était discrétionnaire. Il a donc rendu sa décision à l'égard de la demande de la personne désignée comme si le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* s'appliquait. En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. En conséquence, les parties ont choisi de ne pas invoquer la *Charte* pour contester une règle de common law impérative, et nous ne sommes pas saisis d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Il n'est pas facile de décrire dans l'abstrait toutes les situations dans lesquelles il peut y avoir conflit entre le principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège relatif aux indicateurs de police. Comme je l'ai indiqué précédemment, le privilège relatif aux indicateurs de police est le plus souvent revendiqué dans le contexte d'un procès criminel, lorsqu'un témoin du ministère public est contre-interrogé au sujet de la source de certains renseignements ayant occasionné la tenue du procès. À mon sens, il n'est pas

42

43

44

circumstance in which the open court principle must still accommodate the protection of informer privilege. In order to see clearly how this ought to play out, I think it is useful to describe the procedure to be followed by a judge in a case of informer privilege such as the one before the Court. The procedure described below, although informed by the particular facts of this case, will nonetheless provide guidance in all cases where a question of informer privilege arises; other circumstances may of course require the court to modify this approach accordingly.

D. *The Procedure to Be Followed*

45 The interface between the informer privilege rule and the open court principle in the context of a hearing where a party claims to be a confidential police informant must at the same time allow for the protection of the identity of the informer from any possibility of disclosure and the maintenance of public access to the courtroom to the greatest extent possible. In order to best illustrate how this can be achieved, I will in what follows set out a procedure to be followed in a case such as the one before the Court, where an individual who is in the midst of criminal or quasi-criminal proceedings for some reason discloses to the court his or her status as a confidential informer.

46 In such a proceeding, the parties before the judge will be the individual and the Attorney General of Canada (or the Crown). If the individual wishes to make a claim that he or she is a confidential informer, he or she should ask the judge to adjourn the proceedings immediately and continue *in camera*. The proceedings will proceed *in camera*, with only the individual and the Attorney General present, in order to determine if sufficient evidence exists to determine that the person is a confidential informer and therefore able to claim informer privilege.

nécessaire à ce moment d'examiner l'application particulière du principe de la publicité des débats judiciaires dans de telles circonstances. En l'espèce, les faits soumis à notre Cour indiquent une situation différente et moins commune où le principe de la publicité des débats judiciaires doit permettre l'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Afin d'illustrer clairement la façon de procéder, j'estime utile de décrire la démarche que doit suivre le juge saisi d'une cause faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police comme en l'espèce. La marche à suivre exposée ci-après, bien qu'elle soit fonction des faits propres à l'espèce, pourra quand même servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège relatif aux indicateurs de police; le tribunal pourra bien sûr modifier la démarche pour l'adapter à des faits différents.

D. *La démarche*

Dans le contexte d'une audience où une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police, la relation entre la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et le principe de la publicité des débats judiciaires doit à la fois permettre la protection de l'indicateur contre toute possibilité que son identité soit révélée et assurer, dans la mesure du possible, l'accès du public à la salle d'audience. Pour bien illustrer le moyen d'atteindre cet objectif, j'exposerai ci-après une démarche à suivre dans un cas comme celui qui nous occupe où, dans une instance criminelle ou quasi criminelle, une personne dévoile au tribunal son rôle d'indicateur confidentiel.

Dans une telle instance, les parties seront la personne qui revendique le privilège et le procureur général du Canada (ou le ministère public). Si la personne souhaite revendiquer le rôle d'indicateur confidentiel, elle doit demander au juge de prononcer sans tarder l'ajournement et de poursuivre l'audition de l'affaire à huis clos. L'instance se poursuivra à huis clos en présence uniquement de cette personne et du procureur général afin que le juge détermine si la preuve est suffisante pour conclure que la personne est un indicateur confidentiel et, partant, qu'elle peut revendiquer le privilège.

While the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply. This means that under no circumstances should any third party be admitted to the proceedings, and even the claim of informer privilege must not be disclosed. The only parties admitted in this part of the proceeding are the person who seeks the protection of the privilege and the Attorney General. It is the responsibility of the judge at this stage to demand from the parties some evidence which satisfies the judge, on balance, that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies. I cannot overemphasize the importance of this last point. The judge *has no discretion* not to apply the privilege: *Bisaillon v. Keable*, at p. 93. If the person is an informer, the privilege applies fully.

Of course, we must make allowances for the difficult position that the judge will be in, namely an *in camera* proceeding in which both parties — the alleged informer and the Attorney General — will often both be arguing in favour of the same conclusion. (Conceivably, of course, the Attorney General might dispute the individual's claim to informer privilege status.) If such a circumstance should arise, the non-adversarial nature of the proceedings at this stage may cause concern. Therefore, it may be permissible in some cases for a judge to appoint an *amicus curiae* in order to assist in the determination of whether or not the evidence supports the conclusion that the person is a confidential informer. However, the mandate of the *amicus* must be precise, and the role of the *amicus* must be limited to this factual task. The legal issues are of another nature. The judge alone makes the legal determination that a confidential informer is present, and that the informer privilege applies. Here, the *amicus* was asked what was the scope of the privilege. Moreover, given the importance of protecting the confidential informer's identity, if a trial judge decides that the assistance of an *amicus* is needed, caution must be taken to ensure that the *amicus* is provided with only that information which is absolutely essential to determining if the

Alors que le juge détermine si le privilège s'applique, la plus grande prudence s'impose en supposant que le privilège s'applique. Ainsi, aucun tiers ne peut être admis dans la salle d'audience sous aucun prétexte, et même la revendication du privilège de l'indicateur ne doit pas être révélée. Les seules parties admises à cette étape de l'instance sont la personne qui demande la protection au titre du privilège et le procureur général. Il incombe au juge à cette étape d'exiger que les parties lui présentent des preuves qui, tout compte fait, le convaincront que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique. Je ne saurais trop insister sur l'importance de ce dernier point. Le juge *n'a pas le pouvoir* de refuser d'appliquer le privilège : *Bisaillon c. Keable*, p. 93. Si la personne est un indicateur, le privilège s'applique pleinement.

De toute évidence, il faut tenir compte de la position plutôt délicate dans laquelle se trouve le juge : il tient une audience à huis clos dans laquelle les deux parties — le présumé indicateur et le procureur général — plaident souvent toutes les deux dans le même sens. (Le procureur général pourrait, bien entendu, contester la revendication du privilège.) Le cas échéant, le caractère non contradictoire de l'instance à cette étape peut être source de préoccupation. Par conséquent, dans certains cas, il serait loisible au juge de nommer un *amicus curiae* qui l'aiderait à déterminer si la preuve permet de conclure que la personne est un indicateur confidentiel. Toutefois, l'*amicus curiae* doit être investi d'un mandat précis, et son rôle ne peut dépasser les limites de cette analyse des faits. Les questions de droit revêtent une toute autre nature. Le juge seul détermine, en droit, s'il est en présence d'un indicateur confidentiel et si le privilège de l'indicateur s'applique. Dans cette affaire, le juge a demandé à l'*amicus curiae* de se prononcer sur l'étendue du privilège. En outre, étant donné l'importance que revêt la protection de l'identité de l'indicateur confidentiel, le juge doit veiller, s'il estime que l'aide d'un *amicus curiae* est requise, à ne lui fournir que les renseignements dont il a absolument besoin pour déterminer si le privilège s'applique. Vu le mandat

47

48

privilege applies. Given the mandate of the *amicus* in the present case, it appears that the appointment was inappropriate.

49

In the course of the determination of whether or not the privilege applies, the proceedings will be carried on *in camera*. During this determination, the only parties with standing will be the Attorney General and the person claiming the protection of the privilege, in addition to an *amicus* with the mandate set out above, in those unusual situations in which the judge finds this to be necessary. No other parties have standing in this part of the proceeding. The reason for this is simple: since the determination of the applicability of the privilege is a simple matter of determining whether the person is indeed a confidential informer — I repeat that no balancing of competing legal interests or rights is at stake — no one else will have any arguments of value to contribute to this determination. Furthermore, allowing third parties standing at this stage would needlessly increase the risk of disclosure of the identity of the confidential informer.

50

Having established the existence of an informer privilege, the judge is charged with carrying on the proceedings without violating that privilege by disclosing any information that might tend to reveal the confidential informer's identity while at the same time protecting and promoting the values of the open court principle.

51

In determining the proper way of protecting informer privilege and realizing the open court principle, the judge must concern himself or herself with minimal intrusion. He or she may allow submissions from individuals or organizations other than the Attorney General and the informer at this point. This is of course because the Attorney General and the confidential informer will argue strenuously in favour of restricting any and all disclosure of information related to the proceeding, eliminating the efficiencies of the adversarial process. Restricted disclosure will of course be necessary to protect the privileged information, but the protection of the open court principle demands that all information necessary to ensure that meaningful submissions,

confié à l'*amicus curiae* dans cette affaire, sa nomination était manifestement inappropriée.

Les procédures menant à la décision que le privilège s'applique ou non se déroulent à huis clos. Les seules parties ayant alors qualité pour agir sont le procureur général et la personne qui revendique le privilège, de même que l'*amicus curiae* investi du mandat susmentionné dans les situations inusitées où le juge estime sa participation nécessaire. Aucune autre partie n'est autorisée à participer à cette étape de l'instance. Il en est ainsi tout simplement parce que, pour décider si le privilège s'applique, il suffit de déterminer si la personne est effectivement un indicateur confidentiel — je répète qu'il n'y pas d'intérêts juridiques ou de droits opposés à mettre en balance — et aucune autre personne ne peut présenter d'arguments utiles à cet égard. Qui plus est, donner à des tiers qualité pour agir à cette étape ne ferait qu'accroître inutilement le risque que l'identité de l'indicateur confidentiel soit dévoilée.

Une fois qu'il a conclu à l'existence d'un privilège relatif aux indicateurs de police, le juge doit poursuivre l'audition de l'affaire sans porter atteinte à ce privilège par la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur confidentiel, tout en protégeant et en favorisant les valeurs sur lesquelles repose le principe de la publicité des débats judiciaires.

Lorsqu'il détermine la façon appropriée de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires, le juge doit trouver une façon de limiter l'atteinte à ces principes. Il peut à cette étape permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations. Il en est ainsi, bien sûr, parce que le procureur général et l'indicateur confidentiel plaideront énergiquement en faveur de la non-communication de tous les renseignements se rapportant à l'instance, écartant tout bénéfice du débat contradictoire. Bien sûr, la protection des renseignements auxquels s'attache le privilège imposera des limites à la communication de renseignements,

which can be disclosed without breaching the privilege, ought to be disclosed. Therefore, standing may be given at this stage to individuals or organizations who will make submissions regarding the importance of ensuring that the informer privilege not be overextended and the way in which that can be accomplished in the context of the case.

A judge faced with an informer privilege who believes that it is in the interests of justice that notice of it be given ought to post in some public forum — ideally in hard copy at the courthouse as well as in electronic form over the internet — a notice to all interested parties regarding the existence of a proceeding in which informer privilege has been invoked. More often than not, of course, the individuals or organizations will be the media.

The decision to post a public notice regarding the existence of the proceeding is a matter of discretion on the part of the judge. In other words, no one has a right, constitutional or otherwise, to be informed of all situations in which informer privilege is claimed. The reason for this is simply practical: there is no real difference — *vis-à-vis* the open court principle — between a situation in which informer privilege exists and any other situation in which some part of a proceeding takes place *in camera* — be it a situation of a child sexual assault victim, or a situation involving solicitor-client privilege. It would be unworkable and unreasonable to expect that literally every time an *in camera* proceeding is taking place, a judge has the obligation to publicize its existence and invite submissions from all comers on whether that proceeding should be held *in camera*. Nor should a judge choose “worthy” interveners.

Instead, the judge retains discretion as to whether or not to provide public notice of the *in*

mais la protection du principe de la publicité des débats judiciaires exige la communication de tous les renseignements nécessaires à la présentation d’observations utiles et qui peuvent être communiqués sans qu’il soit porté atteinte au privilège. Par conséquent, la qualité pour agir peut à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l’importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d’atteindre cet objectif dans le contexte de l’affaire.

Un juge qui constate l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police devrait, s’il estime qu’il est dans l’intérêt de la justice de donner avis de l’instance dans laquelle ce privilège a été revendiqué, afficher dans un lieu public — idéalement sur support papier au palais de justice ainsi que par voie électronique dans Internet — un avis adressé à toutes les parties intéressées. Le plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias.

La décision d’afficher un avis concernant l’instance relève de la discrétion du juge. En d’autres termes, nul n’a le droit, d’ordre constitutionnel ou autre, d’être informé de toutes les instances dans lesquelles est revendiqué le privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est ainsi pour une raison bien pratique : il n’y a pas de différence réelle, s’agissant du principe de la publicité des débats judiciaires, entre une situation où il existe un privilège relatif aux indicateurs de police et toute autre situation où une partie de l’instance est tenue à huis clos, soit parce que la victime d’agression sexuelle est un enfant, soit parce que le privilège du secret professionnel de l’avocat a été invoqué. Il ne serait ni praticable ni raisonnable de s’attendre à ce que, chaque fois qu’il procède à huis clos, le juge ait l’obligation de publier un avis d’instance tenue à huis clos et d’inviter tout un chacun à présenter des observations sur l’opportunité du huis clos. Le juge ne devrait pas non plus choisir les intervenants « dignes ».

Le juge conserve plutôt le pouvoir discrétionnaire de décider s’il doit ou non donner avis au

52

53

54

camera proceeding involving informer privilege. The exercise of the discretion will depend on the circumstances, such as whether the holder of the privilege is present and plays an active role in court, for instance, as was the case here. Whether the judge issues notice, or (as can certainly happen) the media independently learns of the existence of the *in camera* proceeding, the next step in the procedure is to hear submissions to determine the extent of the need for *in camera* proceedings. It is at this point that the media is granted standing to present arguments on how informer privilege can be respected with minimal effect on the open court principle.

55 The question that the judge must ask is this: is a totally *in camera* proceeding justified on the basis that only an *in camera* proceeding will properly protect the informer privilege, or will sufficient protection be possible via other means, such as a partial *in camera* proceeding, or some other option? The guiding rule at this stage should always remain the following: the judge must accommodate the open court principle to as great an extent possible without risking a breach of the informer privilege. This rule is meant to protect informer privilege absolutely while minimally impairing the open court principle.

56 At this point in the proceeding, the persons with standing — which will now include the Attorney General, the confidential informer, and media representatives — will make submissions on how that rule will play out in the circumstances of each case. The correct result will of course depend on the circumstances of each case, but certain parameters are clear. On the one extreme is a case which must be heard entirely *in camera*. On the other side would be a situation in which the facts of the proceeding are sufficiently remote from the confidential informer's status as an informer so that much of the proceeding could be heard in open court without disclosing any information that might tend to

public de la tenue à huis clos de l'instance faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera fonction des circonstances, par exemple si le titulaire du privilège est présent à l'audience et y intervient activement, comme cela s'est produit en l'espèce. Que le juge donne avis de l'audience à huis clos ou que les médias en apprennent l'existence autrement (ce qui peut certainement se produire), l'étape suivante consiste pour le juge à entendre les observations afin de déterminer dans quelle mesure une audience à huis clos est nécessaire. C'est à cette étape que les médias obtiennent l'autorisation de présenter des observations sur la façon d'assurer le respect du privilège relatif aux indicateurs de police tout en portant atteinte le moins possible au principe de la publicité des débats judiciaires.

Le juge doit se demander s'il est justifié d'imposer le huis clos à l'ensemble de la procédure parce que seul le huis clos permettra d'assurer le respect adéquat du privilège relatif aux indicateurs de police, ou s'il est possible d'offrir une protection suffisante par d'autres moyens, notamment en tenant une partie de l'instance à huis clos. Le principe directeur à cette étape devrait toujours rester le suivant : le juge doit favoriser dans toute la mesure possible la publicité des débats judiciaires sans risquer une violation du privilège relatif aux indicateurs de police. Ce principe vise à assurer le respect absolu du privilège relatif aux indicateurs de police tout en limitant l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

À cette étape de l'instance, les personnes ayant qualité pour agir — au nombre desquelles figurent désormais le procureur général, l'indicateur confidentiel et les représentants des médias — présentent des observations sur l'application de ce principe directeur compte tenu des faits de l'espèce. Le résultat retenu dépendra évidemment des faits de l'espèce, mais certains paramètres sont clairs. À la limite, il est possible que l'affaire doive être entendue entièrement à huis clos. Ou à l'opposé, il est possible que le lien entre les faits de l'affaire et le statut d'indicateur confidentiel de l'indicateur soit suffisamment tenu pour que l'audience se déroule dans une large mesure en public sans risque de

reveal his or her identity. In the most extreme case, perhaps no *in camera* proceedings would be necessary, and the informer might be able to be present in open court, hidden behind a screen. In the middle lies what I think will be the typical case, in which some of the proceedings — in particular any parts in which the informer's identity might be revealed — are heard *in camera* and other aspects — those in which there will be no risk of disclosure of the informer's identity, likely including many legal arguments — are heard in open court.

It is impossible to determine in the abstract how the two principles will be met; judges must use their judgment in following the guidelines set out above, ensure that the identity of an informer is always protected, and attempt to promote open courts within that framework.

One issue which must be addressed is this: as noted, whether through notice or through their own resourcefulness, media groups may from time to time appear to make submissions on the proper procedure to use in a given case. In such a situation, what materials may be given to the media in order to allow them to make submissions? As in the case of the *amicus curiae* discussed above (at para. 48), the judge must be extremely careful in the information that is given to the media. The information must be limited only to non-identifying information which provides a general basis from which the media can argue to what extent the proceeding can be heard in open court; no identifying information can be given to the media under any circumstances. This would constitute a breach of the informer privilege and is outside the authority of the judge. At this stage minimal information should be given, that is, only that which is essential to make a legal argument of assistance to the judge.

communication de renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur. Dans le cas le plus extrême, il pourrait ne pas être nécessaire du tout de procéder à huis clos, et l'indicateur de police pourrait même assister à l'audience publique, caché derrière un écran. Entre ces deux situations opposées se trouve, à mon avis, le cas typique, c'est-à-dire le cas où l'instance se déroule en partie à huis clos — notamment pour les parties comportant un risque de dévoiler l'identité de l'indicateur —, et en partie en audience publique — notamment lorsqu'il n'existe pas de possibilité que l'identité de l'indicateur soit dévoilée, vraisemblablement pendant la présentation de nombreux arguments juridiques.

Il est impossible de savoir, dans l'abstrait, comment ces deux principes seront respectés; les juges doivent appliquer les principes directeurs susmentionnés avec discernement, veiller à ce que l'identité de l'indicateur de police soit toujours protégée et tenter de favoriser la publicité des débats judiciaires dans ce contexte.

Une question se pose : à la suite d'un avis ou par leurs propres moyens, les médias peuvent à l'occasion apprendre la tenue d'une audience et s'y présenter pour faire des observations sur la procédure à suivre dans un cas donné. Le cas échéant, quels documents peuvent être remis aux médias pour leur permettre de présenter des observations? Comme dans le cas de l'*amicus curiae* dont il est question ci-dessus (au par. 48), le juge doit faire preuve d'une extrême prudence pour ce qui est des renseignements fournis aux médias. L'information doit se limiter aux seuls renseignements qui ne permettent pas d'identifier l'indicateur et qui peuvent servir de fondement général à leurs observations sur la mesure dans laquelle les débats seront publics; aucun renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur ne peut être communiqué aux médias en aucun cas. Il s'agirait d'une violation du privilège relatif aux indicateurs de police et une telle décision ne relève pas du juge. À cette étape, il faut transmettre le moins de renseignements possibles, seuls ceux qui sont essentiels à la formulation d'arguments juridiques utiles au juge.

57

58

59

Moreover, circumstances may arise in which this information should be given not to the actual members of any media organizations who may wish to make submissions, but rather to their counsel only, as officers of the court. Since the information released will always be limited to non-identifying information, in some cases there may be no great harm in allowing members of the media themselves to see this information. However, this must remain within the discretion of the judge, as it is possible that the sensitivity of the information is such that the only way to ensure protection of the privilege is to insist that the information not be disclosed beyond counsel. In such a case, the media counsel will be given access only by agreeing to be bound by a court order not to disclose this information to their clients or to anyone else pending the court's decision on the extent of the *in camera* coverage. Of course, since media counsel cannot be forced to take information without revealing it to the media itself — as this would be a breach of counsel's obligation to their clients — allowing counsel to view this information on a limited basis must be accepted by the media in consultation with their counsel.

60

An example of the proper procedure at this stage was set out by the Ontario Court of Appeal in its recent decision in *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321. The court described its procedure as follows, at paras. 68-69:

When we reached the point in argument where counsel could no longer make submissions without public disclosure of some of the information over which a claim of privilege was asserted . . . before proceeding *in camera*, we ordered that the media be notified.

Counsel for *The Globe and Mail* and the *Toronto Star* appeared in response to that notice. At that point, it was not clear to us that we could publicly reveal the nature of the issue that confronted us without destroying the privilege claim, and we therefore made the following order:

We are prepared to disclose to counsel for the media representatives the legal category within which the

Qui plus est, dans certaines circonstances, il conviendrait de transmettre ces renseignements non pas aux membres eux-mêmes des médias qui souhaitent présenter des observations, mais plutôt à leurs avocats seulement, en leur qualité d'officiers de justice. Puisque les renseignements transmis se limiteront toujours à ceux qui ne permettent pas l'identification de l'indicateur, il pourrait ne pas être préjudiciable dans certains cas de permettre aux membres des médias eux-mêmes de prendre connaissance de ces renseignements. Toutefois, le juge conserve son pouvoir discrétionnaire à cet égard, puisqu'il est possible que le seul moyen de protéger le privilège, du fait de la nature délicate des renseignements, soit de limiter leur communication aux avocats seulement. Le cas échéant, pour avoir accès aux renseignements, les avocats des médias devront accepter d'être liés par une ordonnance judiciaire de non-communication des renseignements à leurs clients ou à toute autre personne jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la portée du huis clos. De toute évidence, puisque les avocats des médias ne peuvent être contraints de recevoir des renseignements sans les communiquer aux médias eux-mêmes — il s'agirait d'un manquement à l'obligation des avocats envers leurs clients — les médias, après consultation de leurs avocats, devraient accepter que leurs avocats prennent connaissance des renseignements dans une mesure limitée.

Dans sa décision récente dans *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario a donné un exemple de la procédure applicable à cette étape. Elle en a donné la description suivante, aux par. 68-69 :

[TRADUCTION] Lorsqu'il n'a plus été possible pour les avocats de poursuivre les plaidoiries sans rendre publics certains des renseignements visés par le privilège revendiqué, [. . .] avant de poursuivre l'audition à huis clos, nous avons ordonné qu'un avis soit donné aux médias.

Les avocats de *The Globe and Mail* et du *Toronto Star* ont comparu à la suite de la publication de l'avis. Incertains à ce moment si nous pouvions révéler la nature de la question dont nous étions saisis sans porter atteinte au privilège revendiqué, nous avons rendu l'ordonnance suivante :

Nous sommes disposés à dévoiler aux avocats des représentants des médias la catégorie juridique visée

disclosure issue arises, provided that counsel make an undertaking that they will not disclose this information to anyone, including their clients, pending further order of the court.

The reason for this order is to enable counsel for the media to receive information to consider whether to make submissions on whether the hearing on this issue should proceed *in camera*.

As I noted above, this is a fact-sensitive determination that will depend on the particulars of each case. But the Court of Appeal's procedure in *Dell* — as set out in the form of order reproduced in the excerpt — is a laudable example of how to accommodate the open court principle in light of the clear prohibition on publication arising out of the informer privilege. Hopefully this example, along with the general guidelines set out above, will be of assistance to courts faced with a similar problem.

IV. Application to the Case at Bar

Given the detailed description of the ideal procedure to be followed in a case such as this, an in-depth review of the facts is not necessary. This was a difficult case concerning a novel area of the law. The extradition judge dealt with the issues as best he could. But he erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach set out in these reasons. Three errors in particular deserve special comment.

The appointment of the *amicus curiae* was not warranted: as I noted above, there is no justification for the appointment of an *amicus* to assist in legal matters, because — as in any trial situation — the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the extradition judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge's obligation to protect the information covered by informer privilege and with the particular mandate given.

par la question de communication, à la condition que les avocats s'engagent à ne communiquer ces renseignements à personne, ni même à leurs clients, jusqu'à ce que le tribunal l'autorise.

Cette ordonnance doit permettre aux avocats des médias de prendre connaissance de renseignements qui leur permettront de décider s'ils veulent présenter des observations sur l'opportunité de tenir à huis clos l'audition relative à cette question.

Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'une décision fondée sur les faits de l'espèce. Or, dans l'arrêt *Dell*, la procédure établie par la Cour d'appel — reproduite sous forme d'ordonnance dans l'extrait — constitue un bon exemple de la démarche à suivre pour arriver à concilier le principe de la publicité des débats judiciaires et l'interdiction manifeste de publication inhérente au privilège relatif aux indicateurs de police. Souhaitons que cet exemple ainsi que les principes généraux énoncés ci-dessus seront utiles aux tribunaux aux prises avec un problème semblable.

IV. Application en l'espèce

Compte tenu de la description détaillée de la démarche idéale à suivre dans une cause comme celle-ci, l'examen approfondi des faits n'est pas nécessaire. Il s'agissait d'une affaire difficile concernant un point de droit nouveau. Le juge d'extradition a tranché ces questions du mieux qu'il pouvait, mais il a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu'il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche exposée dans les présents motifs. J'estime utile de faire des observations concernant trois erreurs en particulier.

La nomination de l'*amicus curiae* n'était pas justifiée; comme je l'ai déjà mentionné, rien ne justifie la nomination d'un *amicus curiae* pour présenter des observations concernant des questions juridiques, parce que — comme dans tous les procès — il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l'*amicus curiae*.

61

62

63

64 A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to media counsel. Notice was given by the extradition judge to “certain known and respected lawyers for the various media outlets” identified by the *amicus* (para. 28). This practice cannot be supported, as it unfairly and arbitrarily privileged certain members of the media on the basis of the judge’s or the *amicus*’ views. As noted above, the notice to media, if given, ought to be justified, and made in a public manner available to all interested parties.

65 A third error was the extradition judge’s handling of the material covered by informer privilege. Of course, the treatment of this material stemmed from the erroneous conclusion that informer privilege was not absolute; this conclusion was wrong as illustrated by the discussion of the law of informer privilege above. The extradition judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied; the extradition judge had no discretion to attempt to determine if the underlying rationales of the privilege were present in this case or if the risk to the Named Person justified the privilege. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, as shown above, the Named Person did not waive the privilege by coming forward to rely on it. Had the extradition judge correctly determined the privilege issue, the handling of the privileged material might have been performed properly. Neither the media nor their counsel should have been granted access to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their submissions at the second stage, i.e. after the existence of the privilege had been accepted.

Deuxièmement, le juge d’extradition a commis une erreur en donnant un avis aux avocats des médias, soit à [TRADUCTION] « certains avocats connus et respectés de divers médias » identifiés par l’*amicus curiae* (par. 28). Cette pratique ne peut être tolérée puisqu’elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l’*amicus curiae*. Je le répète, l’avis aux médias, le cas échéant, doit être justifié et doit être rendu public de manière à ce que toutes les parties intéressées y aient accès.

La manière dont le juge d’extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. De toute évidence, il a réservé un tel traitement à ces documents parce qu’il a conclu à tort que le privilège relatif aux indicateurs de police n’était pas absolu; cette conclusion était erronée comme il ressort de l’examen ci-dessus du droit applicable au privilège relatif aux indicateurs de police. C’est à huis clos et en l’absence des médias que le juge d’extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait; le juge d’extradition n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de déterminer s’il existait en l’espèce des motifs justifiant le privilège ou si le risque auquel s’exposait la personne désignée justifiait le privilège. En sa qualité d’indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu’offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, comme je l’ai indiqué, la personne désignée n’a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. S’il avait tranché correctement la question du privilège, le juge d’extradition aurait peut-être traité adéquatement les documents protégés par le privilège. En aucun temps les médias et leurs avocats n’auraient dû obtenir l’accès à ces documents protégés et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d’identifier l’indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, c’est-à-dire une fois reconnue l’existence du privilège.

V. Disposition

For the reasons set out above, the appeal should be allowed, and the extradition judge's order granting disclosure to selected media representatives and their counsel set aside.

English version of the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

I have read the reasons of my colleague Bastarache J. and, although I agree with many of his comments on the issues and on the outcome of this appeal, I am unable to agree with certain fundamental elements of his analysis. In particular, I disagree with him on the interpretation to be given to the common law rule relating to informer privilege. According to my colleague, the duty of confidentiality flowing from informer privilege means that the trial judge has no power whatsoever to authorize or order the disclosure of any evidence that might tend to identify a police informer. In his view, there is only one exception to this rule — innocence at stake — that is, where disclosure of such evidence is necessary to establish the innocence of the accused. With respect, an interpretation of the rule as “absolute” as this is unnecessary. In his interpretation of the privilege, Bastarache J. fails to give due consideration to the purpose of this judge-made rule of confidentiality: to promote the proper administration of justice. This purpose should instead lead to the conclusion that a trial judge always retains a residual discretion to decline to apply the rule of confidentiality if the judge is satisfied that this would better serve the administration of justice or that the party relying on the rule is seeking to divert it from its purpose to his or her own advantage.

My colleague also fails to give due consideration to the constitutional status of the open court

V. Décision

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance du juge d'extradition accordant la communication de renseignements à certains représentants des médias et à leurs avocats.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

I. Introduction

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Bastarache. Bien que je reconnaisse le bien-fondé de beaucoup de ses commentaires sur les questions en litige et sur le sort du présent appel, je ne peux souscrire à certains éléments fondamentaux de son analyse. En particulier, je ne partage pas son avis quant à l'interprétation à donner à la règle de common law relative au privilège de l'indicateur de police. Selon mon collègue, l'obligation de confidentialité créée par ce privilège prive complètement le juge du procès du pouvoir d'autoriser ou d'ordonner la communication de tout élément de preuve susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police. Cette règle ne connaîtrait qu'une seule exception — la démonstration de l'innocence — soit lorsque la communication d'une telle preuve s'avère nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé. Avec égards pour l'opinion contraire, une interprétation aussi « absolue » de cette règle ne s'impose pas. La conception du privilège proposée par le juge Bastarache ne tient pas suffisamment compte de la finalité de ce principe de confidentialité d'origine prétorienne, soit celle de favoriser la bonne administration de la justice. Cette finalité doit plutôt nous conduire à reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'appliquer la règle de la confidentialité lorsqu'il est convaincu que l'administration de la justice serait mieux servie de cette manière ou que la partie qui l'invoque cherche à la détourner de sa finalité pour son propre avantage.

De plus, la position de mon collègue ne tient pas suffisamment compte du statut constitutionnel du

66

67

68

principle. As a result of this status, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the open court principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine) intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. Had the extradition judge not erred in law by ordering a more extensive disclosure than was necessary, my view would have been that this exercise of discretion should not be interfered with and that members of the media should be allowed to make a meaningful contribution to the adversarial proceeding in which they have been invited to participate.

69 Finally, I am unable to agree with my colleague regarding the procedure the trial judge must follow in inviting members of the media to take part in the proceedings. I also disagree with him on the limits the court must place on the role of an *amicus curiae* in cases where it considers the appointment of an *amicus* to be necessary in order, *inter alia*, to preserve the adversarial nature of court proceedings and protect the public interest in having them conducted properly.

II. Judicial History

70 Although my colleague has already set out the procedural history of this case, I would nevertheless add a few comments on this subject in order to delineate more precisely the issues this Court must resolve and to better understand the particular difficulties the extradition judge faced in this case.

71 This appeal is incidental to an extradition proceeding in which the opposing parties are, on the

principe de la publicité des débats judiciaires. En raison de ce statut, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe susmentionné de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. En l'espèce, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. J'aurais été d'avis de ne pas intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, si le juge d'extradition n'avait pas commis une erreur de droit en ordonnant une communication plus étendue que nécessaire, afin de permettre aux médias de participer utilement au débat contradictoire auquel ils étaient conviés.

Enfin, je ne saurais souscrire aux propositions de mon collègue au sujet de la procédure que doit suivre le juge du procès afin d'inviter les médias à participer aux débats judiciaires. Je ne suis pas non plus d'accord avec lui quant aux limites que le tribunal doit imposer au rôle de l'*amicus curiae* dans les cas où il estime sa nomination nécessaire, notamment pour préserver le caractère contradictoire du débat judiciaire et sauvegarder l'intérêt du public dans la bonne marche de celui-ci.

II. Historique procédural

Bien que mon collègue ait exposé le contexte procédural de la présente affaire, je me permettrai néanmoins d'ajouter quelques commentaires à ce sujet. Ce rappel permettra de cerner plus exactement les questions précises auxquelles notre Cour doit répondre et de mieux comprendre les difficultés particulières auxquelles le juge d'extradition a fait face dans ce dossier.

Le présent pourvoi représente un incident d'une procédure d'extradition opposant la personne

one hand, the appellant Named Person and, on the other hand, the appellant Attorney General of Canada, who is acting on behalf of a requesting state. In the course of that extradition proceeding, the Named Person indicated that he intended to invoke s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to apply for a stay of the proceeding on the ground that the requesting state had violated certain of his fundamental *Charter* rights (the “stay of proceedings application”). In support of that claim, the Named Person applied to the extradition judge for an order that the Attorney General of Canada disclose certain evidence to him (the “disclosure application”). He also made a further application to have the disclosure application heard *in camera* (the “*in camera* application”). The *in camera* application resulted in four interlocutory judgments.

In the first of these interlocutory judgments, the extradition judge appointed an *amicus curiae*. He considered the appointment of an *amicus* to be necessary to ensure that he heard adequate submissions on the *in camera* application from all relevant points of view, since the appellant Attorney General of Canada, far from contesting the application, had instead decided to support it. To enable the *amicus curiae* to make informed submissions, the extradition judge also considered it essential to order that the *amicus* be provided with transcripts of all the hearings held up to that time, as well as all with the documents the Named Person was relying on in support of the disclosure application and the *in camera* application. None of the parties contested the appointment of the *amicus curiae* or tried to appeal this interlocutory judgment.

After reviewing the evidence in the record and doing the necessary legal research, the *amicus curiae* concluded that the difficult questions of law and fact raised by the *in camera* application would be best addressed by means of a genuine adversarial proceeding. However, he felt that adequate safeguards would have to be put in place to protect the informer’s identity pending a decision on this application. Being of the view that he could not

désignée appelante au procureur général du Canada appellant, lequel agit pour le compte d’un État requérant. Dans le cadre de cette procédure, l’appelante a manifesté l’intention d’invoquer le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de demander le sursis de la procédure d’extradition, au motif que l’État requérant aurait violé certains des droits fondamentaux que lui garantit la *Charte* (la « requête pour sursis des procédures »). À l’appui de cette prétention, la personne désignée a présenté une requête au juge d’extradition pour qu’il ordonne au procureur général du Canada de lui communiquer certains éléments de preuve (la « requête pour communication de la preuve »). Elle a aussi présenté une autre requête demandant que la requête pour communication de la preuve soit entendue à huis clos (la « requête pour huis clos »). Cette dernière requête a donné lieu à quatre jugements interlocutoires.

Par le premier de ces jugements interlocutoires, le juge d’extradition a nommé un *amicus curiae*. Il a jugé cette nomination nécessaire pour obtenir un exposé adéquat de tous les points de vue pertinents sur la requête pour huis clos, étant donné que, loin de s’y opposer, le procureur général du Canada a plutôt décidé de l’appuyer. Afin de permettre à l’*amicus curiae* de présenter des observations éclairées, le juge d’extradition a aussi cru indispensable d’ordonner que l’on remette à celui-ci la transcription de toutes les audiences tenues jusque-là, ainsi que l’ensemble des documents sur lesquels la personne désignée appuyait ses requêtes pour communication de la preuve et pour huis clos. Aucune des parties n’a alors contesté la nomination de l’*amicus curiae* ni tenté d’appeler de ce jugement interlocutoire.

Après avoir pris connaissance de la preuve au dossier et fait les recherches juridiques nécessaires, l’*amicus curiae* a conclu que la tenue d’un véritable débat contradictoire constituerait la meilleure façon de trancher les difficiles questions juridiques et factuelles soulevées par la requête pour huis clos. Selon l’*amicus curiae*, il faudrait toutefois que des mécanismes adéquats de protection de l’identité de l’indicateur soient mis en

72

73

himself argue one position or the other in this proceeding, the *amicus curiae* recommended that the extradition judge invite certain lawyers representing media outlets (“media counsel”) to take part in the proceeding on the *in camera* application. These lawyers would have to be respected members of the legal community who had participated in past proceedings involving publication bans. Moreover, they should be authorized to participate in this proceeding only after having given appropriate undertakings of confidentiality, and only after the extradition judge had made the necessary orders to protect the identity of the Named Person.

place avant le jugement sur cette requête. Estimant qu’il ne pourrait pas lui-même défendre une thèse plutôt qu’une autre dans ce débat, l’*amicus curiae* a recommandé au juge d’extradition d’inviter certains avocats représentant des médias (les « avocats des médias ») à participer aux débats sur la requête pour huis clos. Ces avocats devraient être des membres respectés de la communauté juridique ayant déjà participé à des procédures portant sur des interdictions de publication. Ils ne devraient par ailleurs être autorisés à participer aux débats judiciaires qu’après avoir fourni des engagements de confidentialité adéquats, et une fois seulement que le juge d’extradition aurait rendu les ordonnances requises pour protéger l’identité de la personne désignée.

74 Although both appellants opposed such an invitation, the extradition judge decided to implement the *amicus curiae*’s recommendations and send a notice to certain media counsel he himself had selected. The appellants had also made submissions concerning the conditions of the invitation to be extended to media counsel and their participation. The extradition judge then decided on a very limited disclosure of facts to media counsel who chose to take part in the proceedings, and also held that this disclosure would be made only after they had signed undertakings of confidentiality. None of the parties attempted to appeal this second interlocutory judgment.

Sur la base de ces recommandations, et malgré l’opposition des deux appelants à une telle invitation, le juge d’extradition a décidé de donner suite aux recommandations de l’*amicus curiae* et de faire parvenir un avis à certains avocats des médias qu’il avait lui-même choisis. Les modalités de l’invitation lancée aux avocats des médias et leur participation avaient, elles aussi, fait l’objet d’observations par les appelants. Le juge d’extradition a alors décidé que des faits très limités seraient communiqués aux avocats des médias s’ils choisissaient de participer aux procédures, et cela seulement après que ceux-ci auraient signé des engagements de confidentialité. Aucune des parties n’a tenté de porter en appel ce deuxième jugement interlocutoire.

75 Certain media counsel agreed to take part in the proceeding under the rigorous conditions imposed by the extradition judge. The extradition judge then acceded to the appellants’ joint application to first decide, in a separate proceeding, the issue of his power to decline to order an *in camera* proceeding. Following an adversarial proceeding in which counsel for the media took part, the extradition judge ruled that there was no common law rule requiring him to order an *in camera* proceeding (the “no absolute bar ruling”). Once again, none of the parties attempted to appeal this third interlocutory judgment.

Certains avocats des médias ont accepté de participer aux débats judiciaires conformément aux conditions rigoureuses imposées par le juge d’extradition. Ce dernier a alors accepté la demande conjointe des appelants de trancher au préalable, dans une procédure séparée, la question de son pouvoir de refuser le huis clos. Au terme d’un débat contradictoire auquel ont participé des avocats des médias, le juge d’extradition a jugé qu’aucune règle de common law ne l’obligeait à ordonner le huis clos (la [TRADUCTION] « décision sur l’absence d’interdiction absolue »). Encore une fois, aucune des parties n’a tenté d’interjeter appel de ce troisième jugement interlocutoire.

After the third decision, media counsel applied to have additional evidence disclosed to them. They argued that this disclosure was necessary to enable them to make a meaningful contribution to the legal proceeding on the *in camera* application. The appellants vigorously opposed the application, but the extradition judge ruled that the media representatives and their counsel should have access to the same documents as the *amicus curiae* (the “documents in issue”). Only this fourth interlocutory judgment was appealed to this Court ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805).

This brief account of the proceedings giving rise to this appeal serves to delineate more precisely the issues this Court must resolve. It should be borne in mind that what this Court must do is not to determine the outcome of the *in camera* application. Rather, we must decide whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to media counsel. Should we conclude that he did not err in doing so, we will then have to ask whether he erred in authorizing media counsel to give the information in these documents to certain media representatives — whom he himself had selected — after each of them had signed an undertaking of confidentiality.

In deciding these two issues, we must bear in mind the precise limits that were to apply to the disclosure of the documents in issue under the terms of the extradition judge’s order. The judge carefully circumscribed this disclosure. The documents were to be disclosed to a short list of lawyers he himself had selected. Moreover, the order authorized designated media representatives to review the documents and evidence only in the presence of their counsel. They were prohibited from taking away copies of these materials. Any dissemination of any information obtained from them was strictly prohibited, and the media

Après cette troisième décision, les avocats des médias ont présenté une requête demandant qu’on leur communique des éléments de preuve supplémentaires. Selon eux, cette communication devenait nécessaire afin de leur permettre de participer utilement aux débats judiciaires sur la requête pour huis clos. Les appelants se sont vigoureusement opposés à cette demande, mais le juge d’extradition a statué que les représentants des médias, ainsi que leurs avocats, devaient avoir accès aux mêmes documents que l’*amicus curiae* (les « documents en litige »). Seul ce quatrième jugement interlocutoire a été porté en appel devant notre Cour ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805).

Ce bref historique des procédures à l’origine du présent pourvoi permet de mieux cerner les questions précises dont notre Cour est saisie. Ainsi, il est important de garder à l’esprit qu’il ne s’agit pas pour notre Cour de préjuger du sort de la requête pour huis clos. Nous avons plutôt à décider si le juge d’extradition a commis une erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux avocats des médias. Si nous concluons qu’il n’a pas fait erreur à cet égard, nous devons alors nous demander si le juge d’extradition a commis une erreur en permettant aux avocats des médias de remettre les informations contenues dans ces documents à certains représentants des médias, choisis par lui, après la signature d’un engagement de confidentialité par chacun d’entre eux.

Afin de trancher ces deux questions, il faut par ailleurs se rappeler les limites exactes à l’intérieur desquelles le juge d’extradition a ordonné que s’effectue la communication des documents en litige. Le juge a soigneusement encadré cette communication. Celle-ci se faisait à une liste restreinte d’avocats qu’il avait lui-même choisis. Ensuite, l’ordonnance permettait à des représentants désignés des médias d’examiner les documents et la preuve uniquement en présence de leurs avocats. Il leur était alors interdit d’emporter des copies de ces documents. Toute diffusion des informations ainsi obtenues demeurait strictement interdite.

76

77

78

representatives had to sign written undertakings to this effect. I think it will be helpful to reproduce the order in question:

THIS COURT ORDERS that

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maconachie, [and] Michael A. Skene . . . (the “Media Counsel”) are entitled to review copies of:
 - (a) all information and material provided to *amicus curiae* in the *in camera* proceedings;
 - (b) all transcripts of the *in camera* proceedings related to the Named Person’s disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;
 - (c) any and all Orders made by the Honourable . . . in the *in camera* proceedings related to the Named Person’s disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;
 - (d) all arguments advanced *in camera* by *amicus curiae*, counsel for the Named Person, and counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State
(the “Relevant Information and Documentation”) at the courthouse in . . .
2. Upon payment by Media Counsel of an appropriate fee for photocopying, counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State must:
 - (a) edit copies of the Relevant Information and Documentation to delete reference to the Named Person’s name and the court file identifying the extradition proceedings in which he is named (the “Edited Relevant Information and Documentation”); and

D’ailleurs, les représentants des médias devaient souscrire des engagements écrits à cet effet. De toute manière, je crois utile de reproduire les termes exacts de l’ordonnance en question :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maconachie [et] Michael A. Skene [. . .] (les « avocats des médias ») sont autorisés à examiner des copies des éléments d’information suivants :
 - a) tous les documents et renseignements fournis à l’*amicus curiae* dans le cadre des procédures à huis clos;
 - b) la transcription de toutes les procédures à huis clos tenues jusqu’ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d’obtenir communication de la preuve et à la demande d’arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n’ont pas participé;
 - c) toutes les ordonnances rendues par le juge [. . .] dans le cadre des procédures à huis clos tenues jusqu’ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d’obtenir communication de la preuve et à la demande d’arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n’ont pas participé;
 - d) tous les arguments présentés à huis clos par l’*amicus curiae*, l’avocat de la personne désignée et l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant;
(les « Documents et renseignements pertinents ») au palais de justice de . . .
2. Dès que les avocats des médias auront payé les frais de photocopie exigibles, l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant,
 - a) doit réviser les copies des Documents et renseignements pertinents afin d’en supprimer toute mention du nom de la personne désignée ou du dossier judiciaire identifiant les procédures d’extradition et où figure le nom de cette personne (les « Documents et renseignements pertinents épurés »); et

- (b) supply Media Counsel with copies of the Edited Relevant Information and Documentation.
3. Upon payment by Media Counsel of appropriate fees, the Supreme Court of British Columbia Registries must supply Media Counsel with copies of any Edited Relevant Information and Documentation not available from counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State.
4. Upon the filing and acceptance of undertakings, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams, and Steve Pasternak (the “Media Representatives”) are entitled to review the Relevant Information and Documentation on terms that:
- (a) the Media Representatives may review the Relevant Information and Documentation only in the presence of one or more of the Media Counsel;
- (b) the Media Representatives must not copy or otherwise create any permanent record of the Relevant Information and Documentation;
- (c) the disclosure of the Relevant Information and Documentation to the Media Representatives will be subject to the court order upon which the Media Counsel have to date received and will in future receive information and documents, altered as necessary to reflect their status as Media Representatives.
5. Until further Order of the Court:
- (a) the Media Counsel may inform the Media Representatives only of paragraphs 1, 2, 3, 4, 5, and 6 of this Order;
- (b) there must be no publication by the media represented by the Media Representatives of that information given to them by the Media Counsel.
6. The Named Person’s disclosure application and paragraphs 1, 2, 3, and 4 of this Order be and are hereby stayed for a period of up to 60 days pending determination by the parties of an intention to appeal this Order.
7. This Order be and is hereby sealed until further Order of the Court.
- b) doit fournir aux avocats des médias des copies des Documents et renseignements pertinents épurés.
3. Dès que les avocats des médias auront payé les frais exigibles, le greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique doit leur fournir des copies de tous Documents et renseignements pertinents épurés qui ne peuvent être obtenus de l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant.
4. Dès que leurs engagements seront déposés et acceptés, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams et Steve Pasternak (les « représentants des médias ») pourront examiner les Documents et renseignements pertinents aux conditions suivantes :
- a) les représentants des médias ne peuvent examiner les Documents et renseignements pertinents qu’en présence d’un avocat des médias;
- b) il est interdit aux représentants des médias de copier les Documents et renseignements pertinents ou d’en constituer autrement un dossier permanent;
- c) la communication aux représentants des médias des Documents et renseignements pertinents est assujettie à l’ordonnance de la cour suivant laquelle les avocats des médias ont obtenu jusqu’ici et recevront dans le futur des documents et renseignements, adaptée pour tenir compte de la qualité des représentants des médias.
5. Jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour,
- a) les avocats des médias ne peuvent informer les représentants des médias que des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 6 de la présente ordonnance;
- b) il est interdit aux médias représentés par les représentants des médias de publier les renseignements qui leur sont fournis par les avocats des médias.
6. La requête pour communication de la preuve présentée par la personne désignée et l’exécution des paragraphes 1, 2, 3 et 4 de la présente ordonnance sont suspendues pour une période maximale de 60 jours en attendant que les parties décident si elles vont ou non faire appel de la présente ordonnance.
7. La présente ordonnance est mise sous scellés jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour.

8. This Order is subject to variation by Order of the Court on application by any party or *ex mero motu*.

III. Applicable Legal Principles

79

I will now summarize the legal principles relevant to the issue before discussing how they should be applied here. Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. In his reasons, my colleague recognizes the fundamental importance of these principles to the proper administration of justice, but he concludes that informer privilege must always prevail over the open court principle where holding proceedings in public might tend to identify a police informer.

80

In my opinion, such an interpretation of the scope of informer privilege cannot be reconciled with either the constitutional nature of the open court principle or the principles of public policy on which informer privilege is based. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires a more refined examination than a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute. Such an assertion does not suffice either to guide or to settle the debate that will then have to be held to determine how to apply the rule of confidentiality. In such a case, it will at the very least be necessary to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. It is difficult to hold a debate such as this in the abstract, without knowledge of the context. This means that, if a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, it would appear to be more consistent with the applicable legal principles for the judge to retain the discretion to authorize or order — where he or she considers this necessary — the disclosure of information that might tend to

8. La cour peut modifier la présente ordonnance à la demande de toute partie ou de sa propre initiative.

III. Les principes juridiques applicables

Je vais maintenant résumer les principes juridiques applicables à la question, puis exposer comment ils devraient être mis en œuvre en l'espèce. Deux principes s'opposent ici : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'opinion de mon collègue reconnaît leur importance fondamentale pour la bonne administration de la justice, mais il conclut que le principe de la publicité des débats judiciaires doit toujours céder devant le privilège lorsque la tenue de procédures publiques risquerait d'entraîner l'identification d'un indicateur de police.

À mon avis, une telle interprétation de la portée du privilège de l'indicateur de police n'est pas conciliable avec le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, non plus qu'avec les principes de politique d'intérêt général justifiant l'existence du privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige des aménagements plus fins que la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège. Cette affirmation ne permet pas à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion qui devient alors nécessaire pour déterminer comment s'appliquera la règle de la confidentialité. Il faut au moins débattre, le cas échéant, des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. De tels débats peuvent difficilement se dérouler dans l'abstrait, sans aucun contexte. Dans cette perspective, afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, il paraît plus conforme aux principes juridiques applicables de reconnaître que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou

identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information.

A. *Open Court Principle*

(1) The Principle and the Rationale for It

The open court principle is now well established in Canadian law. This Court has on numerous occasions confirmed the fundamental importance and constitutional nature of this principle (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122). In general terms, the open court principle implies that justice must be done in public. Accordingly, legal proceedings are generally open to the public. The hearing rooms where the parties present their arguments to the court must be open to the public, which must have access to pleadings, evidence and court decisions. Furthermore, as a rule, no one appears in court, whether as a party or as a witness, under a pseudonym.

For centuries, the importance of the open court principle has been recognized at common law. Various justifications have been given for it. The oldest of these is probably the connection made between openness and the pursuit of truth. For

d'ordonner — lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire — que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information.

A. *Le principe de la publicité des débats judiciaires*

(1) Le principe et ses justifications

Le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant bien établi en droit canadien. Notre Cour a d'ailleurs eu l'occasion d'en confirmer à maintes reprises l'importance fondamentale et le caractère constitutionnel (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122). Défini d'une manière générale, le principe de la publicité des débats judiciaires implique que la justice doit être rendue publiquement. En conséquence, les débats judiciaires eux-mêmes sont en général ouverts au public. La salle d'audience où les parties plaident devant le tribunal leurs prétentions respectives doit en effet être ouverte au public et ce dernier doit avoir accès aux actes de procédure, éléments de preuve et décisions judiciaires. Par ailleurs, en principe personne ne comparaît devant les tribunaux, que ce soit comme partie ou comme témoin, sous un pseudonyme.

La common law reconnaît depuis des siècles l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Elle a donné des justifications diverses à cette règle. La plus ancienne est probablement celle qui lie la publicité à la recherche de la vérité.

81

82

example, Blackstone made the following comment in his *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, at p. 373:

This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk

In a similar vein, Wigmore made the following comment on the effect openness has on the quality of testimony:

Its operation in tending to *improve the quality of testimony* is two-fold. Subjectively, it produces in the witness' mind a disinclination to falsify; first, by stimulating the instinctive responsibility to public opinion, symbolized in the audience, and ready to scorn a demonstrated liar; and next, by inducing the fear of exposure of subsequent falsities through disclosure by informed persons who may chance to be present or to hear of the testimony from others present. Objectively, it secures the presence of those who by possibility may be able to furnish testimony in chief or to contradict falsifiers and yet may not have been known beforehand to the parties to possess any information.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, at pp. 435-36 (emphasis in original))

83

Another frequently proposed justification for the principle is that openness fosters the integrity of judicial proceedings (see in particular *Edmonton Journal*, at p. 1360 (*per* Wilson J.)). Thus, it has been argued that all participants in judicial proceedings will be further induced to conduct themselves properly if they know that they are under the watchful eye of the public. This is what led Bentham to state that “[p]ublicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity” (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Par exemple, on trouve la remarque suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, p. 373 :

[TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . .

(Cité par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, à la p. 1338.)

Dans le même sens, Wigmore commente ainsi l'effet de la publicité sur la qualité de la preuve testimoniale :

[TRADUCTION] Son effet dans l'amélioration de la qualité des témoignages est double. Subjectivement, elle suscite dans l'esprit du témoin une incitation à ne pas mentir; d'abord, en stimulant le sens instinctif de sa responsabilité envers l'opinion publique, symbolisée par l'auditoire prêt à mépriser un menteur reconnu; et ensuite, en éveillant la peur de la révélation ultérieure de ses mensonges, dénoncés par des personnes renseignées qui, par hasard, peuvent être présentes ou entendre parler du témoignage par d'autres personnes qui assistent à l'audience. Objectivement, elle assure la présence de personnes susceptibles de témoigner ou de contredire les témoignages erronés et dont les parties pouvaient ne pas savoir à l'avance qu'ils possédaient des renseignements.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, p. 435-436 (en italique dans l'original), cité par la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, à la p. 1358.)

Selon une autre justification, souvent proposée, la publicité des débats favorise l'intégrité des procédures judiciaires (voir notamment *Edmonton Journal*, à la p. 1360 (la juge Wilson)). On a ainsi souligné que tous les participants aux procédures judiciaires seront davantage incités à se conduire correctement s'ils savent qu'ils agissent sous l'œil attentif du public. C'est d'ailleurs ce qui faisait dire à Bentham que [TRADUCTION] « [I]a publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort et la meilleure des protections contre l'improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115, cité dans *Vancouver Sun*, par. 24).

Openness ensures both that justice is done and that it is seen to be done. For justice to be seen to be done is necessary to preserve public confidence in the administration of justice. Bentham is often quoted in support of this argument, too:

The effects of publicity are at their *maximum* of importance, when considered in relation to the judges; whether as insuring their integrity, or as producing public confidence in their judgments.

(J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), at p. 69 (emphasis in original))

This Court adopted a similar argument in *Vancouver Sun*:

Openness is necessary to maintain the independence and impartiality of courts. It is integral to public confidence in the justice system and the public's understanding of the administration of justice. Moreover, openness is a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts. [para. 25]

More recently, stress has been laid on the relationship between open courts and the promotion of democracy. (In my view, this is the justification that is most relevant in the case at bar.) The courts play a key role in a democracy, not only because they are where disputes between citizens can be resolved peacefully, but also — and perhaps most importantly — because they are where citizens' disputes with the state are decided. Furthermore, there is no denying that the importance of the courts' role is accentuated by the constantly increasing complexity of contemporary societies. It is therefore essential that what the courts do be open to public scrutiny in order both to improve the operation of the courts and to maintain public confidence in them (see *Edmonton Journal*, at p. 1337 (*per Cory J.*)).

Similarly, the “educational” aspect of an open court process has been noted in, for example, the

La publicité des débats en justice garantit que la justice sera effectivement rendue, et qu'elle sera perçue comme l'ayant été. Or, cette perception demeure nécessaire afin de préserver la confiance du public dans l'administration de la justice. À l'appui de cet argument, on invoque encore souvent Bentham :

[TRADUCTION] Les effets de la publicité prennent leur importance *maximale* lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements.

(J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), p. 69 (en italique dans l'original); cité dans *Edmonton Journal*, à la p. 1360.)

Notre Cour a retenu un argument semblable dans *Vancouver Sun* :

La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux. [par. 25]

Plus récemment, on a insisté sur le lien entre la publicité des débats en justice et la promotion de la démocratie. (C'est d'ailleurs cette justification qui me semble la plus pertinente en l'espèce.) Les tribunaux jouent un rôle central dans les démocraties, non seulement parce qu'ils sont le lieu où se résolvent pacifiquement les litiges entre les citoyens, mais également — et peut-être surtout — parce que c'est là que se décident les litiges opposant les citoyens à l'État. De plus, on ne saurait nier que l'importance du rôle des tribunaux augmente en fonction de la complexité sans cesse croissante des sociétés contemporaines. Il devient alors indispensable que l'action des tribunaux reste soumise au regard critique du public, tant pour améliorer leur fonctionnement que pour garantir le maintien de la confiance de l'opinion publique à leur endroit (voir *Edmonton Journal*, p. 1337 (le juge Cory)).

Dans le même sens, on a aussi souligné l'aspect « éducatif » de la publicité du processus judiciaire,

following passage from the reasons of Wilson J. in *Edmonton Journal*:

It provides an opportunity for the members of the community to acquire an understanding of how the courts work and how what goes on there affects them. Bentham recognized the importance of publicity in fostering public discussion of judicial matters, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., at p. 68, and Wigmore pointed out in *Evidence*, op. cit., §1834, at p. 438, that “[t]he educative effect of public attendance is a material advantage. Not only is respect for the law increased and intelligent acquaintance acquired with the methods of government, but a strong confidence in judicial remedies is secured which could never be inspired by a system of secrecy”. [pp. 1360-61]

87

Openness also ensures that matters considered in court are not debated only in the courts. It fosters the extension of such debates to other areas of society. In my view, this consideration played an important part in this Court’s decision in *Mentuck* to uphold the trial judge’s refusal to order a publication ban on the methods used by the police in investigating the accused. This Court found that the deleterious effects of such an order would be substantial, particularly because the freedom of the press to report information regarding a subject of great importance to any free and democratic society would be curtailed. I will reproduce the relevant passage insofar as the extradition judge appears to have had similar concerns in the case at bar:

The deleterious effects, however, would be quite substantial. In the first place, the freedom of the press would be seriously curtailed in respect of an issue that may merit widespread public debate. A fundamental belief pervades our political and legal system that the police should remain under civilian control and supervision by our democratically elected officials; our country is not a police state. The tactics used by police, along with other aspects of their operations, is a matter that is presumptively of public concern. Restricting the freedom of the press to report on the details of undercover operations that utilize deception, and that encourage the suspect to confess to specific crimes with the prospect of financial and other rewards, prevents the public

par exemple dans le passage suivant des motifs de la juge Wilson dans *Edmonton Journal* :

Cela permet aux citoyens de comprendre le fonctionnement des tribunaux et comment ils sont touchés par ce qui se passe devant le tribunal. Bentham reconnaît l’importance de la publicité parce qu’elle favorise la discussion publique des affaires judiciaires, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., à la p. 68, et Wigmore a souligné dans son ouvrage *Evidence*, op. cit., § 1834, à la p. 438, que [TRADUCTION] « l’aspect éducatif de la présence du public est un avantage important. Non seulement accroît-il le respect du droit et la bonne compréhension des méthodes du gouvernement, mais la publicité suscite une grande confiance dans les recours judiciaires, confiance que ne pourrait inspirer un système fondé sur le secret ». [p. 1360-1361]

Par ailleurs, la publicité des débats judiciaires évite que les sujets examinés devant les tribunaux soient débattus seulement dans ce forum. Elle favorise l’élargissement de ces débats à d’autres milieux sociaux. Cette justification me semble avoir été une considération importante à la base de la décision de notre Cour, dans l’arrêt *Mentuck*, confirmant le refus du juge du procès d’ordonner une interdiction de publication quant aux méthodes d’investigation policière utilisées au cours de l’enquête visant l’accusé. Notre Cour avait conclu que les effets préjudiciables d’une telle ordonnance seraient considérables, notamment parce qu’elle porterait atteinte à la liberté de la presse de rapporter des informations relatives à un sujet de très haute importance pour toute société libre et démocratique. Je me permets de citer le passage pertinent, dans la mesure où le juge d’extradition semble avoir partagé des préoccupations analogues en l’espèce :

Par contre, les effets préjudiciables seraient plutôt considérables. En premier lieu, il y aurait atteinte grave à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Notre système politique et juridique est imprégné du principe fondamental selon lequel la police doit demeurer sous le contrôle et la surveillance des autorités civiles, que représentent nos mandataires démocratiquement élus; notre pays n’est pas un État policier. Les tactiques utilisées par la police et les autres aspects de ses opérations sont présumés être des questions d’intérêt public. Limiter la liberté de la presse en l’empêchant de rapporter les détails des opérations secrètes qui ont recours à la supercherie et qui incitent les suspects à avouer des crimes précis en contrepartie

from being informed critics of what may be controversial police actions.

As this Court recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976, “participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged”, a principle fundamental to a free and democratic society. See *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Such participation is an empty exercise without the information the press can provide about the practices of government, including the police. In my view, a publication ban that restricts the public’s access to information about the one government body that publicly wields instruments of force and gathers evidence for the purpose of imprisoning suspected offenders would have a serious deleterious effect. There is no doubt as to how crucial the role of the police is to the maintenance of law and order and the security of Canadian society. But there has always been and will continue to be a concern about the limits of acceptable police action. The improper use of bans regarding police conduct, so as to insulate that conduct from public scrutiny, seriously deprives the Canadian public of its ability to know of and be able to respond to police practices that, left unchecked, could erode the fabric of Canadian society and democracy. [paras. 50-51]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Charter*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. It is clear that members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them. The right to freedom of expression protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity (see *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, at para. 27).

(2) Role of the Press

Of course, few citizens have the time to attend court proceedings. The scope of the open court

d’avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.

Comme la Cour l’a reconnu dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976, « la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée », principe fondamental sur lequel repose une société libre et démocratique (voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). Cette participation est futile sans les renseignements que la presse peut fournir sur les pratiques du gouvernement, y compris celles de la police. À mon sens, une interdiction de publication limitant l’accès du public à l’information relative à l’organisme gouvernemental qui manie publiquement des instruments de force et qui recueille des éléments de preuve en vue d’empêcher des présumés contrevenants aurait un effet préjudiciable grave. Le rôle capital de la police pour le maintien de la loi et de l’ordre et pour la sécurité de la société canadienne ne fait aucun doute. Mais on s’est toujours demandé, et on continuera à se demander, quelles sont les limites acceptables de l’action policière. L’utilisation à mauvais escient des interdictions relatives à la conduite policière de manière à la mettre à l’abri de l’examen public nuit gravement à la capacité des Canadiens de connaître les pratiques policières et de réagir à ces pratiques, qui, en l’absence de surveillance, pourraient éroder les bases mêmes de la société et de la démocratie canadiennes. [par. 50-51]

Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte*. Cette reconnaissance découle du lien qu’entretient ce principe avec le droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte*. Il est en effet manifeste que le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s’exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues. Le droit à la liberté d’expression ne protège pas seulement le droit de s’exprimer sur un sujet; il garantit aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d’expression (voir *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, par. 27).

(2) Le rôle de la presse

Bien entendu, peu de citoyens possèdent le temps d’assister en personne aux débats judiciaires.

principle would therefore be quite limited were it not for the corollary right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. As Cory J. wrote in *Edmonton Journal*:

That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as “listeners” or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [pp. 1339-40]

90 Thus, the right of the press to have access to the courts and report on what takes place in them is also guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, as was expressly recognized by this Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* (see the comments of La Forest J., at para. 26).

(3) Limits on the Open Court Principle

91 The open court principle is not absolute, however. A court generally has the power, in appropriate circumstances, to limit the openness of its proceedings by ordering publication bans, sealing documents, or holding hearings *in camera*. It can also authorize an individual to make submissions or appear in court under a pseudonym should this be necessary in the circumstances. In some cases,

La portée du principe de publicité de la justice demeurerait donc bien limitée s’il n’avait pas pour corollaire le droit de la presse d’avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Comme l’écrivait le juge Cory dans l’arrêt *Edmonton Journal* :

C’est donc dire que, comme ensemble d’auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d’être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d’assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d’assister à l’audience d’un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu’ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C’est par l’intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d’« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C’est comme cela seulement qu’ils peuvent évaluer l’institution. L’analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [p. 1339-1340]

Ce droit de la presse d’avoir accès aux tribunaux et de rapporter ce qui s’y passe se trouve donc lui aussi garanti par l’al. 2b) de la *Charte*, et notre Cour l’a expressément reconnu dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* (voir les commentaires du juge La Forest, par. 26).

(3) Les limites à la publicité des débats judiciaires

Cependant, le principe de la publicité des débats judiciaires n’est pas absolu. Le tribunal a généralement le pouvoir, lorsque les circonstances l’exigent, de limiter la publicité des débats judiciaires par des ordonnances de non-publication, de mise sous scellés ou de huis clos. Il peut aussi autoriser une personne à plaider ou à comparaître en utilisant un pseudonyme, dans les circonstances où

courts may be required by statute to order such measures. In others, they are merely authorized to do so, whether under legislation granting them this power or — where superior courts are concerned — pursuant to their inherent power to control their own processes. There are common law rules that also apply in such cases, and informer privilege establishes one of them. However, careful consideration must be given to the scope of the privilege and, where applicable, to whether the limits it places on the openness of court proceedings are necessary or how they are to be implemented.

As Lamer C.J. acknowledged in *Dagenais*, the wide range of possible situations means that the form of a challenge to an order limiting the openness of court proceedings will vary depending on the nature of the objection to the ban (at pp. 874 *et seq.*). Thus, if legislation or a common law rule requires a judge to make such an order, any objection to the order must be framed as a *Charter* challenge to that legislation or common law rule. If, however, the legislation or the common law rule merely grants the trial judge the discretion to make such an order, any *Charter* review must concern the exercise of this discretion in the specific case before the court. Discretionary powers must be exercised in a manner consistent with the *Charter*. For a judge to exceed the limits placed by the *Charter* on the exercise of such powers would be an error of law that would justify setting the order aside.

To determine whether a legal rule compelling a trial judge to limit the openness of court proceedings is constitutional, it will be necessary to conduct the analysis adopted in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Since such a rule eliminates the court's discretion to review the specific circumstances of the case before it, there is always a possibility that the rule's impairment of freedom of expression will not be minimal. Motivated by a desire to preserve the public nature of justice in Canada to the greatest extent possible, this Court has acted

une telle mesure s'avère nécessaire. Dans certains cas, d'ailleurs, certaines dispositions législatives lui imposeraient de le faire. Dans d'autres cas, il est seulement autorisé à le faire, soit en vertu d'une disposition législative lui reconnaissant ce pouvoir, soit, — s'il s'agit d'une cour supérieure — en vertu de son pouvoir inhérent de déterminer sa propre procédure. Certaines règles de common law trouveront aussi application en semblable matière. Le privilège de l'indicateur établit l'une de ces règles. Encore faut-il en examiner soigneusement la portée et, le cas échéant, la nécessité ou les modalités des limitations qu'il impose à la publicité des débats judiciaires.

Comme l'a reconnu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*, la diversité des situations signifie que la forme des contestations d'une ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires variera suivant la nature de l'opposition à l'interdiction (p. 874 *et suiv.*). Ainsi, si le juge *est tenu* par une disposition législative ou une règle de common law de rendre une telle ordonnance, toute opposition à celle-ci devra prendre la forme d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de la disposition ou règle qui prescrit l'ordonnance. Au contraire, si le texte de loi ou la règle de common law ne fait que reconnaître au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, c'est l'exercice de ce pouvoir qui devra, dans chaque cas particulier, être soumis à un examen requis par la *Charte*. Tout pouvoir discrétionnaire doit en effet être exercé d'une manière conforme à la *Charte*. Le dépassement des limites que celle-ci impose à l'exercice de tels pouvoirs constitue une erreur de droit justifiant l'annulation de l'ordonnance rendue.

Afin de contrôler la validité constitutionnelle d'une règle de droit qui contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats, il faudra procéder à l'analyse prévue par l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Comme une telle règle de droit prive le tribunal de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer les circonstances particulières de chaque affaire, elle risque toujours de ne pas constituer qu'une simple atteinte minimale à la liberté d'expression. Notre Cour n'a accepté ces limites qu'avec réserve et prudence, inspirée par le souci de préserver dans

92

93

with reserve and circumspection in accepting such limits (see *Canadian Newspapers*).

94

In *Dagenais*, this Court developed, for the purpose of reviewing the constitutionality of the exercise of a discretion to limit the openness of court proceedings, an approach that incorporates the gist of the *Oakes* test, but is tailored to the specific context of the exercise of such a discretion. This approach was subsequently reformulated as follows in *Mentuck*:

A publication ban should only be ordered when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice. [para. 32]

95

It is interesting to note that the Law Reform Commission of Canada had, in a working paper on public and media access to the criminal process, recommended that all automatic publication bans be eliminated from the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Commission expressed the view that “there should always be room for a judge or justice to refuse to make an order limiting openness where there is no demonstrable need for it” (Working Paper 56, *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987), at p. 45). It is indeed inconceivable that an order limiting openness could be justified if the need for it was not demonstrated. Recognizing that the trial judge has the discretion to make such an order eliminates this potential pitfall. It is thus up to the judge to weigh the interests at stake. In this context, a number of means are available to the judge to deal with the situation in a way that impairs freedom of expression as minimally as possible in the specific circumstances of a given case. These means range from a partial or temporary publication ban to a temporary or permanent sealing order regarding certain pieces

toute la mesure du possible le caractère public de la justice au Canada (voir *Canadian Newspapers*).

Pour contrôler la validité constitutionnelle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires, notre Cour a élaboré, dans l'arrêt *Dagenais*, une méthode d'analyse qui incorpore l'essentiel des éléments du critère de l'arrêt *Oakes*, en l'adaptant au contexte propre à l'exercice d'un tel pouvoir. Cette analyse a été subseqüemment reformulée en ces termes dans l'arrêt *Mentuck* :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice. [par. 32]

Il est intéressant de signaler que, dans un document de travail sur l'accès du public et des médias au processus pénal, la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé que toutes les interdictions de publication à caractère obligatoire soient éliminées du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, estimant « que le juge ou le juge de paix devraient toujours pouvoir refuser de rendre une ordonnance limitant la transparence lorsque la nécessité n'en a pas été démontrée » (Document de travail 56, *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987), p. 50). On ne saurait en effet concevoir qu'une ordonnance limitant la publicité des débats puisse être justifiée si on n'en démontre pas la nécessité. La reconnaissance au juge du procès du pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance permet d'éviter cet écueil. Il revient alors à ce dernier de soupeser les différents intérêts en jeu. Dans ce contexte, il dispose de différents moyens lui permettant de régler la situation de la manière la moins attentatoire à la liberté d'expression, dans les circonstances propres à chaque affaire. Ces moyens vont, par exemple, de l'ordonnance de non-

of evidence to an order that proceedings be held entirely *in camera*.

(4) Distinction Between the Right of Access to the Courts and the Right to Inform the Public on Matters Before Them

It will now be necessary to turn to a problem relating to the definition of the rights flowing from the open court principle. The recognition of the right of the press to inform the public on court proceedings as a corollary to the public's right to open courts tends to lead to the view that these two rights are one and the same. However, a conceptual distinction must be maintained between them in order to deal with the difficulties that the application of this principle gives rise to in the relationships between these rights and other rights without taking the relevant values into consideration. For example, in certain situations, a judge might consider it appropriate — or might be required by legislation — to order a publication ban but not to order that the proceedings be held *in camera*. Such an order would restrict the right of the press to report on what happens in court. However, it would not infringe the more general right to open courts. In this sense, an order that proceedings be held *in camera* is more drastic because, in practice, it constitutes a publication ban, whereas the converse is not true.

The difference between the two types of orders can be seen in *Canadian Newspapers*, in which this Court ruled on the constitutionality of a statutory provision compelling the trial judge to order a publication ban in certain circumstances in sexual assault cases. On that occasion, the Court agreed that such a provision limits the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. It nevertheless held that the provision was justified under s. 1 of the *Charter* because, *inter alia*, it did not require the trial judge to proceed *in camera* but, on the contrary, allowed the media to be present at the hearing and report on the conduct of the hearing and the facts of the case, provided that this

publication **partielle et temporaire au huis clos complet** des procédures, en passant par la mise sous scellés temporaire ou permanente de certains éléments de preuve.

(4) La distinction entre le droit d'accès aux tribunaux et le droit d'informer le public sur les affaires portées devant eux

Il faut, ici, s'arrêter à une difficulté dans la définition des droits mis en jeu par le principe de la publicité des affaires judiciaires. En effet, la reconnaissance du droit de la presse d'informer le public sur les affaires judiciaires comme corollaire du droit de ce dernier à la publicité de la justice tend à entraîner l'assimilation de ces deux droits. La préservation d'une distinction conceptuelle entre ces deux droits s'impose toutefois pour faire face aux difficultés que suscite l'application de ce principe dans les rapports des droits en question avec d'autres droits, sans prendre en considération les valeurs pertinentes. Dans certaines situations, par exemple, un juge pourra trouver indiqué — ou encore être tenu par une disposition législative — d'imposer une ordonnance de non-publication, mais non d'ordonner le huis clos. Une telle ordonnance restreindra le droit de la presse de rapporter ce qui se passe devant les tribunaux. Cependant, elle ne portera pas atteinte au droit plus général à la publicité des débats judiciaires. En ce sens, une ordonnance de huis clos revêt un caractère plus drastique, parce qu'elle constitue, en pratique, une interdiction de publication alors que l'inverse n'est pas vrai.

La différence entre les deux types d'ordonnance peut être observée dans l'affaire *Canadian Newspapers*, où notre Cour s'est prononcée sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative obligeant le juge du procès à rendre une ordonnance de non-publication lorsque certaines circonstances se présentaient, dans des affaires d'agression sexuelle. Notre Cour a, à cette occasion, reconnu qu'une telle disposition limite la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Toutefois, elle l'a déclarée justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, notamment parce qu'elle n'oblige pas le juge du procès à tenir l'audience à huis clos, mais qu'elle permet au contraire aux médias d'assister à

96

97

information did not tend to identify the complainant.

98

Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick also illustrates the difference between the two types of orders and it shows clearly that courts should exercise caution before ordering that proceedings be heard *in camera*. In that case, which concerned sexual assaults committed against young female persons, the trial judge had ordered under s. 486(1) of the *Criminal Code* that the media and the public be excluded from a part of the sentencing proceeding dealing with the specific acts committed by the accused. The order remained in effect for only 20 minutes. Nevertheless, this Court decided that the trial judge should not have excluded the public in this manner, as there was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the accused or the complainants. The Court reached this conclusion because, *inter alia*, of the fact that the victims' privacy was already protected by a publication ban.

B. *Scope of Informer Privilege*

(1) Informer Privilege and the Rationale for It

99

In the case at bar, the appellants are relying on informer privilege to justify violations of the open court principle. It is, generally speaking, true that this privilege entails a rule prohibiting the Crown or a witness from revealing in court any information that might tend to identify a police informer. In the classic scenario involving this rule, the informer is not a party to the case and his or her identity, or evidence that might reveal it, is not essential to the outcome of the case. In such a situation, the rule generally prohibits the judge from ordering the disclosure of such information and authorizes witnesses to refuse to answer certain questions if their answers might tend to identify the informer.

celle-ci et d'en relater le déroulement et de rapporter les faits de l'affaire dans la mesure où ces informations ne permettent pas d'identifier le plaignant.

L'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* permet elle aussi de saisir la différence entre les deux types d'ordonnances et fait bien ressortir la prudence dont les tribunaux devraient faire preuve avant d'ordonner le huis clos. Dans cette affaire d'agressions sexuelles commises contre de jeunes personnes de sexe féminin, le juge du procès avait ordonné, en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, l'exclusion des médias et du public de la partie des procédures de détermination de la peine relatives aux actes précis commis par l'accusé. L'ordonnance n'était restée en vigueur que pendant 20 minutes. Pourtant, notre Cour a décidé que le juge du procès n'aurait pas dû exclure le public de cette manière, en l'absence d'éléments de preuve suffisants pour justifier la crainte que l'accusé ou les plaignantes subiraient un préjudice indu. Notre Cour avait conclu ainsi notamment en raison du fait qu'une ordonnance de non-publication protégeait déjà la vie privée des victimes.

B. *La portée du privilège de l'indicateur de police*

(1) Le privilège et ses justifications

Dans la présente affaire, les appelants tentent de justifier les atteintes au principe de la publicité des débats en invoquant le privilège de l'indicateur de police. D'une manière générale, on peut affirmer que ce privilège comporte une règle interdisant à la Couronne ou à un témoin de dévoiler devant le tribunal toute information de nature à permettre d'identifier un indicateur de police. Dans le scénario classique d'application de cette règle, l'indicateur de police n'est pas une partie au litige et son identité, ou les éléments de preuve susceptibles de la dévoiler, ne constituent pas des pièces centrales à la décision sur le sort de l'affaire. Dans une telle situation, la règle interdit généralement au juge d'ordonner la communication de tels renseignements et autorise un témoin à refuser de répondre à certaines questions lorsque ses réponses permettraient l'identification de l'indicateur.

Correlatively, where applicable, informer privilege prohibits revealing information that might tend to identify a police informer in a public hearing. On this point, I agree with my colleague that, to this extent, the privilege constitutes a limit on the open court principle (see *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). We disagree, however, on the scope of this limit. In my colleague's view, the limit is binding on the trial judge and is subject to only one exception, the "innocence at stake" exception. According to his interpretation of the privilege, the trial judge is required at all times to prevent the disclosure of information that might tend to identify an informer, except where the ability of the accused to prove his or her innocence is at stake. I myself do not think that this rule is so absolute that the judge has no residual discretion regarding its application. In my view, on a proper interpretation of informer privilege, the trial judge has at all times a discretion to decline to apply the privilege where an attempt is being made to divert it from its purpose or where there is no longer any need to protect the informer's identity.

The rule of confidentiality resulting from the privilege is not an end in itself. It was developed by the common law courts to foster the proper administration of justice and, in particular, the effective prevention and suppression of crime. The need to resort to informers in police investigations has long been accepted. Informers must be confident that their identities will be protected if we want them to share information with the police. Otherwise, the risk of retaliation would deter many people from becoming informers. At any rate, I am loath to think that the state would place itself in a situation where it would be responsible for an act of revenge against an informer. Cory J. identified these two justifications in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.):

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long

Corrélativement, lorsqu'il s'applique, le privilège interdit de révéler en audience publique des informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police. Je suis à cet égard d'accord avec mon collègue pour dire que, dans cette mesure, le privilège constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires (voir *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). Nos opinions divergent toutefois quant à la portée de cette limite. Selon mon collègue, elle lie le juge du procès et son domaine d'application ne connaît qu'une exception, celle dite de la démonstration de l'innocence. Selon son interprétation du privilège, le juge du procès demeure constamment tenu d'empêcher la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, à moins que l'innocence d'un accusé ne soit en jeu. Pour ma part, je ne crois pas que cette règle revêt un caractère à ce point absolu qu'elle prive le juge de tout pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard de son application. À mon avis, lorsqu'il est bien interprété, le privilège de l'indicateur de police respecte toujours le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où l'on tente de le détourner de sa finalité ou dans ceux où il n'existe plus aucun intérêt à protéger l'identité de l'indicateur de police.

La règle de la confidentialité établie par le privilège n'est en effet pas une fin en soi. Les tribunaux de common law l'ont élaborée dans le but de favoriser la bonne administration de la justice et notamment l'efficacité de la prévention et de la répression du crime. La nécessité du recours aux indicateurs de police pour la conduite de certaines enquêtes policières est admise depuis longtemps. La confiance des indicateurs dans la protection de leur identité est impérative si l'on veut qu'ils partagent avec la police les informations qu'ils détiennent. Les risques de vengeance en décourageraient autrement plus d'un de devenir indicateur. De toute façon, il répugne à penser que l'État se place dans la situation de devenir responsable d'une vengeance exercée contre un indicateur de police. Le juge Cory a bien identifié ces deux justifications dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir

standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [pp. 5-6]

102

Cooper distinguishes the “protection/inhibition theory” from the “continual flow theory” in his explanation of the rationale for informer privilege:

Two related theories are involved in the rationale of the rule of public policy that states the identities of police informers ought not to be disclosed. The “protection/inhibition” theory recognizes that although the relation of information concerning crime to the police is a civic duty, citizens may abdicate these types of duties where disclosure of their identities could place their physical safety or economic interests in jeopardy. Although some writers would suggest that the personal interests of informers are protected merely to obtain an ongoing supply of information, this position is, perhaps, too exploitive to be characterized as a basis for a rule of public policy. Just as the citizen has a specific duty to assist in law enforcement, the public has a duty to protect the interests of a citizen who puts his or her interests at risk in furtherance of a public object.

The “continual flow” theory is the second basis on which the public policy supporting informer privilege is founded. This theory is directly related to the public’s interest in crime prevention. The theory is one of deterrence; if the identities of some informers are disclosed prospective informers will reject the risk of possible disclosure and decline to supply information to the police. The constriction of these channels of information would seriously impair the ability of law enforcement officials to protect the public from criminal activity.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), at pp. 189-91)

l’identité d’un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l’acceptation de l’importance du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu’ils peuvent détenir relativement à la perpétration d’un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l’importance de dissimuler l’identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [p. 5-6]

Cooper distingue la [TRADUCTION] « thèse de la protection/dissuasion » et la [TRADUCTION] « thèse de l’afflux constant d’informations » lorsqu’il expose les justifications du privilège de l’indicateur de police :

[TRADUCTION] Deux thèses connexes sont avancées pour justifier l’existence de la règle d’intérêt général suivant laquelle l’identité des indicateurs de police ne devrait pas être dévoilée. La « thèse de la protection/dissuasion » reconnaît que, bien que les citoyens soient tenus de communiquer à la police les renseignements au sujet des crimes, ils peuvent se soustraire à ce devoir dans les cas où le dévoilement de leur identité pourrait mettre en péril leur sécurité physique ou leurs intérêts financiers. Quoique certains auteurs avancent que les intérêts personnels des indicateurs sont protégés simplement pour assurer un afflux constant d’informations, cette position est peut-être trop basée sur des considérations de pure efficacité pour être considérée comme le fondement d’une règle d’intérêt général. Tout comme chaque citoyen a le devoir particulier de contribuer à l’application de la loi, la société doit protéger les intérêts d’un citoyen qui met ses intérêts en péril en participant à la réalisation d’un objectif d’intérêt public.

La thèse de l’« afflux constant d’informations » constitue le second fondement sur lequel repose la règle d’intérêt général justifiant le privilège de l’indicateur de police. Cette thèse se rattache directement à l’intérêt du public dans la prévention du crime. Cette thèse est fondée sur la notion de considération : si l’identité de certains indicateurs est dévoilée, d’éventuels indicateurs n’accepteront pas de courir le risque du dévoilement de leur identité et refuseront de fournir des renseignements à la police. Le tarissement de ces sources d’information porterait alors gravement atteinte à la capacité des forces de l’ordre de protéger le public contre l’activité criminelle.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), p. 189-191)

(2) Limits on the Scope of Informer Privilege

Like any other rule, that of informer privilege has its exceptions. The most widely accepted one relates to situations where the accused could be prevented from proving his or her innocence if he or she were not permitted to obtain and use information that might tend to identify an informer (“innocence at stake exception”). In such cases, it is now accepted that informer privilege does not apply where the principles of criminal justice designed to avoid conviction of the innocent are in issue (see, *inter alia*, *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281).

In my colleague’s view, this is the only exception to the privilege. Where it does not apply, informer privilege is “absolute”. Thus, he proposes an interpretation to the effect that proof that a person is an informer is sufficient to compel the trial judge to prevent the disclosure, to anyone in any circumstances (unless, of course, the innocence of the accused is at stake), of any information that might identify the informer. According to this interpretation of the rule of confidentiality, which is based on *obiter dicta* of this Court, only an application of the privilege as strict as this will be consistent with the objectives the privilege was developed to achieve.

I cannot bring myself to adopt so inflexible an interpretation of this judge-made rule of the common law. In my opinion, it is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. However, this disclosure should be no more extensive than is required by the best interests of justice. It should be noted that the interests of justice constitute the

(2) Les limites à la portée du privilège de l’indicateur de police

Comme toute autre règle, celle du privilège de l’indicateur de police est assortie d’exceptions. La plus largement acceptée est celle relative aux situations où l’accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence si on ne lui permettait pas d’obtenir et d’utiliser des informations susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur de police (l’[TRADUCTION] « exception relative à la démonstration de l’innocence »). Dans de tels cas, il est maintenant reconnu que le privilège de l’indicateur de police cède devant les impératifs des principes de justice pénale destinés à éviter la condamnation des innocents (voir notamment *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281).

D’après mon collègue, il s’agit de la seule exception au privilège. En dehors de son cadre d’application, le privilège de l’indicateur de police reste « absolu ». Selon l’interprétation qu’il propose, il suffit donc de prouver qu’une personne est un indicateur de police pour que le juge du procès soit dès lors tenu d’empêcher la divulgation, à quiconque et en toutes circonstances (à moins, bien sûr, que l’innocence d’un accusé soit en jeu), de toute information susceptible de permettre son identification. Suivant cette interprétation de la règle de la confidentialité, qui s’appuie sur certains *obiter dicta* de notre Cour, seule une application aussi stricte du privilège respectera les objectifs pour lesquels celui-ci a été reconnu.

Je ne peux me résoudre, pour ma part, à adopter une interprétation aussi rigide de cette règle prétorienne, issue de la common law. À mon avis, il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d’ordonner la communication d’informations susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu’une telle communication servirait mieux l’intérêt de la justice que le maintien du secret. Cette communication ne devrait par ailleurs pas être plus importante que ne l’exige l’intérêt

103

104

105

justification for and purpose of the privilege. It is in reference to them that the limits on informer privilege will be established.

(3) Special Nature of the Case at Bar

106

This case raises particular difficulties with regard to the application of informer privilege. The decisions of this Court that are being relied upon to support the “absolutist” interpretation of the privilege arise from the classic scenario in which an attempt is made to adduce in evidence information that might tend to identify an informer who is not a party to the case (see *Leipert, R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, although the last of these cases relates to proceedings of a board of inquiry investigating police activities). This scenario is first and foremost a matter of the law of evidence and only quite indirectly involves the public’s constitutional right to open courts. The case at bar has a completely different factual matrix. Here, the issues relating to the Named Person’s status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person’s applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. There is no denying that how the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country’s justice system and on the proper administration of justice, which are matters of public interest.

107

Thus, the public’s right to open courts and the imperative of protecting the public’s interest in the

supérieur de la justice. On se rappellera que l’intérêt de la justice constitue la justification et la finalité de ce privilège. C’est par rapport à cet intérêt que s’établiront les limites du privilège de l’indicateur.

(3) Le caractère particulier de la présente affaire

La présente affaire soulève des difficultés particulières pour la mise en œuvre du privilège de l’indicateur de police. Les arrêts de notre Cour invoqués au soutien de l’interprétation absolutiste du privilège relèvent en effet du scénario classique où l’on tente de mettre en preuve des informations susceptibles d’identifier un indicateur qui n’est pas lui-même partie au litige (voir *Leipert, R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, dans le contexte toutefois des travaux d’une commission d’enquête sur des activités policières dans ce dernier cas). Un tel scénario relève d’abord et avant tout du droit de la preuve et il ne fait intervenir le droit constitutionnel du public à la publicité des débats judiciaires que bien indirectement. La présente affaire s’inscrit dans un cadre factuel complètement différent. En l’espèce, les questions relatives à la qualité d’indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c’est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu’entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu’indicateur de police. Or, c’est justement à l’égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. On ne saurait en effet nier que la manière dont se comporte le gouvernement canadien à l’égard de ses indicateurs de police peut avoir une importance considérable pour la tenue d’un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration, autant de questions d’intérêt public.

Ainsi, le droit du public à la publicité des débats judiciaires et l’impératif de protection de l’intérêt

proper administration of justice are much more directly affected by informer privilege in the case at bar than in the classic scenario. In fact, the circumstances of the instant case appear to be so unusual that counsel for the parties could not refer us to any similar cases. In a situation such as this, this Court must be careful in considering a proposal to resolve the problem with significant constitutional ramifications that is before it by importing a legal rule developed in a completely different context, that of the law of evidence, and applying that rule in its entirety. The commentators and the courts have noted that an exhaustive inquiry should be conducted every time extending informer privilege beyond its traditional parameters is being contemplated (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 883, para. 15.59).

It is also important to bear in mind that although this Court's comments in *Leipert* came after the decision in *Dagenais*, they were made before the Court stressed the constitutional nature of the open court principle in *Mentuck*, *Vancouver Sun* and *Toronto Star*. Furthermore, the case the Court was commenting on in *Leipert* was not as exceptional as the case at bar, in which the issue involves reconciling potentially conflicting values and principles.

In my opinion, the judge-made rule of informer privilege cannot deprive a judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. The issue will of course be resolved so easily in classic fact situations that the reasoning will be implicit and the application of the rule will appear to be absolute. However, the instant case clearly shows that, in certain exceptional circumstances, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the

du public dans la bonne administration de la justice se trouvent, en l'espèce, beaucoup plus directement affectés par le privilège de l'indicateur de police que dans le scénario classique. En fait, les circonstances de la présente affaire apparaissent tellement exceptionnelles que les procureurs des parties ont été incapables de nous citer un cas similaire. Dans une telle situation, notre Cour devrait faire preuve de prudence lorsqu'on propose d'importer et d'appliquer intégralement une règle de droit élaborée dans un contexte complètement différent, celui du droit de la preuve, dans le but de résoudre le problème aux ramifications constitutionnelles importantes dont elle est saisie. On a d'ailleurs déjà souligné, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'un examen exhaustif devrait être effectué, chaque fois qu'il est envisagé d'étendre la sphère d'application du privilège de l'indicateur de police au-delà de ses frontières habituelles (voir J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e ed. 1999), p. 883, par. 15.59).

Il est par ailleurs important de ne pas perdre de vue que — bien que postérieurs à l'arrêt *Dagenais* — les propos formulés par notre Cour dans *Leipert* ont été énoncés avant que celle-ci ne rappelle avec force le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats dans les arrêts *Mentuck*, *Vancouver Sun* et *Toronto Star*. Les commentaires de notre Cour dans *Leipert* ne résultent d'ailleurs pas de l'examen d'un cas aussi exceptionnel que la présente espèce, qui soulève un problème de conciliation de valeurs et de principes potentiellement conflictuels.

À mon avis, la règle prétorienne du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Bien entendu, dans les situations factuelles classiques, la question sera si aisément réglée que le raisonnement pourra demeurer implicite et la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, le présent dossier démontre bien que, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est

108

109

possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose.

110 The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303, appears to be based on the reasoning. In that case, one of the two accused was a police informer whom the RCMP had asked to set up an operation to import hashish. The RCMP soon suspected that something was amiss in the operation. After electronic surveillance, followed by a search of the informer's vehicle, the informer was arrested and charged with conspiracy, trafficking, and possession of narcotics for the purpose of trafficking. According to the Crown, the informer had misappropriated part of the shipment of drugs that was supposed to be controlled by the RCMP.

111 After being convicted at trial, the accused argued that the wiretap evidence should be excluded because to admit it on appeal would be to violate informer privilege. The Quebec Court of Appeal rejected this argument, stating that informer privilege did not apply in the circumstances of the case. Writing for a unanimous panel, I took the opportunity to emphasize that the social justification for this privilege was found in the need to ensure performance of the policing function and maintenance of law and order (p. 329). The informer was granted the protection of informer privilege not in his personal interest, but in the interest of more effective law enforcement (p. 329). I concluded that the privilege should not be interpreted and applied so as to authorize the commission of criminal acts in the sole interest of the accused and therefore could not be used by the accused as they proposed to use it (p. 330). The opposite interpretation would have endorsed an abuse of the privilege, given its objective.

112 Furthermore, this Court's decision in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, seems to me to be based on similar reasoning. In a proceeding in the British Columbia Supreme Court between the federal government

apparemment le cas en l'espèce, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité.

Un tel raisonnement semble à la base de la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895. Dans cette affaire, un des deux accusés était un indicateur de police à qui la GRC avait demandé d'organiser une opération en vue d'importer du haschich. Rapidement, la GRC a soupçonné des anomalies dans l'opération. Après une écoute électronique suivie d'une perquisition dans la voiture de l'indicateur, ce dernier a été arrêté et a été accusé de complot, de trafic et de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Selon la Couronne, l'indicateur avait détourné à son profit une partie de la cargaison de drogues qui devait être contrôlée par la GRC.

Déclarés coupables en première instance, les accusés ont cherché à faire écarter le contenu des écoutes électroniques, soutenant que l'admission de cette preuve en appel aurait pour effet de violer le privilège de l'indicateur de police. La Cour d'appel du Québec a écarté ce moyen, déclarant que le privilège de l'indicateur était inapplicable à la situation visée. Au nom d'une formation unanime, j'ai alors eu l'occasion de rappeler que la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d'assurer l'exécution de la fonction policière et le maintien de l'ordre public (p. 911). La protection du privilège de l'indicateur de police était accordée à ce dernier, non pas dans son intérêt personnel, mais dans celui d'une meilleure application de la justice (p. 912). J'ai conclu que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d'actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu'ils proposaient de le faire (p. 912). L'interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif.

Un raisonnement analogue me semble par ailleurs fonder la décision de notre Cour dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57. Dans une instance devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui

and some of its staff lawyers, the government had originally filed a list of documents described as producible. It later changed its position and filed a certificate of the Clerk of Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, in order to object to the disclosure of certain documents on the ground that they contained information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. The plaintiffs then brought an application to compel production of the documents in question. Their application was dismissed by the British Columbia Supreme Court, but that decision was reversed by the Court of Appeal. According to the Court of Appeal, the government had waived its right to claim confidentiality of the documents by listing them as producible and by disclosing selected information in an affidavit it had filed (see *Babcock*, at para. 6).

The appeal to this Court concerned the constitutionality of s. 39 of the *Canada Evidence Act*, and the nature of Cabinet confidentiality and the processes by which it may be claimed or waived. According to s. 39(1), “[w]here a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body”. Section 39(2) gives examples of such confidences. The Court held that this section of the *Canada Evidence Act*, despite its draconian language, could not “oust the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121” (para. 39). It deduced from this principle “that the certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1),

opposait le gouvernement fédéral à certains de ses avocats internes, le gouvernement avait d'abord déposé une liste de documents décrits comme pouvant être produits. Par la suite, il avait modifié sa position et déposé une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, afin de s'opposer à la production de certains documents au motif qu'ils contenaient des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine du Canada. Les demandeurs ont alors présenté une requête afin de contraindre le gouvernement à produire les documents en question. Ils ont été déboutés devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel. Selon cette dernière, le gouvernement avait renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité des documents en les identifiant dans sa liste comme pouvant être produits et en communiquant des renseignements choisis dans un affidavit produit (voir *Babcock*, par. 6).

Devant notre Cour, le pourvoi avait porté sur la constitutionnalité de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que sur la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et sur les mécanismes par lesquels on peut l'invoquer ou y renoncer. Aux termes du par. 39(1), « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. » Le paragraphe 39(2) en donne, pour sa part, des exemples. Notre Cour avait alors jugé que, malgré son libellé draconien, cet article de la *Loi sur la preuve au Canada* ne pouvait « écarter le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 » (par. 39). Notre Cour avait déduit de ce principe « qu'il est possible de contester l'attestation

or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1)” (para. 39).

délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l’égard desquels l’immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu’il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère » (par. 39).

114 The rationale underlying the decisions in *Babcock* and *Hiscock* is in my view applicable, with necessary adaptations, to the situation now before the Court. Under an absolute interpretation of informer privilege, the mere fact that an informer is involved would suffice to compel the judge to protect any information that might tend to identify the informer unless either the informer waived this privilege or the possibility of establishing the innocence of an accused would be compromised if secrecy were maintained. In my opinion, *Hiscock* and *Babcock* demonstrate the importance of ensuring that the courts have the power to review the reasons given for shielding certain information from public scrutiny and to refuse to grant an application for disclosure where an attempt is being made to divert the rule of confidentiality from its intended purpose, namely to foster the proper administration of justice and protect the public interest therein. These judgments clearly illustrate why it is important not to interpret the informer privilege rule as preventing the trial judge from asking whether the proposed use of the privilege for a specific purpose is consistent with the very reason for its existence. As Burton J. of the United States Supreme Court stated in *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), “[t]he scope of the privilege is limited by its underlying purpose” (p. 60).

Les raisonnements à la base des arrêts *Babcock* et *Hiscock* me paraissent applicables, avec les adaptations nécessaires, à la situation que nous examinons maintenant. Suivant une interprétation absolue du privilège de l’indicateur, il suffirait que l’on se trouve en présence d’un indicateur pour que le juge soit contraint de protéger toute information susceptible de l’identifier, à moins que l’indicateur n’ait renoncé à ce privilège ou que l’innocence d’un accusé soit mise en péril par le maintien du secret. À mon avis, les arrêts *Hiscock* et *Babcock* témoignent de l’importance de réserver aux tribunaux le pouvoir de s’interroger sur les raisons pour lesquelles on tente de soustraire au regard du public certaines informations et le pouvoir de refuser de donner suite à une demande de communication dans des cas où l’on tente de détourner la règle de la confidentialité de l’objectif qui la justifie, soit la promotion d’une saine administration de la justice et la protection de l’intérêt du public dans celle-ci. Ces arrêts illustrent bien pourquoi il est important de ne pas interpréter la règle du privilège de l’indicateur de police de manière à empêcher le juge du procès de se demander si l’usage du privilège invoqué dans un but donné respecte la finalité même de son existence. Comme l’affirmait le juge Burton de la Cour suprême des États-Unis dans *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957), [TRADUCTION] « [l]a portée du privilège est limitée par l’objectif qui le sous-tend » (p. 60).

(4) Effect of the Two Justifications for the Privilege on Judicial Discretion

(4) L’effet des deux justifications du privilège sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

115 There will be other, undoubtedly rare situations in which courts will be justified in reviewing the appropriateness of applying informer privilege to limit the openness of their proceedings, and in conducting an adversarial proceeding on this issue.

D’autres situations, sans doute rares, justifieront le tribunal de s’interroger sur l’opportunité d’appliquer le privilège de l’indicateur de police pour limiter la publicité des procédures judiciaires et tenir un débat contradictoire sur la question. Il en sera

This will be the case where a court has doubts that it will be possible both to keep the information secret and to achieve the two purposes on which the informer privilege rule is based.

For example, where an attempt is made to keep information secret, a judge would have to be able to decline to apply the rule of confidentiality if it is established that public disclosure of the information would not place the informer at risk, or if the information is already in the public domain. As one author notes, “[i]f the informer’s name is already known, either generally or to those who are likely to resent his activities, further concealment becomes pointless. This is merely an application of the principle now universally accepted in Crown privilege cases that prior publication will defeat the privilege [*Robinson v. South Australia*, [1931] A.C. 704 (P.C.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)]” (I. Eagles, “Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?” (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, at p. 188; see also *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Given the constitutional significance of the open court principle, it is not enough to invoke informer privilege mechanically for it to apply automatically. There must also be a requirement to show that the informer will be at risk if the information is revealed, and the burden of proof on this point must rest with the party alleging this danger (see *Lawrence*).

Insofar as the “absolutist” interpretation of informer privilege forces the trial judge to limit the openness of court proceedings, it seems clear that this interpretation could lead to an infringement of the right to freedom of expression guaranteed to the press and the public by s. 2(b) of the *Charter*. It should be noted that in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, this Court agreed with the New Brunswick Court of Appeal that s. 486(1) of the *Criminal Code* — which *permits* the trial judge to exclude the public from a trial in appropriate circumstances — infringes the freedom of the press protected by s. 2(b). *A fortiori*, in my opinion, a rule

ainsi lorsque le tribunal entretiendra des doutes sur la possibilité de maintenir le secret tout en respectant les deux objectifs qui sont à la base même de la règle du privilège de l’indicateur de police.

Par exemple, il faudrait permettre aux juges de ne pas appliquer la règle de la confidentialité lorsqu’il est établi que l’indicateur de police ne court aucun danger, si l’information que l’on tente de garder secrète est révélée au grand jour ou lorsqu’elle est déjà connue du public. Comme le signale un auteur, [TRADUCTION] « [s]i le nom de l’indicateur est déjà connu — soit de façon générale soit de certaines personnes susceptibles de réprover ses activités — il devient dès lors inutile de continuer de dissimuler son identité. Il s’agit alors simplement d’un cas d’application du principe reconnu dans toutes les affaires concernant le privilège de la Couronne selon lequel la divulgation antérieure de cette information fait échec au privilège [*Robinson c. South Australia*, [1931] A.C. 704 (C.P.); *Sankey c. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)] » (I. Eagles, « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, p. 188; voir aussi *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Étant donné l’importance constitutionnelle de la publicité des débats judiciaires, il ne suffit pas d’invoquer mécaniquement le privilège de l’indicateur de police pour qu’il s’applique automatiquement. Il doit aussi être nécessaire de démontrer que l’indicateur de police court un risque si cette information est dévoilée, et le fardeau de cette preuve doit reposer sur les épaules de celui qui allègue ce danger (voir *Lawrence*).

Dans la mesure où elle contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats judiciaires, il apparaît évident que l’interprétation absolutiste du privilège de l’indicateur de police risque de porter atteinte au droit à la liberté d’expression et d’information que garantit à la presse et au public l’al. 2b) de la *Charte*. On se rappellera que, dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, notre Cour a confirmé l’opinion de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick selon laquelle le par. 486(1) du *Code criminel* — qui *autorise* le juge du procès à exclure le public du procès lorsque les circonstances le requièrent — porte atteinte à la liberté de la

116

117

that *requires* the trial judge to do so also infringes this fundamental freedom. According to the principles of statutory interpretation, it would be best to interpret the common law rule relating to informer privilege in a manner more consistent with the provisions and values of the *Charter*. The common law's flexibility allows it to adapt incrementally to its constitutional context (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at para. 20).

118

Although it is true that the respondents have not explicitly challenged the constitutionality of the rule as interpreted by my colleague Bastarache J., the Constitution continues to apply even in the absence of such a challenge and should guide the Court in interpreting and reconciling the relevant legal principles. Furthermore, it should be borne in mind that no one has appealed the “no absolute bar ruling”. This procedural context was hardly likely to prompt the respondents to mount a direct challenge of the constitutionality of the common law rule in this appeal.

(5) Application of the Legal Principles to the Facts

119

Having set out the relevant legal principles, I will now apply them to the facts of the instant case. In this regard, I think it appropriate to reiterate once again the very specific issue this Court has been asked to decide: whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to the media representatives and media counsel.

120

It is common ground that these documents contain information that might tend to identify the Named Person. This alone leads my colleague to conclude that the privilege applies and that the trial judge therefore erred in law.

121

I explained above why, in my opinion, this Court should not accept so inflexible and

presse protégée par l'al. 2b). *A fortiori*, une règle qui *oblige* le juge du procès à exclure le public du procès me semble elle aussi porter atteinte à cette liberté fondamentale. Selon les principes d'interprétation législative, il vaudrait mieux interpréter la règle de common law relative au privilège d'une manière plus conforme aux dispositions et aux valeurs de la *Charte*. La souplesse de la common law lui permet d'ailleurs de s'adapter graduellement au contexte constitutionnel à l'intérieur duquel elle évolue (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, par. 20).

Certes, les intimés n'ont pas explicitement attaqué la constitutionnalité de la règle telle que l'interprète mon collègue le juge Bastarache. Même en l'absence d'une telle contestation, la Constitution continue de s'appliquer et devrait guider l'interprétation des principes juridiques pertinents et leur conciliation. De plus, on se souviendra qu'aucun appel n'avait été interjeté à l'égard de la [TRADUCTION] « décision sur l'absence d'interdiction absolue ». Cette situation procédurale n'était guère de nature à inciter les intimés à mettre en jeu directement la constitutionnalité de la règle de common law dans le présent appel.

(5) Application des principes juridiques aux faits

Les principes juridiques pertinents étant maintenant établis, je vais les appliquer aux faits de l'es-pèce. À cet égard, il me semble opportun de rappeler à nouveau la question très précise que notre Cour est appelée à trancher, à savoir déterminer si le juge d'extradition a fait erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux représentants des médias et à leurs avocats.

Il est acquis que ces documents contiennent des informations susceptibles d'identifier la personne désignée. Ce seul constat amène mon collègue à conclure à l'application du privilège et donc à l'erreur de droit du premier juge.

J'ai exposé ci-dessus pourquoi, à mon avis, notre Cour ne devrait pas avaliser une application aussi

mechanical an application of the informer privilege rule. I also explained why it is appropriate to hold that the trial judge always has the discretion to authorize, in appropriate exceptional circumstances, the disclosure of information that might tend to identify an informer, even in open court. Given the importance of the principles in issue, the decision whether or not to allow the disclosure of such information in open court must be made on the basis of a well-substantiated factual record. Consequently, I believe that the judge must be allowed, where he or she considers it appropriate to do so, to authorize or order the disclosure to interested parties of any information deemed necessary for the issue to be argued in a helpful adversarial proceeding. Of course, the judge must then be very careful and must authorize this disclosure only if he is satisfied that the information will be kept confidential. He must also avoid disclosing more than is strictly necessary to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Thus, he is under an obligation to reduce what is disclosed to a minimum and to control the dissemination of the information.

Did the extradition judge abide by these principles in the case at bar? I will now consider the problems raised by the disclosure of the documents in issue to media counsel, and will address those raised by their disclosure to the media representatives in the subsequent section.

C. *Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Counsel*

(1) Discretionary Nature of the Decision

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. Gonthier J., writing for this Court, discussed the standard of review applicable to this type of decision in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375:

rigide et mécanique de la règle du privilège de l'indicateur de police. J'ai aussi expliqué l'utilité de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire de permettre, dans les circonstances exceptionnelles appropriées, que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient divulguées même en audience publique. Vu l'importance des principes en jeu, la décision de permettre ou non la communication en audience publique de ces informations doit être prise à la lumière d'un dossier factuel bien étayé. Par conséquent, il me semble nécessaire de permettre au juge du procès, s'il estime une telle mesure indiquée, de permettre ou d'ordonner que soient communiquées aux parties intéressées toutes les informations qu'il considère nécessaires à la tenue d'un débat contradictoire utile sur la question. Bien entendu, le juge d'extradition doit alors faire preuve de beaucoup de prudence et ne doit permettre cette communication que s'il est convaincu que la confidentialité des informations sera respectée. Par ailleurs, il doit éviter d'étendre le contenu de la communication au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la tenue d'un débat contradictoire utile. Il a alors l'obligation, à cette occasion, de réduire au minimum l'étendue de la communication et de contrôler la diffusion des informations.

En l'espèce, le juge d'extradition a-t-il respecté ces paramètres? Je vais donc maintenant étudier les problèmes soulevés par la communication des documents en litige aux avocats des médias et aborder ceux soulevés par leur communication aux représentants des médias dans la section suivante.

C. *L'étendue des informations pouvant être communiquées aux avocats des médias*

(1) Le caractère discrétionnaire de la décision

La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Le juge Gonthier, au nom de notre Cour, a étudié la norme de contrôle applicable à ce type de décision dans *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375 :

122

123

The principles enunciated in the *Harper* case [*Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2] indicate that an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice.

To the same effect, see *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 117 and 139; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at paras. 48-50; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pp. 404-5; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

(2) Application of the Legal Principles to the Facts of the Case at Bar

124

It can be seen from the extradition judge's reasons and from the facts admitted by the parties for the purposes of this appeal that the judge ultimately relied on a series of factors in reaching the conclusion that this might be a case in which the appropriateness of applying the rule of informer privilege was questionable. He accordingly felt that this might be a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court, and that an adversarial proceeding would be required to decide this issue. It may be that none of these factors would on its own have been sufficient to justify this decision. However, it seems clear to me that, taken as a whole, these factors provide ample justification for the decision.

125

Furthermore, given the complexity of the facts and of the applicable legal principles, the extradition judge considered it necessary for media counsel to have access to more evidence in order to be able to make a meaningful contribution to this proceeding. I see no sufficient reason for intervening as regards the principle behind the actual decision to disclose additional information. Here again, it seems clear to me that the evidence considered by the extradition judge, taken as a whole, justified this decision. I therefore find that he correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a

Les principes énoncés dans l'arrêt *Harper* [*c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2] indiquent qu'une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice.

Dans le même sens, voir *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 117 et 139; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48-50; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404-405; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76-77.

(2) Application des principes juridiques aux faits de l'espèce

Il ressort des motifs du premier juge et des faits admis par les parties pour les besoins du présent appel que c'est en définitive sur un ensemble de facteurs que le juge d'extradition a fondé son opinion qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'opportunité d'appliquer la règle du privilège de l'indicateur de police était douteuse. Il a par conséquent considéré qu'il s'agissait possiblement d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique et qu'il était nécessaire de conduire un débat contradictoire pour en décider. Il se peut qu'aucun de ces éléments n'aurait suffi à lui seul pour justifier cette décision. Il me semble cependant clair que l'ensemble de ces éléments la justifiait largement.

Par ailleurs, vu la complexité des faits et des principes de droit applicables, le juge d'extradition a estimé qu'il était nécessaire que les avocats des médias aient accès à davantage d'éléments de preuve pour être en mesure de participer utilement à ce débat. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir quant au principe de la décision même de communiquer des informations additionnelles. Ici encore, il me semble clair que l'ensemble des éléments considérés par le juge d'extradition justifiait cette opinion. Je conclus par conséquent qu'il a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier

meaningful contribution to the proceeding. However, I am of the opinion that he erred in law in allowing a more extensive disclosure than was necessary without attempting to screen the information so as to minimize its dissemination.

The extradition judge's decision appears to be based on several grounds. First, he considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. In the typical scenario in which informer privilege is invoked, the informer's identity is known to only a limited number of people in the police force for which he or she acts as an informer. In the case at bar, however, the Named Person's identity has probably already been disclosed to a very large number of people. The list is long. For example, it may include the Named Person's counsel and their associates, the lawyers and officials of the governments involved in the extradition proceeding, members of the police forces involved in preparing the case and in conducting the operations or, finally, and this could be particularly significant, even the Named Person's co-conspirator.

Of course, the Named Person cannot be held responsible for this broad disclosure. I do not mean to suggest that he has, as a result, lost his right to confidentiality regarding his status as an informer. Nevertheless, the scope of the disclosure confirms that the fact situation in the case at bar is quite different from that of the classic scenario in which informer privilege is usually invoked. It would be rather unrealistic to discount the scope of this disclosure when assessing the harm the Named Person would suffer as a result of the disclosure of the documents in issue to media counsel. Owing to the breadth of the prior disclosure, it can be asked whether ordering the controlled release of this information to a few more people would really increase the risk faced by the Named Person.

la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement aux débats judiciaires. Je suis toutefois d'avis qu'il a fait erreur en droit en permettant une communication plus étendue que nécessaire de l'information sans tenter de la filtrer au préalable afin de réduire au minimum sa diffusion.

La décision du juge d'extradition me semble fondée sur plusieurs motifs. Premièrement, il a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Dans le scénario typique où le privilège de l'indicateur de police est invoqué, l'identité de celui-ci n'est connue que d'un nombre restreint de personnes au sein du corps policier pour lequel il agit comme indicateur. Au contraire, en l'espèce, l'identité de la personne désignée a sans doute déjà été dévoilée à un très grand nombre de personnes. La liste est longue. Par exemple, elle est susceptible d'inclure ses procureurs et leurs collaborateurs, les avocats et fonctionnaires des États concernés par la procédure d'extradition, le personnel des corps policiers participant à l'élaboration du dossier et à la conduite des opérations ou, enfin, ce qui pourrait s'avérer particulièrement significatif, le co-conspirateur même de la personne désignée.

Bien entendu, la personne désignée ne saurait être tenue responsable de cette large communication. Je n'entends pas soutenir que cette personne a perdu son droit à la confidentialité de sa qualité d'indicateur en raison de cette communication. Toutefois, l'étendue de celle-ci confirme que l'on se trouve en l'espèce devant une situation factuelle bien différente du scénario classique où le privilège de l'indicateur de police est habituellement invoqué. Par ailleurs, ce serait faire preuve de peu de réalisme que de ne pas tenir compte de l'étendue de cette communication dans l'évaluation du préjudice que subirait la personne désignée en raison de la communication aux avocats des médias des documents en litige. L'ampleur de cette communication permet en effet de se demander si le fait d'ordonner la communication contrôlée de ces informations à quelques personnes supplémentaires ferait vraiment augmenter les risques courus par la personne désignée.

126

127

128 This is particularly true in light of the fact that even the Named Person's co-conspirator is aware of his identity, which is the second piece of evidence on which the extradition judge appears to have founded his decision. The extradition judge seems to have felt that this might be a case in which it could be shown, at the hearing of the *in camera* application, that proceeding with the stay of proceedings application in open court would pose no additional risk to the Named Person insofar as the only person likely to want to seek revenge, his co-conspirator, already knows his identity. It should be noted that this is why members of the media want to know the identity of the requesting state, as they are aware that the Named Person's identity may already have been disclosed in that country, during the legal proceedings and in the media. In such circumstances, as I explained above, it would have been appropriate for the extradition judge to dismiss the *in camera* application, unless there were other grounds favouring a closed hearing.

129 Third, the extradition judge appears to have been afraid that the government was concerned more with shielding certain of its activities from public scrutiny than with assuring an informer's safety. In other words, the extradition judge seems to have feared that the government was in fact attempting to divert informer privilege from its real purpose. The extradition judge also appears to have been concerned about the risk that the public might be unduly deprived of the right to debate a subject of importance to any democratic society. In this regard, his concerns were not unlike those of this Court in *Mentuck*.

130 Fourth, the extradition judge appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court. On the one hand, the extradition judge noted that it is at first glance incompatible with the integrity of judicial proceedings to secretly decide an application for a determination as to whether the public would be so shocked by the government's conduct that it would be preferable to stay the proceedings. On the other hand, he added that this might be a case

Cela est particulièrement vrai, si l'on tient compte du fait que même le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. C'est le deuxième élément de preuve sur lequel le juge d'extradition semble avoir fondé sa décision. Il paraît en effet avoir considéré qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'on pourrait démontrer, lors de l'audience de la requête pour huis clos, que l'audition publique de la requête pour sursis des procédures ne ferait courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée, dans la mesure où la seule personne susceptible de vouloir se venger, son co-conspirateur, connaît déjà son identité. On notera que c'est à cette fin que les médias veulent connaître l'identité de l'État requérant, conscients du fait que l'identité de la personne désignée a peut-être déjà été dévoilée dans cet État durant les procédures judiciaires et dans les médias. Dans une telle situation, comme je l'ai expliqué plus haut, le juge d'extradition aurait été en droit de rejeter la requête pour huis clos, à moins que d'autres raisons ne militent en faveur de la fermeture de la salle d'audience.

Troisièmement, le juge d'extradition semble avoir craint que le gouvernement cherche plus à mettre certaines de ses actions à l'abri de l'œil critique du public qu'à protéger la sécurité d'un indicateur de police. En d'autres mots, le juge d'extradition paraît avoir redouté que le gouvernement tente, dans les faits, de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Le juge d'extradition semble aussi avoir été préoccupé par le risque que le public soit indûment privé du droit de débattre d'un sujet d'importance pour toute société démocratique. À cet égard, ses préoccupations ne sont pas sans rappeler celles de notre Cour dans l'arrêt *Mentuck*.

Quatrièmement, le juge d'extradition paraît avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure. D'une part, le juge d'extradition a rappelé qu'il est de prime abord incompatible avec l'intégrité des procédures judiciaires que soit décidée, derrière des portes closes, une requête visant à faire déterminer si le public serait si choqué par la conduite du gouvernement qu'il deviendrait préférable de surseoir aux procédures. D'autre part,

in which the public policy considerations underlying the rule of informer privilege might be better served by proceeding in open court.

Fifth, the extradition judge seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, and only after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. Lawyers are officers of the court and are held to strict ethical standards. Any violation of the confidentiality of these documents in breach of the undertakings they have given could be sanctioned, not only through contempt of court proceedings, but also through the disciplinary process. Moreover, in their profession, lawyers are used to working with confidential documents. Consequently, it must be assumed that they would handle the disclosed documents with the utmost diligence and care.

In my opinion, these various factors provide an ample basis for concluding that the extradition judge was justified in believing that this was probably a case in which informer privilege simply would not apply or in which it would have to be reconciled with the open court principle. They also justify the conclusion that the extradition judge, having considered the whole of the evidence introduced up to that point, was right to consider this case to be one in which it was appropriate to exercise his discretion and order the disclosure to media counsel of all the information they would need to make a meaningful contribution to the proceeding on the *in camera* application. There is no basis for me to find that the extradition judge misdirected himself in reaching this decision or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *Elsom v. Elsom*), and I would not interfere with this exercise of his discretion, except as regards the scope of the disclosure.

il a souligné qu'il s'agissait peut-être d'un cas où les considérations de politique d'intérêt général justifiant la règle du privilège de l'indicateur de police seraient peut-être mieux servies par la publicité des débats.

Cinquièmement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, et cela, seulement après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. En effet, les avocats sont des auxiliaires de justice, liés par des normes déontologiques sévères. La violation par ceux-ci de la confidentialité de ces documents, en contravention des engagements souscrits, pourrait être sanctionnée, non seulement par la procédure d'outrage au tribunal, mais aussi par le processus disciplinaire. Par ailleurs, les avocats sont habitués, dans leur profession, à travailler avec des documents confidentiels. Il faut par conséquent présumer qu'ils traiteraient les documents divulgués avec la plus grande diligence et la plus grande prudence.

Selon moi, ces différents facteurs suffisent largement pour conclure que le juge d'extradition était justifié de penser qu'il s'agissait sans doute d'un cas où le privilège de l'indicateur serait simplement inapplicable ou qu'il devrait être concilié avec le principe de la publicité des débats judiciaires. Ils permettent aussi de conclure que, ayant pris connaissance de l'ensemble de la preuve présentée jusqu'alors, le juge d'extradition était par ailleurs justifié de considérer qu'il était en présence d'un cas où il était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'ordonner la communication aux avocats des médias de toutes les informations nécessaires à leur participation utile aux débats contradictoires sur la requête pour huis clos. Rien ne me permet de conclure que, ce faisant, le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *Elsom c. Elsom*), et je refuserais d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, sauf quant à l'étendue de l'information communiquée.

131

132

133

I continue to believe that it was open to the judge to conduct an adversarial proceeding on the issue of whether the Named Person's application should be heard *in camera* and, to this end, to order that certain information that might tend to identify the Named Person be disclosed to the media outlets to enable them to make a meaningful contribution to the proceeding. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the extradition judge was entitled to order the disclosure of all information relevant to that proceeding, but no more. The extradition judge should accordingly have screened and expurgated or "censored" the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding.

Je demeure d'avis que le juge pouvait choisir de tenir un débat contradictoire sur la question de savoir si la requête de la personne désignée devrait être entendue à huis clos et, à cette fin, ordonner que soient communiquées aux médias certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, de façon à leur permettre de participer efficacement aux débats judiciaires. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge d'extradition était en droit d'ordonner la communication de toute l'information pertinente à la tenue de ce débat, sans plus. Le juge d'extradition aurait par conséquent dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation ou de « caviardage » des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui.

134

Before concluding these comments, I would reiterate that my intention in adopting this position is not at all to prejudge the merits of the *in camera* application. At the end of the adversarial proceeding, the extradition judge may well conclude that the risks to the Named Person are so high that to hear the stay of proceedings application in open court would be unacceptable. He may also decide that the public's interest in this application is so minimal that it does not justify any additional risks to the Named Person's safety, as slight as those risks might be. He may ultimately decide to hear the application *in camera*, or he may determine that it will suffice to hold only parts of the hearing *in camera* or to order a publication ban. Because of the importance of the principles in issue, what is essential is that the extradition judge's decision must be as informed as possible and that, for this purpose, he was entitled to the benefit of a helpful adversarial proceeding on the issue. If, after considering all the evidence, the extradition judge thought that such a proceeding was necessary and that the media needed access to certain information that might tend to identify the Named Person in order to

Avant de terminer ces réflexions, j'aimerais une fois de plus rappeler que, en adoptant la présente position, je n'entends nullement préjuger de la décision que devrait rendre le juge d'extradition sur la requête pour huis clos. Au terme du débat contradictoire, le juge d'extradition conclura peut-être que les risques pour la sécurité de la personne désignée sont si élevés qu'il est inacceptable de tenir en public l'audience de la requête pour sursis des procédures. Il se peut aussi qu'il décide que l'intérêt de cette requête pour le public est si minime qu'il ne saurait justifier des risques supplémentaires pour la sécurité de la personne désignée, aussi faibles soient-ils. Peut-être décidera-t-il, en dernière analyse, de tenir l'audition de la requête à huis clos; ou peut-être considérera-t-il qu'un huis clos partiel ou une ordonnance de non-publication suffit. En raison de l'importance des principes en jeu, l'essentiel demeure quand même que cette décision du juge d'extradition doit être la plus éclairée possible et qu'à cette fin il était en droit de bénéficier d'un débat contradictoire utile sur la question. Si, après avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve, le juge d'extradition a cru qu'un tel débat devait

make a meaningful contribution to it, then his decision to order the disclosure of the information must be deferred to, provided that he took the necessary steps to ensure that the disclosure was minimized and controlled. His only error was in not trying to determine which information was actually relevant to the proceeding and to limit the disclosure to it.

D. Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Representatives

As the extradition judge noted at para. 127 of his reasons, disclosure to the media representatives is more problematic than disclosure to media counsel. Thus, he was right to point out that, unlike media counsel, the media representatives are not officers of the court. Furthermore, whereas the British Columbia legislature chose to give one particular institution, the Law Society, the power to sanction ethical breaches by lawyers, no comparable institution oversees the journalistic profession. The responsibility for sanctioning a journalist's misconduct with respect to an undertaking of confidentiality would therefore fall to the courts through, in particular, contempt of court proceedings, with all the evidentiary difficulties such proceedings entail.

The extradition judge also noted that the fact that lawyers are officers of the court and are supervised by an organization with the authority to do so creates a presumption in favour of reliance on their undertakings of confidentiality. There is no such presumption in favour of the media representatives. As a result, the judge could often be placed in the uncomfortable situation of having to assess the value of each media representative's undertaking of confidentiality before ordering the disclosure of the information in question.

Finally, the extradition judge recognized that there is a tension between, on the one hand, the

avoir lieu et que les médias avaient besoin, pour y participer utilement, d'avoir accès à certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, il faut respecter sa décision d'en ordonner la communication, dans la mesure où il a pris les mesures nécessaires pour que cette communication soit minime et contrôlée. Sa seule erreur a été de ne pas chercher à déterminer l'information réellement pertinente au débat et à limiter l'étendue de la communication à celle-ci.

D. L'étendue des informations pouvant être communiquées aux représentants des médias

Comme l'a noté le juge d'extradition au par. 127 de ses motifs, la communication aux représentants des médias demeure plus problématique que celle faite à leurs avocats. Par conséquent, il a eu raison de souligner que les représentants des médias ne sont pas, à la différence de leurs avocats, des auxiliaires de justice. De plus, alors que le législateur de la Colombie-Britannique a choisi de conférer à une institution particulière, le Barreau, le pouvoir de sanctionner les écarts déontologiques des avocats, la profession journalistique n'est pas surveillée par une institution semblable. La sanction d'un écart de conduite d'un membre de la profession journalistique par rapport à son engagement de confidentialité échoirait donc aux tribunaux, notamment par voie d'outrage au tribunal, avec toutes les difficultés de preuve que cette procédure implique.

Par ailleurs, le juge d'extradition a rappelé que le fait que les avocats sont des auxiliaires de justice, et qu'ils sont surveillés par un organisme habilité à le faire, permet de présumer de la qualité de leurs engagements de confidentialité. Cette présomption n'existe pas dans le cas des représentants des médias. Le juge pourrait par conséquent souvent se retrouver dans la situation inconfortable d'avoir à évaluer la valeur de chacun des engagements de confidentialité des représentants des médias avant d'ordonner que leur soient communiquées les informations en question.

Enfin, le juge d'extradition a reconnu qu'il existe une tension entre, d'une part, l'intérêt qu'ont les

135

136

137

interest of media outlets in publishing any information they might gather in connection with their participation in legal proceedings and, on the other hand, the interests of justice in ensuring that this information is not made available to the public before the judge authorizes its publication. Although he was aware of these problems, the extradition judge nevertheless concluded that it would be preferable to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality. In my opinion, this decision of the extradition judge was also within the ambit of his discretion, and I see no basis for this Court to intervene. The decision appears neither to be based on a misdirection nor to be so clearly wrong as to amount to an injustice (*Elsom v. Elsom*). It was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel.

médias à publier les informations qu'ils pourraient recueillir dans le cadre de leur participation à des débats judiciaires et, d'autre part, l'intérêt de la justice à ce que ces informations ne soient pas rendues publiques avant qu'une décision du juge ne l'autorise. Bien qu'il ait été conscient de ces difficultés, le juge d'extradition a tout de même conclu qu'il était préférable de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les représentants des médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité. À mon avis, cette décision du juge d'extradition relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et je ne vois aucune raison justifiant notre Cour d'intervenir. Cette décision ne m'apparaît en effet ni fondée sur des considérations erronées en droit, ni erronée au point de créer une injustice (*Elsom c. Elsom*). Elle reposait sur l'engagement pris par les représentants des médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats.

138

I found the submissions of the intervenor Law Society of British Columbia with regard to the legal principles applicable to this aspect of the case to be particularly helpful. For instance, the Law Society quite rightly pointed out that a lawyer's relationship with his or her client is a fiduciary one, as this Court reaffirmed in a recent judgment (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24), and that for this reason, the lawyer has a duty to disclose to his or her client any relevant information that he or she may properly disclose (*R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455 (Que. C.A.), at pp. 464-65). This duty to disclose serves a number of purposes, one of which is to enable the client to give informed instructions to the lawyer. Another is to protect the integrity of the solicitor-client relationship. This duty is so important that, according to some, a lawyer who is unable or unwilling to discharge it must refuse or cease to represent the client in question (*Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), at p. 430).

Les observations de l'intervenante la Law Society of British Columbia quant aux principes juridiques applicables à cet aspect du dossier m'ont semblé particulièrement utiles. Par exemple, la Law Society a très justement rappelé qu'un avocat est dans une relation fiduciaire vis-à-vis de son client, comme notre Cour vient de le souligner à nouveau dans un arrêt récent (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24) et qu'à ce titre, il a le devoir de révéler à son client toute l'information pertinente qu'il est en droit de lui communiquer (*Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), p. 2461-2462). Cette obligation de communication vise plusieurs objectifs, notamment celui de permettre au client de prendre des décisions éclairées quant à la conduite du mandat de l'avocat. Elle veut aussi protéger l'intégrité de la relation avocat-client. En fait, l'importance de cette obligation est telle que, selon certains, l'avocat qui ne veut pas ou ne peut pas s'y conformer est tenu de décliner le mandat ou de cesser d'occuper (*Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), p. 430).

139

Circumstances can nevertheless arise in which it is impossible to authorize counsel to pass certain

Il peut néanmoins survenir des circonstances dans lesquelles il ne sera pas possible de permettre

disclosed information on to his or her client. *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (B.C.C.A.), is a good example of such a situation. In that case, the Crown objected to an application by the accused for the disclosure of evidence, arguing that the evidence included privileged or irrelevant documents. The trial judge felt that it would be impossible for him to review all the evidence in question on his own in order to decide whether the Crown's arguments were well founded. His solution was to allow counsel for the accused to review the evidence, but to limit counsel's right to disclose what he learned to his client.

I agree with the intervener Law Society of British Columbia that such a solution must remain one of last resort. Counsel's right to disclose evidence to his or her client must not therefore be limited unless this is the only conceivable solution. Furthermore, it is not open to counsel in such situations to consent on their own initiative to limits on their duty to disclose evidence to their clients. They must first obtain their clients' consent (see on this point the reasons of the minority in *Guess*, at para. 101). The reasons why a client might refuse to consent to such a limit may vary. For example, the client may feel that the limit would too seriously undermine his or her relationship with counsel, or may refuse to incur additional expenses without being apprised of the information to which counsel will have access. In this respect, when all is said and done, only the client's interest is at stake. It is therefore up to the client to decide whether to accept any limits on the information that counsel may disclose.

Because of the requirement that the client's consent be obtained, limits on counsel's right to disclose all relevant information to the client should not be imposed solely by means of a court order. The best way to ensure compliance with the limits will generally be to require an undertaking to this effect by counsel (see *Guess*, at paras. 20-21). Breaches of such undertakings can be sanctioned through disciplinary action (G. MacKenzie,

à l'avocat de dévoiler à son client toute l'information qui lui est communiquée. L'affaire *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (C.A.C.-B.), constitue un bon exemple d'une telle situation. Dans ce dossier, la Couronne s'opposait à une requête de l'accusé en communication de la preuve, prétendant que cette preuve concernait des documents privilégiés ou non-pertinents. Le juge du procès considérait qu'il lui était impossible d'étudier seul la preuve concernée afin de décider si les prétentions de la Couronne étaient fondées. Il a alors estimé que la solution consistait à permettre à l'avocat de l'accusé d'étudier la preuve, mais en revanche à limiter le droit de celui-ci de communiquer ce qu'il apprendrait à son client.

Comme l'a suggéré l'intervenante la Law Society of British Columbia, je suis d'avis qu'une telle solution doit rester d'ultime recours. La limitation du droit de l'avocat de communiquer la preuve à son client doit alors être la seule solution envisageable. Par ailleurs, dans une telle situation, il ne revient pas à l'avocat de consentir de son propre chef à limiter son devoir de communiquer la preuve à son client. Il doit préalablement obtenir le consentement de ce dernier (voir à cet égard l'opinion du juge minoritaire dans *Guess*, par. 101). Les raisons pour lesquelles un client pourrait refuser de consentir à une telle restriction varient. Par exemple, il pourra considérer qu'une telle limite serait trop préjudiciable à sa relation avec son avocat ou encore refuser d'engager des frais supplémentaires sans connaître l'information à laquelle son procureur a accès. En définitive, sous cet aspect, c'est le seul intérêt du client qui est en jeu. Il lui revient donc de décider s'il accepte ou non qu'une limite aux informations qui peuvent lui être révélées soit imposée à son avocat.

En raison de la nécessité d'obtenir le consentement du client, les limites au droit de l'avocat de communiquer toutes les informations pertinentes à son client ne devraient pas être imposées uniquement par ordonnance de la cour. Généralement, le moyen approprié pour garantir le respect de cette limite consistera à exiger un engagement à cet effet de la part de l'avocat (voir *Guess*, par. 20-21). La violation d'un tel engagement peut être sanctionnée

140

141

Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline (4th ed. 2006), at p. 17-7) or contempt of court proceedings (*Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Of course, an undertaking is not an infallible means to avoid leaks. Nevertheless, in most cases, it will be sufficiently reliable to serve as a basis for authorizing the disclosure of the evidence in question. It will be up to the judge, in exercising his or her discretion, to decide in a given case, in light of the information in issue and the risks of disclosing it, whether such undertakings constitute a sufficient guarantee.

142 In the case at bar, the extradition judge did not consider it necessary to require such undertakings from media counsel before ordering the disclosure of the documents in issue. I see no sufficient reason to interfere with this exercise of discretion. Here again, the judge appears to have reached this decision after considering various factors that, taken together, provide ample justification for his decision. I count at least five of them.

143 First, the extradition judge appears to have attached a great deal of importance to the fact that the information would be disclosed only to respected members of the media, and on the condition that they themselves give undertakings of confidentiality. He explicitly considered the good reputations and good faith of the media representatives who had expressed their willingness to give such undertakings of confidentiality in exchange for access to the information.

144 Second, the judge noted that journalists are used to working with confidential information. They seek to protect such information at all costs, since their access to sources depends in large part on their reputation for keeping such promises of confidentiality. The judge added that the media outlets involved in this case have been involved in many important cases in the past and that they

par des poursuites disciplinaires (*G. MacKenzie, Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (4^e éd. 2006), p. 17-7) et par une procédure d'outrage au tribunal (*Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Bien entendu, l'engagement n'est pas un moyen infaillible d'éviter les fuites. Toutefois, il constituera dans la plupart des cas un moyen suffisamment sûr pour que soit permise, sur cette base, la communication de la preuve recherchée. Il reviendra au juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider dans chaque cas, à la lumière des informations en question et des risques que leur communication entraînerait, si de tels engagements constituent des garanties suffisantes.

En l'espèce, le juge d'extradition a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'exiger, avant d'ordonner la communication des documents en litige, que de tels engagements soient fournis par les avocats des médias. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire. Ici encore, le juge paraît avoir pris cette décision après avoir considéré divers facteurs qui, pris ensemble, justifient largement sa décision. J'en dénombre au moins cinq.

Premièrement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup d'importance au fait que les informations seraient seulement communiquées à des membres respectés des médias, et à la condition qu'ils fournissent eux-mêmes des engagements de confidentialité. Il a d'ailleurs expressément considéré la bonne réputation et la bonne foi des représentants des médias qui s'étaient dits prêts à fournir de tels engagements de confidentialité afin d'avoir accès aux informations.

Deuxièmement, le juge a rappelé que les journalistes sont habitués à travailler avec des informations confidentielles. Ils cherchent à protéger ces informations envers et contre tous, leur accès à des sources d'information dépendant largement de leur réputation quant au respect de telles promesses de confidentialité. Il a aussi souligné que les médias participant au présent dossier ont été appelés à

have always properly discharged their obligation of confidentiality.

Third, the extradition judge considered the fact that there had already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. He concluded from this that to authorize the disclosure to a few media representatives of information that might tend to identify the Named Person would not pose enough of an additional risk to the Named Person to justify prohibiting the disclosure.

Fourth, he took into account the negative effects that could result from a refusal to authorize disclosure of the information to the media representatives. For instance, he noted that some media outlets might refuse to commit substantial resources if they are denied knowledge of the substance of the information they intend to publish.

Fifth, the extradition judge felt that the media outlets were entitled, except in the most exceptional circumstances, to know the factual background to a decision affecting their rights. In his view, this information would be needed to enable them either to accept a decision adverse to their interests or to make an informed decision on a possible appeal.

In light of all these factors, I am of the opinion that this Court should defer to the exercise by the extradition judge of his discretion to order the disclosure of the documents in issue to media counsel, even in the absence of undertakings by counsel not to pass this information on to their clients. In my view, the extradition judge did not err in law in reaching this conclusion, nor does his ruling appear in any way to be unjust (see *Elsom v. Elsom*). The only real issue here is, I repeat, the scope of the disclosure. In my opinion, the disclosure itself is not, in principle, in issue.

intervenir dans plusieurs litiges importants, et qu'ils se sont toujours acquittés convenablement de leur obligation de confidentialité.

Troisièmement, le juge d'extradition a tenu compte du fait que l'identité de la personne désignée avait déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Il a alors conclu que le fait de permettre la communication d'informations susceptibles d'identifier la personne désignée à quelques représentants des médias ne ferait pas courir à celle-ci des risques supplémentaires suffisants pour qu'il interdise cette communication.

Quatrièmement, il a pris en compte les effets négatifs que pourrait avoir le refus de permettre la communication des informations aux représentants des médias. Ainsi, il a mentionné que certains médias pourraient refuser d'engager des ressources importantes s'ils ne peuvent connaître la substance des informations qu'ils entendent publier.

Cinquièmement, le juge d'extradition a considéré que les médias avaient le droit, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, de connaître le contexte factuel dans lequel une décision touchant leurs droits est rendue. Il a jugé que cette information était nécessaire à la fois pour qu'ils acceptent la décision rendue contre eux, et pour qu'ils puissent décider en toute connaissance de cause s'ils veulent porter l'affaire en appel.

Vu l'ensemble de ces facteurs, je suis d'avis que notre Cour devrait respecter la décision discrétionnaire du juge d'extradition d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias, même en l'absence d'engagements de leur part précisant qu'ils ne révéleraient pas ces informations à leurs clients. En effet, le juge d'extradition ne me semble pas avoir commis d'erreur de droit en concluant ainsi, et sa conclusion ne me semble par ailleurs nullement injuste (voir *Elsom c. Elsom*). Seule, je le rappelle, est vraiment en jeu l'étendue de la communication. À mon avis, le principe même de celle-ci ne l'est pas.

145

146

147

148

IV. Procedure for Inviting Media Outlets to Take Part in the Proceedings

149

According to my colleague, the extradition judge erred in law in inviting only certain lawyers — selected by him on the *amicus curiae's* recommendation — to take part in the proceeding on the *in camera* application, because the judge did not have the power to make such a selection. Instead, he should have issued a public notice to allow any interested party to intervene.

150

Although this power may seem problematic, it does exist and the extradition judge did not err in exercising it. Furthermore, the injustice done to those who are not selected is less important than it appears to be. It is inevitable that there will be cases in which judges are forced to limit the number of participants in proceedings concerning the issue of open courts.

151

The issue of giving the media notice of applications that would limit the openness of court proceedings was addressed by Lamer C.J. in *Dagenais*. In that case, a motion for a publication ban had been made in the course of a criminal proceeding. Lamer C.J. concluded that the motion was criminal in nature and that solutions to the practical problems involved in notice to the media should therefore be sought in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. He accordingly considered Rule 6.04(1) of the *Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, which provided that “[t]he notice of application shall be served on all parties and, where there is uncertainty whether anyone else should be served, the applicant may make a motion without notice to a judge for an order for directions” (p. 869). This led him to hold that the choice of who was to be given notice and how notice was to be given was at the judge’s discretion, and that the judge was to exercise that discretion in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. For the same reason, he recognized that issues related to standing were also at the judge’s discretion, and

IV. La procédure à suivre pour inviter les médias à participer aux débats

Selon mon collègue, le juge d’extradition a commis une erreur de droit en n’invitant que certains avocats — choisis par lui suite aux recommandations de l’*amicus curiae* — à participer aux débats sur la requête pour huis clos, puisqu’il ne détenait pas le pouvoir de faire un tel choix. Il aurait plutôt dû émettre un avis public de manière à permettre à toute partie intéressée d’intervenir.

Bien que ce pouvoir puisse paraître problématique, il existe et le juge d’extradition n’a pas commis d’erreur en l’exerçant. De toute façon, l’injustice à l’égard de ceux qui ne sont pas choisis est moins importante qu’elle ne semble l’être. Il est d’ailleurs inévitable qu’un juge soit parfois forcé de limiter le nombre d’intervenants aux débats sur la publicité des procédures judiciaires.

La question de l’avis aux médias en cas de requêtes visant à limiter la publicité des débats a été abordée par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Dagenais*. Dans cette affaire, une requête en interdiction de publication avait été présentée dans le cadre de procédures criminelles. Le juge en chef Lamer avait conclu qu’il s’agissait d’une procédure criminelle, et que les solutions aux problèmes pratiques soulevés par l’avis aux médias devaient donc être cherchées dans les règles provinciales de procédure criminelle ainsi que dans la jurisprudence pertinente. Il avait en conséquence considéré la règle 6.04(1) des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l’Ontario*, TR/92-99, selon laquelle « [l]’avis de demande est signifié à toutes les parties. En cas de doute quant à l’obligation de le signifier à une autre personne, le requérant peut demander des directives à un juge par voie de requête, sans préavis » (p. 869). Il en avait conclu que le choix des destinataires des avis, ainsi que des modalités des avis, relevait du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente. Pour la même raison, il avait conclu que les difficultés relatives à

that the same conditions applied to the exercise of this discretion.

In my opinion, the same approach should be taken to resolve the problems that arise in the case at bar. British Columbia's legislation seems to be silent on the procedural rules applicable to an extradition request. Parliament, on the other hand, has provided, in s. 24 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, that a judge who holds an extradition hearing has, subject to that Act, the powers of a justice acting under Part XVIII of the *Criminal Code*, which concerns the preliminary inquiry. Under s. 537(1)(i) of the *Criminal Code*, a justice holding a preliminary inquiry has the power to "regulate the course of the inquiry in any way that appears to the justice to be consistent with this Act". I infer from this that an extradition judge, who is customarily a superior court judge, has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. In my opinion, this power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. On this basis, the extradition judge in the case at bar was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application.

Furthermore, judges will often be unable to avoid choosing who will be authorized to take part in proceedings on applications such as this. It is reasonable to assume that there will be cases of particular interest to the public in which many people will want to participate, if only to have access to the evidence they would need in order to take part, which would not otherwise be available to them. The people wanting to participate might therefore include not only media representatives, but also

la question de la qualité pour agir relevaient également du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé de la façon susmentionnée.

À mon avis, la même démarche doit être suivie pour résoudre les problèmes qui se soulèvent en l'espèce. La législation de la Colombie-Britannique paraît silencieuse quant aux règles de procédure devant être suivies en matière de demande d'extradition. Au contraire, le législateur fédéral a prévu, à l'art. 24 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, que le juge qui procède à l'audition de la demande d'extradition est investi, sous réserve des autres dispositions de cette loi, des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix agissant en vertu de la partie XVIII du *Code criminel* portant sur l'enquête préliminaire. L'alinéa 537(1)i) du *Code criminel* confère pour sa part au juge de paix tenant une enquête préliminaire le pouvoir de « régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi ». J'en déduis que le juge d'extradition, qui est coutumièrement un juge d'une cour supérieure, possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. À mon avis, ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. Dans ce contexte, le juge d'extradition était, en l'espèce, en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos.

D'ailleurs, il sera souvent inévitable que le juge choisisse qui pourra participer aux débats sur ce genre de requête. On peut raisonnablement penser que, dans certaines affaires intéressant particulièrement le public, un très grand nombre de personnes voudront intervenir, ne serait-ce que pour avoir accès à la preuve qui est nécessaire à leur participation et qui leur serait autrement inaccessible. Il pourrait alors se trouver parmi celles-ci, non seulement des représentants des médias, mais aussi

152

153

ordinary citizens. (At any rate, it must be acknowledged that it is becoming increasingly difficult to distinguish the two in this age of electronic media and the “blogosphere”.) In such circumstances, it will generally be impossible to permit all these people to participate in the proceeding in light of the fact that judicial resources are limited and of the physical and legal framework of court proceedings. The judge will then have to decide who will be authorized to make submissions and therefore will not be able to avoid making choices, which will at times be problematic. In other words, the judge will often not be able to avoid these problematic choices. It consequently makes little difference whether they are made before or after the invitation. This seems to me to be particularly obvious in a case such as the one at bar, in which, after extending the invitation, the extradition judge still had to determine which media outlets and which lawyers would be able to give reliable undertakings of confidentiality.

154

The problem of an advantage being conferred upon certain media outlets is more apparent than real. It should not be forgotten that the information obtained by the media outlets in order to take part in the proceeding on the *in camera* application is, in practice, of no use to them in that it cannot be published until judgment is rendered on the issue. But if the judgment is favourable to the media, it will also be favourable to the general public, and the benefit will therefore not be limited to the media outlets chosen to participate in the proceeding. While it is true that the selected media outlets are in theory favoured over the others, in practice, being selected gives them no tangible advantage. No basis for interfering with this aspect of the decision under appeal has therefore been established.

V. Role of the *Amicus Curiae*

155

My colleague considers that the extradition judge erred in law in appointing an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. In my colleague’s view, although the extradition judge did have the power to appoint an *amicus curiae*, he should nevertheless have limited the role of the *amicus* to an analysis of

de simples citoyens. (De toute façon, il faut bien reconnaître qu’il devient de plus en plus difficile de distinguer les deux à l’heure des médias électroniques et de la « blogosphère ».) Dans de telles circonstances, il deviendra généralement impossible de permettre à toutes ces personnes d’intervenir dans les débats judiciaires compte tenu des limites des ressources judiciaires et du cadre matériel et juridique des débats devant les tribunaux. Il sera alors nécessaire que le juge décide qui pourra présenter des observations et il ne pourra alors éviter d’avoir à faire des choix parfois problématiques. En d’autres mots, souvent le juge ne pourra pas éviter ces choix problématiques. Il importe dès lors peu que les choix se fassent avant ou après l’invitation. Cela m’apparaît particulièrement évident dans un cas comme la présente espèce où le juge d’extradition devait encore, après l’invitation, déterminer quels médias et quels avocats seraient en mesure de fournir des engagements de confidentialité dignes de confiance.

Par ailleurs, le problème de l’avantage conféré à certains médias s’avère plus apparent que réel. En effet, il ne faut pas oublier que l’information obtenue par les médias afin de participer aux débats sur la requête pour huis clos reste, en pratique, inutile, dans la mesure où elle ne peut être publiée jusqu’au jugement sur la question. Or, si le jugement est favorable aux médias, il le devient à l’égard du public en général, et il ne profite donc pas seulement aux médias qui ont été choisis pour participer aux débats. S’il est vrai que les médias choisis sont, en théorie, favorisés par rapport aux autres, en pratique ce choix ne leur donne aucun avantage concret. Aucune raison d’intervenir quant à cet aspect de la décision dont appel n’a donc été établie.

V. Le rôle de l’*amicus curiae*

Mon collègue estime que le juge d’extradition a commis une erreur de droit en nommant un *amicus curiae* pour l’assister tant au niveau de l’analyse des faits que du droit applicable. Selon lui, s’il avait bel et bien le pouvoir de nommer un *amicus curiae*, le juge d’extradition aurait néanmoins dû limiter son rôle à l’analyse des faits du dossier. À mon avis,

the facts in the record. In my opinion, no legal rule limited in this way the extradition judge's power to appoint an *amicus curiae* and give the *amicus* what he considered the most appropriate terms of reference. As has already been mentioned, an extradition judge has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. Moreover, my colleague's position appears to me to be contrary to the well-established practice of allowing an *amicus curiae* to be appointed to assist a court with both the legal and factual aspects of a case. In this Court, the role played by the *amicus curiae* in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, is an obvious example of a case in which an *amicus curiae* was appointed to make submissions solely on questions of law. There have been other cases in which this Court has appointed an *amicus curiae* to provide assistance with respect to both facts and law (see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to present arguments against the Commission's jurisdiction); *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to make submissions with regard to s. 1 of the *Charter*); and *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724 (in which the Court appointed an *amicus curiae* because the respondents had declined to take part in the appeal)).

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order under appeal, and remand the case to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives in accordance with the legal principles set out above.

Appeal allowed, LEBEL J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant Named Person: Donaldson Jetté, Vancouver.

aucune règle de droit ne limitait de cette façon le pouvoir du juge d'extradition de nommer un *amicus curiae* et de lui conférer le mandat qu'il jugeait le plus utile. Comme on l'a vu plus haut, le juge d'extradition a le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît nécessaire dans le respect du cadre défini par le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Par ailleurs, la position de mon collègue me semble contraire à la pratique bien établie selon laquelle un *amicus curiae* peut être nommé afin d'assister le tribunal tant sur les aspects juridiques que sur les aspects factuels de l'affaire. Devant notre Cour, le rôle joué par l'*amicus curiae* dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, représente un exemple clair d'une affaire où un *amicus curiae* avait été nommé pour soumettre des observations uniquement sur des questions juridiques. On retrouve d'autres cas où notre Cour a nommé un *amicus curiae* pour l'assister tant à l'égard des faits que du droit (voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* afin qu'il présente des arguments militant contre l'existence de la compétence de la Commission); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 (où la Cour a nommé un *amicus curiae* pour présenter des arguments à l'égard de l'article premier de la *Charte*), et *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* parce que les intimées ont refusé de prendre part à l'appel)).

VI. Conclusion

Pour ces raisons, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance dont appel et je renverrais le dossier au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats des médias et aux représentants des médias en conformité avec les principes juridiques énoncés dans les présents motifs.

Pourvoi accueilli, le juge LEBEL est dissident en partie.

Procureurs de l'appelante la personne désignée : Donaldson Jetté, Vancouver.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitors for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV: Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'appellant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureurs des intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV : Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la Société Radio-Canada : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc. : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Elizabeth Bernard *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada and
Professional Institute of the Public
Service of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Public Service Alliance of Canada,
Privacy Commissioner of Canada,
Canadian Association of Counsel
to Employers,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Constitution Foundation,
Alberta Federation of Labour,
Coalition of British Columbia Businesses,
Merit Canada and
Public Service Labour
Relations Board** *Interveners*

**INDEXED AS: BERNARD v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

2014 SCC 13

File No.: 34819.

2013: November 4; 2014: February 7.

Present: LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Labour relations — Administrative law — Standard of review — Unions — Representational duties — Labour relations board ordering employer to disclose home contact information of members of bargaining unit to union — Board holding that disclosure necessary to permit union to carry out representational duties — Individual employee challenging order on grounds that it violated her rights under Privacy Act and s. 2(d) of

Elizabeth Bernard *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada et
Institut professionnel de la fonction
publique du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta,
Alliance de la Fonction publique du Canada,
Commissaire à la protection de la vie privée
du Canada,
Association canadienne des avocats
d'employeurs,
Association canadienne des libertés civiles,
Canadian Constitution Foundation,
Alberta Federation of Labour,
Coalition of British Columbia Businesses,
Merit Canada et
Commission des relations de travail
dans la fonction publique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BERNARD c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

2014 CSC 13

N° du greffe : 34819.

2013 : 4 novembre; 2014 : 7 février.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations du travail — Droit administratif — Norme de contrôle — Syndicats — Obligations de représentation — Ordonnance de la Commission des relations de travail pour que l'employeur communique les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat — Décision de la Commission selon laquelle la communication est nécessaire pour que le syndicat puisse s'acquitter de ses obligations de représentation

Charter — Whether board’s decision determining that order did not contravene Privacy Act was reasonable — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 2, 186(1)(a) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).

B is a member of a bargaining unit in the federal public service, but does not belong to the union which has exclusive bargaining rights for her bargaining unit. In other words, she is a “Rand Formula employee” who, although not a union member, is entitled to the benefits of the collective agreement and representation by the union and is required to pay union dues. The union is the exclusive bargaining agent for all members of the bargaining unit and has representational duties — such as in collective bargaining, the grievance process, workforce adjustments, prosecuting complaints, and conducting strike votes — which are owed to all bargaining unit members, whether or not they are members of the union.

In 2005, as a result of amendments to the *Public Service Labour Relations Act* which significantly expanded the union’s representational obligations, the union sought home contact information for bargaining unit members from the employer. The employer refused. This led to complaints to the Public Service Labour Relations Board by the union alleging that the refusal to provide this information constituted an unfair labour practice. The union alleged that failure to provide it with home contact information for bargaining unit members improperly interfered with its ability to represent them. The Board decided that the employer’s failure to provide the union “with at least some of the employee contact information that it requested” was an unfair labour practice because it interfered with the representation of employees by the union.

But on remedy, the Board asked for more information about several privacy-related issues: what information the union required for its representational obligations; what employee contact information the employer had in its possession and its accuracy; and whether the employer could meet its obligation to provide information in a way

— *Ordonnance contestée par une employée qui invoque la violation de ses droits protégés par la Loi sur la protection des renseignements personnels et par l’art. 2d) de la Charte — La décision de la Commission selon laquelle l’ordonnance ne contrevenait pas à la Loi sur la protection des renseignements personnels était-elle raisonnable? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, 186(1)a) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)a).*

B appartient à une unité de négociation dans la fonction publique fédérale, mais n’est pas membre du syndicat investi de droits de négociation exclusifs à l’égard de cette unité. Autrement dit, elle est une « employée assujettie à la formule Rand » qui, bien qu’elle ne soit pas syndiquée, bénéficie des avantages de la convention collective, a droit à la représentation du syndicat et est tenue de verser les cotisations syndicales. Le syndicat est l’agent négociateur exclusif de tous les membres de l’unité de négociation. Il a en outre envers chacun d’entre eux — qu’ils soient ou non syndiqués — des obligations de représentation, en ce qui concerne notamment la négociation collective, la procédure relative aux griefs, le réaménagement des effectifs, la poursuite de plaintes et la tenue de votes de grève.

Par suite des modifications apportées en 2005 à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, les obligations syndicales de représentation ont été considérablement étendues. Compte tenu de ces nouvelles obligations, le syndicat a demandé à l’employeur les coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation. L’employeur a refusé. Le syndicat a donc déposé des plaintes auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans lesquelles il alléguait que le refus de fournir ces renseignements constituait une pratique déloyale de travail. Le refus de lui fournir les coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation constituait, selon lui, une entrave indue à sa capacité de les représenter. La Commission a conclu que le refus de l’employeur de donner au syndicat « au moins une partie des renseignements qu’il avait demandés » constituait une pratique déloyale de travail parce que l’employeur intervenait ainsi dans la représentation des fonctionnaires par le syndicat.

Cependant, à titre de réparation, la Commission a demandé à obtenir plus de détails relativement à plusieurs questions liées à la protection de la vie privée : De quels renseignements le syndicat avait-il besoin pour s’acquitter de ses obligations de représentation? Quelles coordonnées d’employés l’employeur avait-il en sa possession et

that reasonably addressed any concerns under the *Privacy Act*. The Board directed the parties to consult in order to determine whether they could agree on disclosure terms, failing which the Board would hold a further hearing to address the question of remedy. The parties did in fact reach an agreement about the remedy, which the Board incorporated into a consent order.

Under the terms of the agreement, the employer was required to disclose to the union, on a quarterly basis, the home mailing addresses and home telephone numbers of members of the bargaining unit, subject to a number of conditions, all of which related to the security and privacy of the information. The union undertook not to disclose the information to anyone other than the appropriate union officials; not to use, copy or compile the information for any other purpose; and to ensure that its officials who had access to the information would comply with all the provisions of the agreement. The employer and the union also agreed that they would jointly advise employees as to what information would be disclosed prior to its disclosure, and agreed on the text of that notice. An email was accordingly sent to all bargaining unit members, including B. She responded by seeking judicial review of the consent order.

The Federal Court of Appeal concluded that the Board should have considered the application of the *Privacy Act* to the disclosure of home contact information, rather than simply adopting the agreement of the parties. It therefore remitted the matter to the Board for redetermination, and directed that the Office of the Privacy Commissioner and B be given notice of the redetermination proceedings and an opportunity to make submissions. At that redetermination hearing, B's position was that disclosure of her home telephone number and address breached her privacy rights and her *Charter* right not to associate with the union.

The Board concluded that workplace contact information was insufficient to allow a bargaining agent to meet its obligations to represent all employees in the bargaining unit and that a bargaining agent had a right to contact all employees directly. It also found that there was no breach of the *Privacy Act* in disclosing home

qu'en était-il de leur exactitude? L'employeur pouvait-il satisfaire à son obligation de fournir ces renseignements d'une façon qui réponde raisonnablement à toutes les préoccupations susceptibles d'être soulevées sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*? La Commission a ordonné aux parties de se consulter pour qu'elles déterminent si elles pouvaient s'entendre sur les modalités de la communication, faute de quoi elle tiendrait une nouvelle audience pour examiner la question de la réparation. Les parties sont bel et bien parvenues à une entente, au sujet de la réparation, que la Commission a intégrée à une ordonnance sur consentement.

Aux termes de l'entente, l'employeur devait, sous réserve de certaines conditions — toutes liées à la sécurité et au caractère privé des renseignements en cause —, communiquer tous les trimestres au syndicat les adresses postales et les numéros de téléphone à domicile des membres de l'unité de négociation. Le syndicat s'engageait à ne communiquer ces renseignements qu'aux représentants syndicaux autorisés; à ne pas les utiliser, les copier ou les compiler à d'autres fins; et à s'assurer que les personnes y ayant accès se conforment à toutes les dispositions de l'entente. L'employeur et le syndicat ont également convenu d'aviser les employés, préalablement et de façon conjointe, des renseignements qui seraient communiqués; ils se sont aussi entendus sur le texte de cet avis. Un courriel a donc été envoyé à tous les membres de l'unité de négociation, y compris B, qui a répondu par une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance sur consentement.

Selon la Cour d'appel fédérale, au lieu de simplement adopter l'accord conclu par les parties, la Commission aurait dû examiner l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à la communication des coordonnées résidentielles. Elle a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision, et a ordonné que le Commissariat à la protection de la vie privée et B soient avisés de la procédure de réexamen et invités à présenter des observations. Dans le cadre de l'audience en réexamen, B a fait valoir que la communication de ses adresse et numéro de téléphone à domicile portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu'à son droit protégé par la *Charte* de ne pas s'associer au syndicat.

La Commission a conclu à l'insuffisance des coordonnées au travail pour permettre à l'agent négociateur de satisfaire à ses obligations de représentation envers tous les employés de l'unité de négociation et a ajouté qu'un agent négociateur a le droit de communiquer avec tous les employés directement. Elle a aussi conclu qu'il

telephone numbers and addresses to bargaining agents because that disclosure was consistent with the purpose for which the information was obtained and was, as a result, a “consistent use” of the information under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. But it put two additional safeguards in place: the information was to be provided to the union only on an encrypted or password-protected basis, and expired home contact information was to be appropriately disposed of after updated information was provided. Because the Board concluded that the directions of the Federal Court of Appeal required it to undertake only the assessment of the privacy rights of the employees in the bargaining unit, it did not address B’s *Charter* arguments.

B again sought judicial review. The Federal Court of Appeal concluded that the Board’s decision that the union needed employees’ home contact information in order to fulfill its representational duties was reasonable, and that the union’s use of home contact information was a “consistent use” under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

Held (Rothstein and Moldaver JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The standard of review applicable to the Board’s decision is reasonableness. In the labour relations context in which B’s privacy complaints arose, the Board’s decision was reasonable.

A union has the exclusive right to bargain on behalf of all employees in a given bargaining unit, including Rand employees. The union is the exclusive agent for those employees with respect to their rights under the collective agreement and the union must represent those employees fairly and in good faith. While an employee is undoubtedly free not to join the union and to decide to become a Rand employee, he or she may not opt out of the exclusive bargaining relationship, nor the representational duties that a union owes to employees.

The *Public Service Labour Relations Act* imposes a number of specific duties on a union with respect to

n’y a eu aucune violation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lors de la communication d’adresses et de numéros de téléphone résidentiels aux agents négociateurs, parce que celle-ci était compatible avec les fins auxquelles ces renseignements avaient été recueillis et qu’elle constituait donc un « usage compatible » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a néanmoins mis en place deux mesures de protection supplémentaires, à savoir : l’obligation pour l’employeur de transmettre les renseignements au syndicat exclusivement au moyen de dispositifs cryptés ou protégés par mot de passe; et l’obligation pour le syndicat de dûment disposer des coordonnées résidentielles désuètes lorsque des renseignements à jour lui sont fournis. Ayant conclu que la Cour d’appel fédérale lui ordonnait uniquement d’examiner la question du droit à la vie privée des employés de l’unité de négociation, la Commission ne s’est pas penchée sur les arguments de B fondés sur la *Charte*.

B a présenté une nouvelle demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale a alors conclu que la Commission avait rendu une décision raisonnable en concluant que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour satisfaire à ses obligations de représentation et qu’il avait fait un « usage compatible » de ces renseignements au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Arrêt (les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable. Dans le contexte des relations du travail dans lequel s’inscrivent les plaintes en matière de vie privée déposées par B, la décision de la Commission était raisonnable.

Le syndicat a le droit exclusif de négocier au nom de tous les employés d’une unité de négociation donnée, y compris ceux assujettis à la formule Rand. Il est l’agent exclusif de ces employés en ce qui concerne les droits que leur confère la convention collective et il doit les représenter avec équité et bonne foi. Un employé est certes libre de ne pas adhérer au syndicat et de devenir ainsi un employé assujetti à la formule Rand; il ne dispose toutefois d’aucun droit de retrait en ce qui concerne la relation de négociation exclusive ainsi que les obligations de représentation du syndicat.

La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* impose aux syndicats un certain nombre

employees in the bargaining unit. These include a duty to provide all employees in the bargaining unit with a reasonable opportunity to participate in strike votes and to be notified of the results of such votes. An employee cannot waive his or her right to be fairly — and exclusively — represented by the union. Given that the union owes legal obligations to all employees — whether or not they are Rand employees — and may have to communicate with them quickly, the union should not be deprived of information in the hands of the employer that could assist in fulfilling those obligations.

The union needs effective means of contacting employees in order to discharge its representational duties. Work contact information is insufficient to enable the union to carry out its duties to bargaining unit employees for a number of reasons: it is not appropriate for a bargaining agent to use employer facilities for its business; workplace communications from bargaining agents must be vetted by the employer before posting; there is no expectation of privacy in electronic communications at the workplace; and the union must be able to communicate with employees quickly and effectively. An employer can control the means of workplace communication, can implement policies that restrict all workplace communications, including with the union, and can monitor communications. In addition, the union may have representational duties to employees whom it cannot contact at work, such as employees who are on leave, or who are not at work because of a labour dispute.

The intersecting privacy concerns emerge from the *Privacy Act*. It imposes a ban on disclosure of government-held personal information, which includes home addresses and telephone numbers, subject to a number of exceptions listed in s. 8(2), including the “consistent use” exception. A use need not be identical to the purpose for which information was obtained in order to fall under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*; it must only be consistent with that purpose. There need only be a sufficiently direct connection between the purpose and the proposed use, such that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed. The union needed employee home contact information to represent the interests of employees, a use consistent with the purpose for which the government employer collected the information, namely, to contact employees about the terms and conditions of their

d’obligations précises à l’égard des employés d’une unité de négociation donnée, notamment celle de leur donner la possibilité de participer aux votes de grève et d’être informés des résultats de ceux-ci. Un employé ne peut renoncer à son droit d’être représenté de façon équitable — et exclusive — par le syndicat. Compte tenu de ses obligations légales envers tous les employés — qu’ils soient ou non des employés assujettis à la formule Rand — et du fait qu’il peut avoir à communiquer rapidement avec eux, le syndicat ne devrait pas être privé des renseignements dont dispose l’employeur et qui sont susceptibles de l’aider à s’acquitter de ces obligations.

Pour pouvoir s’acquitter de ses obligations de représentation, le syndicat doit disposer de moyens efficaces de communiquer avec les employés. Les coordonnées des employés au travail sont insuffisantes pour permettre au syndicat de satisfaire à ses obligations envers les employés de l’unité de négociation, et ce, pour plusieurs raisons : il n’est pas convenable que l’agent négociateur utilise les installations de l’employeur pour mener ses activités; les informations que les agents négociateurs souhaitent communiquer au travail doivent être examinées par l’employeur avant d’être diffusées; les communications électroniques effectuées au travail ne donnent lieu à aucune attente en matière de respect de la vie privée; et le syndicat doit pouvoir communiquer avec les employés rapidement et efficacement. Un employeur peut contrôler les moyens de communication au travail, mettre en application des politiques restreignant toutes les communications échangées au travail, y compris celles avec le syndicat, et surveiller celles-ci. De plus, le syndicat peut avoir des obligations de représentation envers des employés avec lesquels il ne peut communiquer au travail, notamment des employés en congé ou absents en raison d’un conflit de travail.

Des préoccupations quant au respect de la vie privée découlent de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Celle-ci interdit la communication de renseignements personnels détenus par le gouvernement — lesquels comprennent les adresses et numéros de téléphone à domicile —, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions énumérées à son par. 8(2), dont celle de l’« usage compatible ». Pour qu’il soit visé par l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’usage n’a pas à être identique aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis; il n’a qu’à être compatible avec celles-ci. Il suffit qu’il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l’usage projeté de sorte qu’il serait raisonnable que l’employé s’attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée. Le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour représenter les intérêts de

employment. The information collected by the employer was for the appropriate administration of the employment relationship. This purpose is consistent with the union's intended use of the contact information.

The Board was entitled to conclude that its mandate on the redetermination was limited to the question of how much home contact information the employer could disclose to the union without infringing an employee's rights under the *Privacy Act*, and did not include B's argument that requiring an employer to provide a bargaining agent with the home address and phone number of its employees breached her right to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The compelled disclosure of home contact information in order to allow a union to carry out its representational obligations to all bargaining unit members does not engage B's freedom not to associate with the union. In any event, that argument had no merit and was clearly bound to fail, whenever and wherever asserted. B's s. 8 *Charter* argument alleging that the disclosure constituted an unconstitutional search and seizure similarly had no merit.

Per Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting in part): This appeal is about a tribunal wrongly declining to exercise its jurisdiction to consider *Charter* arguments. Where a tribunal does not respond to a constitutional challenge because of a mistaken understanding of its jurisdiction, it is wrongfully declining the jurisdiction that it not only has, but that it must exercise. That constitutes an error of law.

The Public Service Labour Relations Board made a reasonable decision in holding that s. 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act* requires the employer to disclose some employee contact information to the union and that this complies with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. The Board, however, incorrectly declined to determine B's s. 2(d) *Charter* arguments. The Board possessed both the authority and the duty to decide her *Charter* arguments. It would be inconsistent with this Court's jurisprudence to hold that a reviewing court can exclude such a fundamental aspect of the Board's jurisdiction. In holding that the Board was barred from determining B's *Charter* arguments on reconsideration, both the Board and the Federal Court of Appeal erred

ces derniers, et il s'agissait d'un usage compatible avec les fins auxquelles le gouvernement employeur recueillait ces renseignements, à savoir informer les employés des conditions de leur emploi. L'employeur recueillait ces informations pour la bonne administration de la relation d'emploi. Cet objectif est conforme à l'usage que le syndicat entend faire des coordonnées.

La Commission a conclu à bon droit que son mandat dans le cadre du réexamen consistait uniquement à déterminer quelles coordonnées résidentielles l'employeur pouvait communiquer au syndicat sans porter atteinte aux droits des employés protégés sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et qu'il ne comprenait pas l'argument de B selon lequel obliger l'employeur à fournir à l'agent négociateur les adresses et numéros de téléphone à domicile de ses employés porte atteinte à son droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. La communication obligatoire des coordonnées résidentielles visant à permettre au syndicat de s'acquitter de ses obligations de représentation envers tous les membres de l'unité de négociation ne porte pas atteinte à la liberté de B de ne pas s'associer au syndicat. Quoi qu'il en soit, cet argument était sans fondement et manifestement voué à l'échec, peu importe le moment ou le lieu où il a été invoqué. L'argument de B fondé sur l'art. 8 de la *Charte* selon lequel la communication en question constituait une fouille ou saisie inconstitutionnelle est également sans fondement.

Les juges Rothstein et Moldaver (dissidents en partie) : Le présent appel concerne le refus injustifié d'un tribunal d'exercer sa compétence pour examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Un tribunal administratif qui, parce qu'il interprète mal sa compétence, ne se prononce pas sur une contestation constitutionnelle décline à tort la compétence qui lui est non seulement conférée, mais qu'il doit aussi exercer. Cela constitue une erreur de droit.

La Commission des relations de travail dans la fonction publique a rendu une décision raisonnable en concluant que l'al. 186(1)(a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* oblige l'employeur à communiquer au syndicat certaines des coordonnées des employés et que cela respecte les exigences de l'al. 8(2)(a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La Commission a toutefois refusé à tort de se prononcer sur les arguments de B fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*. La Commission avait à la fois le pouvoir et l'obligation de statuer sur ses arguments fondés sur la *Charte*. Conclure qu'une cour de révision peut exclure un aspect aussi fondamental de la compétence de la Commission irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour.

in law. This jurisdictional error resulted in a denial of procedural fairness insofar as B was deprived of her right to make her *Charter* submissions and have them considered and ruled upon.

Pursuant to the two-step test in *Quan v. Cusson*, this Court should address B's s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments. The mere provision of B's home address and telephone number to the bargaining agent cannot be characterized as forced association, nor does it amount to compelled ideological conformity. Accordingly, there is no violation of freedom from association under s. 2(d) of the *Charter*. The disclosure of B's home contact information to the union does not trigger the protection of s. 8 of the *Charter* because B did not have a reasonable expectation of privacy in the personal information disclosed. In any event, the disclosure cannot constitute a "seizure" for the purposes of s. 8 of the *Charter* since the information was disclosed to an employee organization and not the state.

The appeal should be allowed, but only in respect of the Federal Court of Appeal's order of costs payable by B to the respondents.

Cases Cited

By Abella and Cromwell JJ.

Referred to: *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181; *Monarch Transport Inc. and Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CIRB 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

By Rothstein J. (dissenting in part)

Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency), 2012 PSLRB 58 (CanLII); *Canadian National Railway Company* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983]

En concluant que la Commission ne pouvait pas examiner les arguments de B fondés sur la *Charte* dans le cadre du réexamen, tant la Commission que la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur de droit. Cette erreur quant à la compétence a entraîné un manquement à l'équité procédurale dans la mesure où B a été privée de son droit de présenter des observations fondées sur la *Charte*, ainsi que de son droit de les voir prises en considération et tranchées.

La Cour doit statuer sur les arguments de B fondés sur l'al. 2d) et l'art. 8 de la *Charte* conformément au test à deux volets énoncé dans *Quan c. Cusson*. Le simple fait de communiquer l'adresse et le numéro de téléphone résidentiels de B à l'agent négociateur ne peut pas être considéré comme une association forcée, et ne constitue pas non plus une forme de conformité idéologique forcée. En conséquence, il n'y a pas atteinte au droit à la liberté d'association protégé par l'al. 2d) de la *Charte*. La communication au syndicat des coordonnées résidentielles de B ne déclenche pas l'application de la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte* parce que B n'avait pas une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels communiqués. Quoi qu'il en soit, la communication ne peut constituer une « saisie » aux fins de l'application de l'art. 8 de la *Charte* puisque les renseignements ont été communiqués non pas à l'État, mais à une organisation syndicale.

L'appel devrait être accueilli, mais seulement à l'égard de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la Cour d'appel fédérale selon laquelle B doit verser les dépens aux intimés.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Cromwell

Arrêts mentionnés : *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181; *Monarch Transport Inc. et Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CCRI 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

Citée par le juge Rothstein (dissident en partie)

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada), 2012 CRTFP 58 (CanLII); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1994), 95 di

OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Canada Post Corporation* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(d), 8.
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], ss. 36, 42, 183, 184, 185, 186(1)(a), 190(1)(b), (g).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Evans and Sharlow JJ.A.), 2012 FCA 92, 431 N.R. 317, 347 D.L.R. (4th) 577, [2012] F.C.J. No. 467 (QL), 2012 CarswellNat 1077, affirming a decision of the Public Service Labour Relations Board, 2011 PSLRB 34, [2011] C.P.S.L.R.B. No. 36 (QL), 2011 CarswellNat 1296. Appeal dismissed, Rothstein and Moldaver JJ. dissenting in part.

Elizabeth Bernard, on her own behalf.

Anne M. Turley, for the respondent the Attorney General of Canada.

Peter C. Engelmann, Colleen Bauman and Isabelle Roy, for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada.

Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the *amicus curiae*.

S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Société canadienne des postes* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d), 8.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)a).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2], art. 36, 42, 183, 184, 185, 186(1)a), 190(1)b), g).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Evans et Sharlow), 2012 CAF 92, 431 N.R. 317, 347 D.L.R. (4th) 577, [2012] A.C.F. n° 467 (QL), 2012 CarswellNat 2834, qui a confirmé une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, 2011 CRTFP 34, [2011] C.R.T.F.P.C. n° 36 (QL), 2011 CarswellNat 1297. Pourvoi rejeté, les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents en partie.

Elizabeth Bernard, en personne.

Anne M. Turley, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Peter C. Engelmann, Colleen Bauman et Isabelle Roy, pour l'intimé l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'*amicus curiae*.

S. Zachary Green, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Keith Evans, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Andrew Raven, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

Eugene Meehan, Q.C., Patricia Kosseim and Kate Wilson, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Written submissions only by *Hugh J. D. McPhail, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

Timothy Gleason and Sean Dewart, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Mark A. Gelowitz and Gerard J. Kennedy, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

John R. Carpenter and Kara O'Halloran, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Written submissions only by *Andrea Zwack and Simon Ruel*, for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada.

John B. Laskin, for the intervener the Public Service Labour Relations Board.

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA AND CROMWELL JJ. — The Public Service Labour Relations Board concluded that an employer was required to provide home contact information about bargaining unit members to the union which represents them because this information is needed by the union in order to carry out its representational duties. At the same time, however, the union must ensure that the information is kept secure and is used only for representational

Keith Evans, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Andrew Raven, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

Eugene Meehan, c.r., Patricia Kosseim et Kate Wilson, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Hugh J. D. McPhail, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs.

Timothy Gleason et Sean Dewart, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Mark A. Gelowitz et Gerard J. Kennedy, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

John R. Carpenter et Kara O'Halloran, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Argumentation écrite seulement par *Andrea Zwack et Simon Ruel*, pour les intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada.

John B. Laskin, pour l'intervenante la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET CROMWELL — La Commission des relations de travail dans la fonction publique (« Commission ») a conclu qu'un employeur est tenu de communiquer les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat qui les représente, parce que ce dernier en a besoin pour s'acquitter de ses obligations de représentation. Cela dit, le syndicat doit veiller à ce que ces renseignements soient

purposes. The main issue in this appeal is whether that decision was reasonable. We conclude that it was.

Background

[2] Elizabeth Bernard is the protagonist in a legal odyssey which has found its way through three administrative tribunal proceedings, two rounds of judicial review in the Federal Court of Appeal and now an appeal to this Court. She is a member of a bargaining unit in the federal public service, but does not belong to the union which has exclusive bargaining rights for her bargaining unit. In labour relations terms, this means that Ms. Bernard is a “Rand Formula employee”; in other words, although she is not a union member, she is entitled to the benefits of the collective agreement and representation by the union and is required to pay union dues. The union is the *exclusive* bargaining agent for *all* members of the bargaining unit and has representational duties — such as in collective bargaining, the grievance process, workforce adjustments, prosecuting complaints, and conducting strike votes. Those duties are owed to *all* bargaining unit members, whether or not they are members of the union. While Ms. Bernard has a right not to become a union member, she does not have the right to opt out of the union’s role as exclusive bargaining agent for all bargaining unit employees, including her.

[3] In early 1992, Ms. Bernard filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner because her employer was giving her home address to the union. In May 1993, the Office of the Privacy Commissioner concluded that such disclosure was not permitted under the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, without the employee’s consent. As a result, the employer decided to discontinue the practice. The Office of the Privacy Commissioner had no adjudicative or order-making authority and the conclusions reached by that office did not confer any rights on Ms. Bernard or anyone else.

conservés en sûreté et ne servent qu’à des fins de représentation. La question principale soulevée en l’espèce est celle de savoir si cette décision était raisonnable. Nous estimons que oui.

Contexte

[2] Elizabeth Bernard est la protagoniste d’une véritable odyssée judiciaire l’ayant entraîné dans trois procédures administratives, deux contrôles judiciaires en Cour d’appel fédérale et, maintenant, un pourvoi devant la Cour. Elle appartient à une unité de négociation dans la fonction publique fédérale, mais n’est pas membre du syndicat investi de droits de négociation exclusifs à l’égard de son unité. Dans le jargon des relations de travail, cela signifie que M^{me} Bernard est une « employée assujettie à la formule Rand »; autrement dit, bien qu’elle ne soit pas syndiquée, elle bénéficie des avantages de la convention collective, a droit à la représentation du syndicat et est tenue de verser les cotisations syndicales. Le syndicat est l’agent négociateur *exclusif* de *tous* les membres de l’unité. Il a en outre envers *chacun* d’entre eux — qu’ils soient ou non syndiqués — des obligations de représentation, en ce qui concerne notamment la négociation collective, la procédure relative aux griefs, le réaménagement des effectifs, la poursuite de plaintes et la tenue de votes de grève. Bien qu’elle soit libre de ne pas adhérer au syndicat, M^{me} Bernard n’a pas de droit de retrait quant au rôle exercé par celui-ci en tant qu’agent négociateur exclusif de tous les employés de l’unité, y compris elle.

[3] Au début de 1992, M^{me} Bernard a déposé une plainte au Commissariat à la protection de la vie privée parce que son employeur avait donné son adresse résidentielle au syndicat. En mai 1993, le Commissariat a conclu que, sans le consentement de l’employée, une telle communication n’était pas autorisée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »). L’employeur a donc décidé d’abandonner cette pratique. Le Commissariat n’avait aucun pouvoir juridictionnel ou pouvoir de rendre des ordonnances; les conclusions qu’il a tirées ne conféraient donc aucun droit à M^{me} Bernard ou à qui que ce soit d’autre.

[4] In 1995, Ms. Bernard changed jobs within the federal public service and became a member of a bargaining unit represented by the Professional Institute of the Public Service of Canada. Once again, she did not join the union and was a “Rand Formula employee” in her new bargaining unit.

[5] In 2005, there were amendments to the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, which significantly expanded the union’s representational obligations. Because of these new duties the union was of the view that it required home contact information for bargaining unit members. It sought that information from the employer in order to carry out these obligations. The employer refused. This led to consolidated complaints in September 2007 by the union alleging that the refusal to provide this information constituted an unfair labour practice. The union alleged that failure to provide it with bargaining unit member home contact information improperly interfered with its ability to represent bargaining unit members. The parties to the consolidated complaints were, as is always the case, the employers (the Treasury Board of Canada and the Canada Revenue Agency) and the union in its capacity as exclusive bargaining agent for the bargaining unit members. As is the usual practice, Ms. Bernard was not given individual notice of the proceedings at this point, in common with the tens of thousands of other bargaining unit members for whom the union had exclusive bargaining rights and whose personal information was at issue in the consolidated complaints.

[6] As a remedy, the union sought an order requiring the employer to provide the names, position titles, telephone numbers, and home and email addresses for all employees in six nation-wide bargaining units, including the bargaining unit of which Ms. Bernard was a member.

[7] In response, the employer did not dispute the jurisprudence relied on by the union endorsing the requirement to disclose personal information to unions for legitimate bargaining purposes. In other

[4] En 1995, M^{me} Bernard a changé d’emploi et est devenue membre d’une unité de négociation représentée par l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada. Encore une fois, elle n’a pas adhéré au syndicat et était donc une « employée assujettie à la formule Rand » dans sa nouvelle unité de négociation.

[5] Les modifications apportées en 2005 à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (« *LRTFP* »), ont considérablement étendu les obligations syndicales de représentation. Compte tenu de ces nouvelles obligations, le syndicat de M^{me} Bernard a estimé avoir besoin des coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation. Il a demandé à l’employeur de les lui fournir afin de pouvoir s’acquitter de ces obligations. L’employeur a refusé. En septembre 2007, le syndicat a donc déposé des plaintes regroupées dans lesquelles il alléguait que le refus de fournir ces renseignements constituait une pratique déloyale de travail. Le refus de lui fournir les coordonnées résidentielles des membres de l’unité constituait, selon lui, une entrave indue à sa capacité de représenter ces derniers. Les parties aux plaintes regroupées étaient, comme c’est toujours le cas, les employeurs (le Conseil du Trésor du Canada et l’Agence du revenu du Canada) et le syndicat en tant qu’agent négociateur exclusif des membres de l’unité. Comme le veut la pratique habituelle, M^{me} Bernard n’a pas été personnellement avisée de la procédure à ce moment-là, à l’instar des dizaines de milliers d’autres membres de l’unité à l’égard desquels le syndicat avait des droits de négociation exclusifs et dont les renseignements personnels étaient en cause dans les plaintes regroupées.

[6] En guise de réparation, le syndicat a sollicité une ordonnance intimant à l’employeur de lui fournir les noms, les titres de poste, les numéros de téléphone ainsi que les adresses résidentielles et électroniques de tous les employés faisant partie de six unités de négociation nationales, dont celle à laquelle appartenait M^{me} Bernard.

[7] En réponse, l’employeur n’a pas contesté la jurisprudence invoquée par le syndicat qui confirme l’obligation de communiquer des renseignements personnels aux syndicats aux fins légitimes

words, the employer did not dispute the premise of the union's complaint that it had to provide some employee information and that failure to do so could constitute an unfair labour practice. However, the employer raised some practical concerns about employee privacy and about the accuracy and completeness of its own information. The employer placed before the Board an opinion obtained from the Office of the Privacy Commissioner addressing these points. The Board decided that "in principle", the employer's failure to provide the union "with at least some of the employee contact information that it requested" was an unfair labour practice because it interfered with the representation of employees by the union within the meaning of s. 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*. It pointed particularly to the union's responsibilities in connection with the conduct of a strike vote (s. 184) and a final-offer vote (s. 183) as "legitimate representational purposes" that justified the disclosure of the kind of personal information sought by the union. In so concluding, the Board relied on an extensive body of jurisprudence holding that employee contact information must be disclosed to the union by the employer for these purposes: *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 (Ont.) ("*Millcroft*"); *Monarch Transport Inc. and Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CIRB 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 (B.C.).

[8] On the question of remedy, the Board was clearly alive to the privacy issues canvassed in the Privacy Commissioner's opinion and indicated that it did not have a sound basis upon which to address those issues. The Board asked for more information about several privacy-related issues, including: what information the union required for its representational obligations; what employee contact information the employer had in its possession and its accuracy; and whether the employer could meet its obligation to provide information in a way that

de négociation. Autrement dit, l'employeur n'a pas contesté la prémisse sur laquelle reposait la plainte du syndicat, soit qu'il devait fournir certains renseignements relatifs aux employés et que le refus de le faire pouvait constituer une pratique déloyale de travail. Cependant, l'employeur a soulevé certaines préoccupations d'ordre pratique en ce qui a trait au respect de la vie privée des employés ainsi qu'à l'exactitude et à l'exhaustivité des renseignements dont il disposait alors. L'employeur a déposé auprès de la Commission une opinion exprimée à cet égard par le Commissariat à la protection de la vie privée. La Commission a conclu que, « en principe », le refus de l'employeur de donner au syndicat « au moins une partie des renseignements qu'il avait demandés » constituait une pratique déloyale de travail parce que l'employeur intervenait ainsi dans la représentation des fonctionnaires par le syndicat au sens de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP*. La Commission a insisté tout particulièrement sur le fait que les responsabilités syndicales relatives à la tenue d'un vote de grève (art. 184) et d'un vote sur les dernières offres de l'employeur (art. 183) constituaient des « fins de représentation légitimes » justifiant la communication des renseignements personnels du type de ceux demandés par le syndicat. En tirant cette conclusion, la Commission s'est fondée sur une jurisprudence abondante selon laquelle l'employeur doit communiquer au syndicat les coordonnées de ses employés pour permettre la réalisation de ces fins : *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 (Ont.) (« *Millcroft* »); *Monarch Transport Inc. et Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CCRI 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 (C.-B.).

[8] Pour ce qui est de la réparation, la Commission était certes consciente des questions de protection des renseignements personnels soulevées dans l'opinion du commissaire à la protection de la vie privée et a affirmé qu'elle n'avait pas de bases solides pour trancher ces questions. Elle a donc demandé à obtenir plus de détails relativement à plusieurs questions liées à la protection de la vie privée, dont les suivantes : De quels renseignements le syndicat avait-il besoin pour s'acquitter de ses obligations de représentation? Quelles coordonnées d'employés l'employeur avait-il

reasonably addressed any concerns under the *Privacy Act*. The Board directed the parties to consult in order to determine whether they could agree on disclosure terms, failing which the Board would hold a further hearing to address the question of remedy.

[9] The parties did in fact reach an agreement about the remedy and gave the Board a draft consent order, which the Board incorporated into an order on July 18, 2008.

[10] Under the terms of the agreement, the employer was required to disclose to the union, on a quarterly basis, the home mailing addresses and home telephone numbers of members of the bargaining unit, subject to a number of conditions, all of which related to the security and privacy of the information. The union recognized “the sensitivity of the information being disclosed” and undertook in the agreement to “ensure vigilant management and monitoring controls on this information at all times”. In particular, it undertook not to disclose the information to anyone other than the appropriate union officials; not to use, copy or compile the information for any other purpose; and to ensure that its officials who had access to the information would comply with all the provisions of the agreement.

[11] The employer and the union also agreed that they would jointly advise employees as to what information would be disclosed prior to its disclosure, and agreed on the text of that notice. An email was accordingly sent to all bargaining unit members on October 16, 2008, including Ms. Bernard, who responded by seeking judicial review of the consent order, claiming that (a) the Board’s order required the employer to violate the *Privacy Act* by disclosing her personal information without her consent; (b) the Board must defer to the Office of the Privacy Commissioner and in particular its 1993 disposition of her complaint; (c) she ought to have been given notice of the proceedings before the

en sa possession et qu’en était-il de leur exactitude? L’employeur pouvait-il satisfaire à son obligation de fournir ces renseignements d’une façon qui réponde raisonnablement à toutes les préoccupations susceptibles d’être soulevées sous le régime de la *LPRP*? La Commission a ordonné aux parties de se consulter pour qu’elles déterminent si elles pouvaient s’entendre sur les modalités de la communication, faute de quoi elle tiendrait une nouvelle audience pour examiner la question de la réparation.

[9] Les parties sont bel et bien parvenues à une entente au sujet de la réparation et ont remis à la Commission un projet d’ordonnance sur consentement, que celle-ci a intégré à une ordonnance rendue le 18 juillet 2008.

[10] Aux termes de l’entente, l’employeur devait, sous réserve de certaines conditions — toutes liées à la sécurité et au caractère privé des renseignements en cause —, communiquer tous les trimestres au syndicat les adresses postales et les numéros de téléphone à domicile des membres de l’unité de négociation. Le syndicat reconnaissait [TRADUCTION] « la nature délicate des renseignements communiqués » et s’engageait dans l’entente à « veiller à mettre en place des mesures efficaces de contrôle de gestion et de surveillance permanente de ces renseignements ». Plus particulièrement, il s’engageait à ne communiquer ces renseignements qu’aux représentants syndicaux autorisés; à ne pas les utiliser, les copier ou les compiler à d’autres fins; et à s’assurer que les personnes y ayant accès se conforment à toutes les dispositions de l’entente.

[11] L’employeur et le syndicat ont également convenu d’aviser les employés, préalablement et de façon conjointe, des renseignements qui seraient communiqués; ils se sont aussi entendus sur le texte de cet avis. Le 16 octobre 2008, un courriel a donc été envoyé à tous les membres de l’unité de négociation, y compris à M^{me} Bernard, qui a répondu par une demande de contrôle judiciaire de l’ordonnance sur consentement. Elle y soulevait les arguments suivants : a) l’ordonnance de la Commission enjoignant à l’employeur de communiquer ses renseignements personnels sans son consentement obligeait ce dernier à contrevenir à la *LPRP*; b) la Commission devait s’en remettre

Board; and (d) the Board's order breached her *Charter* right not to associate with the union.

[12] The Federal Court of Appeal (Blais C.J., Pelletier and Trudel JJ.A.) confirmed that the Board's initial decision was that "some" contact information must be provided, and noted that that decision was not under review. Nor was the Board's decision that the failure to provide such information amounts to interference in the administration of the union. The issue before it, instead, was "the nature of the information to be provided and the circumstances under which it must be provided".

[13] The Federal Court of Appeal concluded that the Board should have considered the application of the *Privacy Act* to the disclosure of home contact information under the *Public Service Labour Relations Act*, rather than simply adopting the agreement arrived at by the parties. It therefore remitted the matter to the Board for redetermination, and directed that the Office of the Privacy Commissioner and Ms. Bernard be given notice of the redetermination proceedings and an opportunity to make submissions. It did not deal with Ms. Bernard's freedom of association argument, nor with her argument that she ought to have been given notice of the prior proceedings before the Board.

[14] At the redetermination hearing, the Privacy Commissioner acknowledged that the Board was entitled to order disclosure of personal information pursuant to the *Public Service Labour Relations Act*, referring to its 1993 decision as a "*non-binding report of findings*" to Ms. Bernard and her employer (emphasis added). However, the Commissioner urged the Board "to carefully consider what personal information is minimally required from the employer" to satisfy the union's representational obligations, to explore "alternative ways" for the union

au Commissariat à la protection de la vie privée et, plus particulièrement, à la façon dont celui-ci s'était prononcé sur sa plainte en 1993; c) on aurait dû l'aviser de l'instance introduite devant la Commission; et d) l'ordonnance de la Commission portait atteinte à son droit garanti par la *Charte* de ne pas s'associer au syndicat.

[12] La Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Pelletier et Trudel) a confirmé qu'« une partie » des coordonnées des employés devait être communiquée aux termes de la décision initiale rendue par la Commission, laquelle, a-t-elle souligné, n'était pas visée par le contrôle judiciaire. La décision de la Commission selon laquelle le défaut de communiquer de tels renseignements constituait une ingérence dans l'administration du syndicat n'était pas non plus assujettie à ce contrôle. La question en litige portait plutôt « sur la nature des renseignements devant être fournis et sur les circonstances en vertu desquelles ils doivent l'être ».

[13] Selon la Cour d'appel fédérale, au lieu de simplement adopter l'accord conclu par les parties, la Commission aurait dû examiner l'application de la *LPRP* à la communication des coordonnées résidentielles sous le régime de la *LRTFP*. Elle a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision, et a ordonné que le Commissariat à la protection de la vie privée et M^{me} Bernard soient avisés de la procédure de réexamen et invités à présenter des observations. La Cour d'appel fédérale n'a pas examiné l'argument de M^{me} Bernard relatif à la liberté d'association, ni celui selon lequel elle aurait dû être avisée de l'instance introduite antérieurement devant la Commission.

[14] À l'audience sur le réexamen, la commissaire à la protection de la vie privée a reconnu que la Commission pouvait ordonner la communication de renseignements personnels sous le régime de la *LRTFP*, qualifiant la décision qu'elle avait rendue en 1993 de [TRADUCTION] « *rapport de conclusions non contraignant* », destiné à M^{me} Bernard et à son employeur (italiques ajoutés). Cependant, la commissaire a exhorté la Commission « à déterminer soigneusement quels renseignements personnels devaient être fournis au minimum par l'employeur »

to meet its statutory obligations, and to “ensure adequate safeguards for all employee personal information, and the implementation of privacy best practices”.

[15] Ms. Bernard’s position was that disclosure of her home telephone number and address breached her privacy rights and her right not to associate with the union. The Board addressed all of the privacy concerns raised by Ms. Bernard and the Commissioner. It concluded that work contact information was insufficient to allow a bargaining agent to meet its obligations to represent all employees in the bargaining unit. In its view, “a bargaining agent has a right to contact all employees directly — relying on employees going to a website or talking to a steward does not meet that obligation”: 2011 PSLRB 34 (CanLII), at para. 164.

[16] The Board ultimately turned to the question of whether the consent order properly protected the privacy interests of employees. It noted the following privacy-enhancing features of the original consent order: the union could use the home contact information only for legitimate purposes under the *Public Service Labour Relations Act* and not for any other purposes; and it could not disclose the information to anyone other than those officials responsible for fulfilling its obligations. The Board also noted that the union had specifically undertaken to be bound by the principles of the *Privacy Act* and regulations and the principles of the Government Security Policy in effect at the time. Nonetheless, it put two additional safeguards in place: the information should be provided to the union only on an encrypted or password-protected basis, and expired home contact information had to be appropriately disposed of after updated information was provided.

pour permettre le respect des obligations syndicales de représentation, à envisager « d’autres moyens » pour que le syndicat satisfasse à ses obligations légales, et à « faire en sorte que des mesures de protection suffisantes soient en place pour tous les renseignements personnels des employés, et des pratiques exemplaires en matière de respect de la vie privée mises en œuvre ».

[15] Selon M^{me} Bernard, la communication de ses adresse et numéro de téléphone à domicile portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu’à son droit de ne pas s’associer au syndicat. La Commission a examiné toutes les préoccupations relatives à la vie privée soulevées par M^{me} Bernard et la commissaire. Elle a ensuite conclu à l’insuffisance des coordonnées au travail pour permettre à l’agent négociateur de satisfaire à ses obligations de représentation envers tous les employés de l’unité de négociation. À son avis, « un agent négociateur a le droit de communiquer avec tous les employés directement — présumer que les employés consulteront le site Web ou discuteront avec un délégué ne satisfait pas à cette obligation » : 2011 CRTFP 34 (CanLII), par. 164.

[16] Enfin, la Commission s’est penchée sur la question de savoir si l’ordonnance sur consentement protégeait suffisamment le droit à la vie privée des employés. Elle a fait ressortir les caractéristiques suivantes de l’ordonnance sur consentement initiale, destinées à accroître le respect de la vie privée : le syndicat pouvait utiliser les coordonnées résidentielles des employés uniquement aux fins légitimes prévues par la *LRTFP*; et il ne pouvait communiquer les renseignements personnels obtenus qu’aux représentants chargés de s’acquitter de ses obligations. La Commission a également souligné que le syndicat avait expressément accepté d’être assujéti aux principes de la *LPRP* et de son règlement ainsi qu’à ceux établis dans la Politique sur la sécurité du gouvernement en vigueur à ce moment-là. Elle a néanmoins mis en place deux mesures de protection supplémentaires, à savoir : l’obligation pour l’employeur de transmettre les renseignements au syndicat exclusivement au moyen de dispositifs cryptés ou protégés par mot de passe; et l’obligation pour le syndicat de dûment disposer des coordonnées résidentielles désuètes lorsque des renseignements à jour lui sont fournis.

[17] There was no breach of the *Privacy Act* in disclosing home telephone numbers and addresses to bargaining agents because that disclosure was consistent with the purpose for which the information was obtained and was, as a result, a “consistent use” of the information under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[18] Because the Board concluded that the directions of the Federal Court of Appeal required it to undertake only the assessment of the privacy rights of the employees in the bargaining unit, it did not address Ms. Bernard’s freedom of association argument.

[19] Ms. Bernard again sought judicial review. The Federal Court of Appeal (Blais C.J., Evans and Sharlow J.J.A.) concluded that the Board’s decision was subject to a reasonableness standard of review. It also concluded that the Board’s decision was reasonable in finding that the union needed employees’ home contact information in order to fulfill its representational duties and that the union’s use of home contact information was a “consistent use” under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[20] We agree that the standard of review is reasonableness. For the following reasons, we also agree with the conclusion that the Board’s decision was reasonable.

Analysis

[21] It is important to understand the labour relations context in which Ms. Bernard’s privacy complaints arise. A key aspect of that context is the principle of majoritarian exclusivity, a cornerstone of labour relations law in this country. A union has the *exclusive* right to bargain on behalf of *all* employees in a given bargaining unit, including Rand employees. The union is the exclusive agent for those employees with respect to their rights under the collective agreement. While an employee is undoubtedly free not to join the union and to decide to become a Rand

[17] Il n’y a eu aucune violation de la *LPRP* lors de la communication d’adresses et de numéros de téléphone résidentiels aux agents négociateurs, parce que celle-ci était compatible avec les fins auxquelles ces renseignements avaient été recueillis et qu’elle constituait donc un « usage compatible » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[18] Ayant conclu que la Cour d’appel fédérale lui ordonnait uniquement d’examiner la question du droit à la vie privée des employés de l’unité de négociation, la Commission ne s’est pas penchée sur l’argument de M^{me} Bernard relatif à la liberté d’association.

[19] M^{me} Bernard a présenté une nouvelle demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Evans et Sharlow) a alors conclu que la décision de la Commission était assujettie à la norme de la décision raisonnable. Elle a ajouté que la Commission avait rendu une décision raisonnable en concluant que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour satisfaire à ses obligations de représentation et qu’il avait fait un « usage compatible » de ces renseignements au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[20] Nous convenons que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Pour les motifs qui suivent, nous souscrivons également à la conclusion selon laquelle la décision de la Commission était raisonnable.

Analyse

[21] Il est important de bien comprendre le contexte des relations du travail dans lequel s’inscrivent les plaintes en matière de vie privée déposées par M^{me} Bernard. Le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire — une assise fondamentale de notre droit du travail — constitue un élément clé de ce contexte. Le syndicat a le droit *exclusif* de négocier au nom de *tous* les employés d’une unité de négociation donnée, y compris ceux assujettis à la formule Rand. Le syndicat est l’agent exclusif de ces employés en ce qui concerne les

employee, he or she may not opt out of the exclusive bargaining relationship, nor the representational duties that a union owes to employees.

[22] The nature of the union's representational duties is an important part of the context for the Board's decision. The union must represent all bargaining unit employees fairly and in good faith. The *Public Service Labour Relations Act* imposes a number of specific duties on a union with respect to employees in the bargaining unit. These include a duty to provide all employees in the bargaining unit with a reasonable opportunity to participate in strike votes and to be notified of the results of such votes (s. 184). According to the Board, similar obligations apply to the conduct of final-offer votes under s. 183 of the *Act*.

[23] This is the context in which to consider the reasonableness of the Board's findings that disclosure of home contact information is required under the *Public Service Labour Relations Act* and authorized by s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. The relevant provisions of the *Public Service Labour Relations Act* state:

185. [Meaning of “unfair labour practice”] In this Division, “*unfair labour practice*” means anything that is prohibited by subsection 186(1) or (2), section 187 or 188 or subsection 189(1).

186. [Unfair labour practices — employer] (1) Neither the employer nor a person who occupies a managerial or confidential position, whether or not the person is acting on behalf of the employer, shall

(a) participate in or interfere with the formation or administration of an employee organization or the representation of employees by an employee organization . . .

[24] The Board found that the employer's refusal to disclose employee home contact information constituted an unfair labour practice because it interfered with the union's representation of

droits que leur confère la convention collective. Un employé est certes libre de ne pas adhérer au syndicat et de devenir ainsi un employé assujéti à la formule Rand; il ne dispose toutefois d'aucun droit de retrait en ce qui concerne la relation de négociation exclusive ainsi que les obligations de représentation du syndicat.

[22] La nature des obligations de représentation du syndicat constitue un élément important du contexte dans lequel la Commission a rendu sa décision. Le syndicat doit représenter tous les employés de l'unité de négociation avec équité et bonne foi. La *LRTFP* lui impose un certain nombre d'obligations précises à l'égard de ceux-ci, notamment celle de leur donner la possibilité de participer aux votes de grève et d'être informés des résultats de ceux-ci (art. 184). Selon la Commission, des obligations semblables s'appliquent à la tenue de votes sur les dernières offres de l'employeur suivant l'art. 183 de la *Loi*.

[23] C'est dans ce contexte qu'il faut examiner le caractère raisonnable des conclusions de la Commission selon lesquelles la communication des coordonnées résidentielles est requise sous le régime de la *LRTFP* et autorisée par l'al. 8(2)a) de la *LPRP*. Les dispositions pertinentes de la *LRTFP* sont rédigées en ces termes :

185. [Définition de « pratiques déloyales »] Dans la présente section, « *pratiques déloyales* » s'entend de tout ce qui est interdit par les paragraphes 186(1) et (2), les articles 187 et 188 et le paragraphe 189(1).

186. [Pratiques déloyales par l'employeur] (1) Il est interdit à l'employeur et au titulaire d'un poste de direction ou de confiance, qu'il agisse ou non pour le compte de l'employeur :

a) de participer à la formation ou à l'administration d'une organisation syndicale ou d'intervenir dans l'une ou l'autre ou dans la représentation des fonctionnaires par celle-ci . . .

[24] La Commission a conclu que le refus de l'employeur de communiquer les coordonnées résidentielles des employés constituait une pratique déloyale de travail parce qu'il intervenait ainsi dans

employees. Two rationales fueled this conclusion. The first is that the union needs *effective* means of contacting employees in order to discharge its representational duties. This was explained in *Millcroft*, where the Ontario Labour Relations Board extensively reviewed a union's duties and concluded that the union "must be able to communicate effortlessly with the employees" and "should have [their contact information] without the need to pass through the obstacles suggested by the employer" in order to discharge those representational duties: para. 33.

[25] The Board explained why employee work contact information was insufficient to enable the union to carry out its duties to bargaining unit employees: it is not appropriate for a bargaining agent to use employer facilities for its business; workplace communications from bargaining agents must be vetted by the employer before posting; there is no expectation of privacy in electronic communications at the workplace; and the union must be able to communicate with employees quickly and effectively, particularly when they are dispersed.

[26] The second and more theoretical rationale for the employer's obligation to disclose home contact information is that the union must be on an equal footing with the employer with respect to information relevant to the collective bargaining relationship. Disclosure of personal information to the union is not like disclosure of personal information to the public because of the tripartite relationship between the employee, the employer and the union. To the extent that the employer has information which is of value to the union in representing employees, the union is entitled to it. This was explained as follows in *Millcroft*:

la représentation des fonctionnaires par le syndicat. Cette conclusion repose sur deux fondements. Selon le premier, pour pouvoir s'acquitter de ses obligations de représentation, le syndicat doit disposer de moyens *efficaces* de communiquer avec les employés. C'est ce qui a été expliqué dans la décision *Millcroft*, dans laquelle la Commission des relations de travail de l'Ontario a examiné en profondeur les obligations du syndicat et conclu que, pour s'acquitter de celles-ci, le syndicat doit [TRADUCTION] « pouvoir communiquer sans difficulté avec les employés » et « obtenir [leurs coordonnées] sans devoir surmonter les obstacles qu'évoque l'employeur » : par. 33.

[25] La Commission a expliqué pourquoi les coordonnées des employés au travail sont insuffisantes pour permettre au syndicat de satisfaire à ses obligations envers les employés de l'unité de négociation : il n'est pas convenable que l'agent négociateur utilise les installations de l'employeur pour mener ses activités; les informations que les agents négociateurs souhaitent communiquer au travail doivent être examinées par l'employeur avant d'être diffusées; les communications électroniques effectuées au travail ne donnent lieu à aucune attente en matière de respect de la vie privée; et le syndicat doit pouvoir communiquer avec les employés rapidement et efficacement, surtout lorsque ceux-ci sont dispersés.

[26] Le deuxième fondement — plus théorique — sur lequel repose l'obligation de l'employeur de communiquer les coordonnées résidentielles des employés est le suivant : le syndicat et l'employeur doivent être sur un pied d'égalité en ce qui concerne les renseignements pertinents quant à la relation de négociation collective. En outre, compte tenu de la relation tripartite qui lie l'employé, l'employeur et le syndicat, la communication de renseignements personnels au syndicat n'est pas assimilable à la divulgation de renseignements personnels au public. Dans la mesure où l'employeur détient des renseignements importants pour le syndicat dans l'exercice de ses fonctions de représentation des employés, il doit les lui communiquer. C'est ce qui a été expliqué dans *Millcroft* :

A consequence of the union possessing exclusive bargaining status on behalf of the employees is that the union is placed in an equal bargaining position with the employer in its collective bargaining relationship. To the extent that the employer has information which is of value to the union in its capacity to represent the employees (such as their names, addresses and telephone numbers), the union too should have that information. The employees' privacy rights are compromised (no doubt legitimately) by the employer having details of their names, addresses and telephone numbers. The union's acquisition of that information would be no greater compromise, nor any less legitimate. [para. 31]

[27] The Board's conclusions are clearly justified. The union's need to be able to communicate with employees in the bargaining unit cannot be satisfied by reliance on the employer's facilities. As the Board observed, the employer can control the means of workplace communication, can implement policies that restrict all workplace communications, including with the union, and can monitor communications. Moreover, the union may have representational duties to employees whom it cannot contact at work, such as employees who are on leave, or who are not at work because of a labour dispute.

[28] The second rationale — equality of information between the employer and the union — further supports the Board's conclusion. The tripartite nature of the employment relationship means that information disclosed to the employer that is necessary for the union to carry out its representational duties should be disclosed to the union in order to ensure that the union and employer are on an equal footing with respect to information relevant to the collective bargaining relationship.

[29] Moreover, an employee cannot waive his or her right to be fairly — and exclusively — represented by the union. Given that the union owes legal obligations to *all* employees — whether or not they are Rand employees — and may have to communicate with them quickly, the union should not be deprived of information in the hands of the

[TRADUCTION] Du statut du syndicat d'agent négociateur exclusif des employés découle notamment le fait qu'il est l'égal de l'employeur dans sa relation de négociation collective. Dans la mesure où l'employeur détient des renseignements importants pour la capacité du syndicat de représenter les employés (comme leur nom, leur adresse et leur numéro de téléphone), le syndicat devrait aussi les avoir. Les droits à la protection des renseignements personnels des employés sont sapés (sans aucun doute à juste titre) du fait que l'employeur connaît leur nom, leur adresse et leur numéro de téléphone. L'acquisition de ces renseignements par le syndicat ne saperait pas davantage les droits des employés et ne serait pas moins légitime. [par. 31]

[27] Les conclusions de la Commission sont clairement justifiées. Le besoin du syndicat de pouvoir communiquer avec les employés de l'unité de négociation ne peut être tributaire de l'utilisation des installations de l'employeur. Comme l'a souligné la Commission, l'employeur peut contrôler les moyens de communication au travail, mettre en application des politiques restreignant toutes les communications échangées au travail, y compris celles avec le syndicat, et surveiller celles-ci. De plus, le syndicat peut avoir des obligations de représentation envers des employés avec lesquels il ne peut communiquer au travail, notamment des employés en congé ou absents en raison d'un conflit de travail.

[28] Le deuxième fondement — selon lequel l'employeur et le syndicat doivent disposer des mêmes renseignements — étaye davantage la conclusion de la Commission. En effet, la nature tripartite de la relation d'emploi exige que les renseignements nécessaires à l'accomplissement des obligations syndicales de représentation que détient l'employeur soient communiqués au syndicat afin que ceux-ci soient sur un pied d'égalité quant aux renseignements relatifs à la relation de négociation collective.

[29] De plus, un employé ne peut renoncer à son droit d'être représenté de façon équitable — et exclusive — par le syndicat. Compte tenu de ses obligations légales envers *tous* les employés — qu'ils soient ou non des employés assujettis à la formule Rand — et du fait qu'il peut avoir à communiquer rapidement avec eux, le syndicat ne

employer that could assist in fulfilling these obligations.

[30] This brings us to the intersecting privacy concerns. The *Privacy Act* imposes a ban on disclosure of government-held personal information, which includes home addresses and telephone numbers, subject to a number of exceptions listed in s. 8(2), including the consistent use exception:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or *for a use consistent with that purpose*;

[31] A use need not be identical to the purpose for which information was obtained in order to fall under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*; it must only be *consistent* with that purpose. As the Federal Court of Appeal held, there need only be a sufficiently direct connection between the purpose and the proposed use, such that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed.

[32] The Board concluded that the union needed employee home contact information to represent the interests of employees, a use consistent with the purpose for which the government employer collected the information, namely, to contact employees about the terms and conditions of their employment. The information collected by the employer was for the appropriate administration of the employment relationship. As the Board noted, “[e]mployees provide home contact information to their employers for the purpose of being contacted about their terms and conditions of employment. *This purpose is consistent with the [union]’s intended use of the contact information in this case*”: para. 168 (emphasis added).

devrait pas être privé des renseignements dont dispose l’employeur et qui sont susceptibles de l’aider à s’acquitter de ces obligations.

[30] Penchons-nous maintenant sur les préoccupations que cela suscite quant au respect de la vie privée. La *LPRP* interdit la communication de renseignements personnels détenus par le gouvernement — lesquels comprennent les adresses et numéros de téléphone à domicile —, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions énumérées à son par. 8(2), dont celle de l’usage compatible :

8. . . .

(2) Sous réserve d’autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l’institution ou *pour les usages qui sont compatibles avec ces fins*;

[31] Pour qu’il soit visé par l’al. 8(2)a) de la *LPRP*, l’usage n’a pas à être identique aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis; il n’a qu’à être *compatible* avec celles-ci. Comme la Cour d’appel fédérale l’a affirmé, il suffit qu’il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l’usage projeté de sorte qu’il serait raisonnable que l’employé s’attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée.

[32] La Commission a conclu que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour représenter les intérêts de ces derniers et qu’il s’agissait d’un usage compatible avec les fins auxquelles le gouvernement employeur recueillait ces renseignements, à savoir informer les employés des conditions de leur emploi. L’employeur recueillait ces informations pour la bonne administration de la relation d’emploi. Comme l’a souligné la Commission, « [I]es employés fournissent à leurs employeurs leurs coordonnées domiciliaires pour être informés des conditions de leur emploi. *Cet objectif est conforme à l’usage que [le syndicat] entend faire des coordonnées dans la présente affaire* » : par. 168 (italiques ajoutés).

[33] In our view, the Board made a reasonable determination in identifying the union's proposed use as being consistent with the purpose of contacting employees about terms and conditions of employment and in concluding that the union needed this home contact information to carry out its representational obligations "quickly and effectively": para. 167.

[34] Ms. Bernard also argued that requiring an employer to provide a bargaining agent with the home address and home phone number of its employees breaches her right to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* and that the Board should have considered this point.

[35] The Federal Court of Appeal agreed with the Board that its mandate on the redetermination as set out in the Court of Appeal's earlier decision was limited to the question of how much home contact information the employer could disclose to the union without infringing an employee's rights under the *Privacy Act*. It was argued that the Court of Appeal erred in this regard. However, that view was clearly not shared by Blais C.J., who was the president of the panel in *both* proceedings before the Court of Appeal. Giving some weight to the Court of Appeal's interpretation of its own order in these circumstances is not so much a matter of deference as of operating on the common-sense assumption that the Court knew what it meant. We would hesitate to say that the Board made a reviewable error by interpreting the Court of Appeal's order in the same way that court itself did or by failing to deal with an issue that manifestly has no merit. But we see no need to reach any final view on this point.

[36] This is one of the exceptional cases in which this Court is in a position to address those arguments now, and it can be done very summarily. They have no merit. Even if the Federal Court of Appeal erred with respect to the scope of the Board's reconsideration, Ms. Bernard's s. 2(d) and s. 8

[33] À notre avis, la Commission a rendu une décision raisonnable en concluant que l'usage qu'entendait faire le syndicat des renseignements recueillis était compatible avec les fins visées, soit informer les employés des conditions de leur emploi, et que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles demandées pour s'acquitter de ses obligations de représentation « rapidement et efficacement » : par. 167.

[34] M^{me} Bernard a aussi fait valoir qu'obliger l'employeur à fournir à l'agent négociateur les adresses et numéros de téléphone à domicile de ses employés porte atteinte à son droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte* et que la Commission aurait dû examiner cette question.

[35] La Cour d'appel fédérale a convenu avec la Commission que le mandat de cette dernière dans le cadre du réexamen — mandat défini dans la décision antérieure de la Cour d'appel — consistait uniquement à déterminer quelles coordonnées résidentielles l'employeur pouvait communiquer au syndicat sans porter atteinte aux droits des employés protégés sous le régime de la *LPRP*. On a prétendu que la Cour d'appel avait commis une erreur à cet égard. Cependant, le juge en chef Blais, ayant présidé les *deux* instances devant la Cour d'appel, n'était clairement pas de cet avis. Accorder un certain poids à la façon dont la Cour d'appel interprète sa propre ordonnance dans ces circonstances ne consiste pas tant à faire preuve de déférence qu'à supposer logiquement que la Cour savait ce qu'elle voulait dire. Nous hésiterions à affirmer que la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en interprétant l'ordonnance de la Cour d'appel comme celle-ci l'a elle-même fait ou en n'examinant pas une question n'ayant manifestement aucun fondement. Il n'est toutefois pas nécessaire, à notre avis, de trancher définitivement cette question.

[36] Il s'agit en l'espèce d'un des cas exceptionnels où la Cour peut traiter dès à présent de ces arguments, et elle peut d'ailleurs le faire très sommairement. Ceux-ci sont sans fondement. Même si la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur quant à l'étendue du pouvoir de réexamen conféré à la

Charter arguments that were supposedly neglected were clearly bound to fail, whenever and wherever asserted.

[37] Ms. Bernard's freedom of association argument has no legal foundation. Her argument was that since the Board's order required the employer to provide her personal information to the union, she was thereby being compelled to associate with the union, contrary to s. 2(d) of the *Charter*. In our view, the compelled disclosure of home contact information in order to allow a union to carry out its representational obligations to all bargaining unit members does not engage Ms. Bernard's freedom not to associate with the union. This Court's decision in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, is determinative and its conclusion is supported by the more recent decision in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

[38] In *Lavigne*, the Court concluded that the payment by Rand Formula employees of union dues for the purposes of collective bargaining did not amount to unjustified "compelled association" under s. 2(d). Even though s. 2(d) protected freedom from association as well as freedom of association, the majority concluded that s. 2(d) does not provide protection from all forms of involuntary association, and was not intended to protect against association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a modern democratic community. In other words, s. 2(d) is not a constitutional right to isolation: *Lavigne*, at pp. 320-21. While in *Advance Cutting & Coring* three different approaches to the right not to associate emerged, on none of them would Ms. Bernard have a plausible s. 2(d) claim.

[39] As La Forest J. explained in *Lavigne*: "... a [Rand Formula] worker like Lavigne would have no chance of succeeding if his objection to his association with the Union was the extent that it addresses

Commission, les arguments de M^{me} Bernard relatifs à l'al. 2d) et à l'art. 8 de la *Charte* dont on n'aurait pas tenu compte sont clairement voués à l'échec, peu importe le moment ou le lieu où ils sont invoqués.

[37] L'argument soulevé par M^{me} Bernard relativement à la liberté d'association n'a aucune assise juridique. Selon sa prétention, en obligeant l'employeur à communiquer ses renseignements personnels au syndicat, l'ordonnance de la Commission la forçait par le fait même à s'associer au syndicat, en contravention de l'al. 2d) de la *Charte*. À notre avis, la communication obligatoire des coordonnées résidentielles visant à permettre au syndicat de s'acquitter de ses obligations de représentation envers tous les membres de l'unité de négociation ne porte pas atteinte à la liberté de M^{me} Bernard de ne pas s'associer au syndicat. L'arrêt rendu par la Cour dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, est déterminant, et la conclusion qui y est tirée est d'ailleurs confirmée par un arrêt plus récent, *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

[38] Dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour a conclu que le paiement de cotisations syndicales par des employés assujettis à la formule Rand aux fins de la négociation collective ne constituait pas une « association forcée » injustifiée pour l'application de l'al. 2d). Selon les juges majoritaires, bien qu'il garantisse autant la liberté de ne pas s'associer que celle de s'associer, l'al. 2d) ne protège pas contre toute forme d'association involontaire et n'a pas été conçu pour contrer l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique moderne. Autrement dit, l'al. 2d) n'est pas un droit constitutionnel à l'isolement : *Lavigne*, p. 320-321. Bien que trois conceptions différentes du droit de ne pas s'associer se dégagent de l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, aucune d'entre elles ne permet de conclure que M^{me} Bernard a un argument plausible à faire valoir relativement à l'al. 2d).

[39] Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *Lavigne* : « ... un travailleur [assujetti à la formule Rand] comme Lavigne n'aurait aucune chance de succès si son refus de s'associer avec le syndicat

itself to the matters, the terms and conditions of employment for members of his bargaining unit, with respect to which he is ‘naturally’ associated with his fellow employees. . . . With respect to these, the Union is simply viewed as a reasonable vehicle by which the necessary interconnectedness of Lavigne and his fellow workers is expressed” (p. 329).

[40] In the case before us, providing Ms. Bernard’s home contact information to the union was reasonably found by the Board to be a necessary incident of the union’s representational obligations to her as a member of the bargaining unit. Based on the Court’s jurisprudence, therefore, Ms. Bernard’s freedom from association claim has no legal foundation.

[41] Ms. Bernard’s s. 8 *Charter* argument alleging that the disclosure constituted an unconstitutional search and seizure similarly has no merit. As the Attorney General of Canada correctly points out, in this context there can be no reasonable expectation of privacy in that information.

[42] We would dismiss the appeal without costs. There will be no costs on the application for leave to appeal.

The reasons of Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[43] Where a tribunal does not respond to a constitutional challenge, including a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge, because of a mistaken understanding of its jurisdiction, it is wrongfully declining the jurisdiction that it not only has, but that it must exercise. And it does not matter whether the tribunal refuses to even listen to the arguments, or says, having listened to them, that it is not responding to the arguments because it is not authorized to do so. In such circumstances the effect is a denial of procedural fairness to the

visait les conditions d’emploi des membres de son unité de négociation, dans le cadre de laquelle il est “naturellement” associé à ses compagnons de travail. [. . .] À cet égard, le syndicat est simplement considéré comme le moyen d’expression raisonnable de l’indispensable interconnexion entre Lavigne et ses compagnons de travail » (p. 329).

[40] Dans la présente affaire, la Commission a raisonnablement conclu que la communication au syndicat des coordonnées résidentielles de M^{me} Bernard est un accessoire nécessaire aux obligations syndicales de représentation envers elle, à titre de membre de l’unité de négociation. En conséquence, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, l’argument soulevé par M^{me} Bernard relativement à la liberté d’association n’a aucune assise juridique.

[41] L’argument de M^{me} Bernard fondé sur l’art. 8 de la *Charte* selon lequel la communication en question constituait une fouille ou saisie inconstitutionnelle est également sans fondement. Comme le souligne à juste titre le procureur général du Canada, dans ce contexte, il ne saurait exister quant aux renseignements en cause d’attente raisonnable en matière de vie privée.

[42] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi sans dépens et de n’adjudger aucuns dépens quant à la demande d’autorisation d’appel.

Version française des motifs des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident en partie) —

I. Introduction

[43] Un tribunal administratif qui, parce qu’il interprète mal sa compétence, ne se prononce pas sur une contestation constitutionnelle — y compris une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* — décline à tort la compétence qui lui est non seulement conférée, mais qu’il doit aussi exercer. Par ailleurs, il importe peu que le tribunal en question refuse même d’entendre les arguments ou qu’il affirme, après les avoir entendus, qu’il n’y répondra pas parce qu’il n’a pas compétence pour le faire. Que ce soit dans l’une ou

affected litigant. However, where the reason for the failure is a misapprehension on the part of the tribunal on the scope of its authority, the error is more appropriately branded an error of law.

[44] This is the case of a self-represented litigant and the repeated denial by the tribunal and the Federal Court of Appeal to hear and determine the *Charter* arguments made by her. It is significant in this case that the litigant is attempting to restore the longstanding privacy arrangements that she had previously succeeded in obtaining and that have now been taken away from her. It is important that such a litigant not be left to question a justice system that does not respond to *Charter* arguments made in the course of litigation. That is the main issue in this appeal.

[45] This is not to say that tribunals do not have discretion to decline to engage in an analysis of *Charter* arguments that are, in their opinion, manifestly without merit. No tribunal is bound to consider such arguments. But that is not this case. This appeal is not about a tribunal exercising its *discretion* to decline to address non-meritorious *Charter* arguments. It is about a tribunal wrongly declining to exercise its *jurisdiction* to consider *Charter* arguments.

II. Facts and Decisions Below

A. *Background*

[46] The appellant, Elizabeth Bernard, is a self-represented litigant who has diligently sought to protect her privacy rights in the employment context for over 20 years.

[47] Throughout her career as a federal public servant, Ms. Bernard has declined to join a union, as is her right. As an employee under the “Rand formula”, however, Ms. Bernard is still obligated to pay union dues.

l’autre de ces circonstances, la partie concernée se voit privée de son droit à l’équité procédurale. Cela étant dit, quand l’omission du tribunal administratif découle d’une mauvaise interprétation de l’étendue de ses pouvoirs, il est plus approprié de qualifier cette erreur d’erreur de droit.

[44] Dans la présente affaire, le tribunal administratif et la Cour d’appel fédérale ont refusé à maintes reprises d’entendre et de trancher les arguments fondés sur la *Charte* soulevés par une partie non représentée par avocat. Il importe de souligner que cette dernière tente de rétablir les mesures de protection de la vie privée qu’elle avait réussi à obtenir il y a longtemps et qui lui ont ensuite été enlevées. Il est important qu’une telle plaideuse ne puisse douter du système judiciaire qui a refusé de répondre à ses arguments fondés sur la *Charte*. Voilà le principal enjeu du présent pourvoi.

[45] Cela ne veut pas dire que les tribunaux administratifs n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d’examiner des arguments fondés sur la *Charte* n’ayant, à leur avis, manifestement aucun fondement. En effet, les tribunaux ne sont jamais tenus d’examiner de tels arguments. Mais ce n’est pas le cas en l’espèce. Le présent pourvoi ne porte pas sur l’exercice par un tribunal administratif de son *pouvoir discrétionnaire* de refuser d’examiner des arguments non fondés relatifs à la *Charte*. Il concerne plutôt le refus injustifié d’un tel tribunal d’exercer sa *compétence* pour examiner des arguments fondés sur la *Charte*.

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

A. *Contexte*

[46] L’appelante, Elizabeth Bernard, se représente elle-même et tente diligemment, depuis plus de 20 ans, de protéger ses droits à la vie privée dans le contexte du travail.

[47] Tout au long de sa carrière dans la fonction publique fédérale, M^{me} Bernard a refusé d’adhérer à un syndicat, comme elle en a d’ailleurs le droit. Toutefois, à titre d’employée « assujettie à la formule Rand », elle doit tout de même payer des cotisations syndicales.

[48] Ms. Bernard began her career as a federal public servant with Revenue Canada — Taxation (now the Canada Revenue Agency (“CRA”)) in 1991. She was a member of what was then the Professional and Management group. In 1992, the bargaining agent for that group, the Public Service Alliance of Canada (“PSAC”), sent Ms. Bernard a letter to her home. Upon inquiry, the CRA’s human resources department told Ms. Bernard that the CRA had provided her home address and other personal information to PSAC. Ms. Bernard thereupon filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner (“OPC”) alleging that the employer had disclosed her home address and Social Insurance Number (“SIN”) to PSAC without her consent.

[49] In May 1993, the OPC notified Ms. Bernard that her complaint had been upheld. And, in response to the OPC’s recommendations, Treasury Board of Canada officials ceased disclosing employees’ home addresses and SINs. Ms. Bernard thought this concluded the matter.

B. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board and Canada Revenue Agency, 2008 PSLRB 13 (CanLII) (“PIPSC 1”)*

[50] In 1995, Ms. Bernard accepted a position at the CRA with a different job classification, which was subsequently reclassified as Audit, Financial and Scientific (“AFS”). The Professional Institute of the Public Service of Canada (“PIPSC”) is the bargaining agent for this group.

[51] In 2007, PIPSC filed complaints against the Treasury Board and the CRA under s. 190(1)(b) and (g) of the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22 s. 2 (“*PSLRA*”). PIPSC alleged, amongst other things, that the employers’ failure to provide requested employee contact information meant that it had failed to bargain in good faith and constituted an unfair labour practice under ss. 185

[48] M^{me} Bernard a commencé sa carrière comme fonctionnaire fédérale à Revenu Canada — Impôt (maintenant l’Agence du revenu du Canada (« ARC »)) en 1991. Elle était membre de ce qu’on appelait alors le groupe des Services professionnels et administratifs. L’année suivante, l’agent négociateur de ce groupe, l’Alliance de la Fonction publique du Canada (« AFPC ») lui a envoyé une lettre à son domicile. Lorsque M^{me} Bernard a demandé au service des ressources humaines de l’ARC comment l’AFPC avait obtenu son adresse, on lui a répondu que l’ARC la lui avait fournie, ainsi que d’autres renseignements personnels. M^{me} Bernard a alors déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée (« CPVP »), alléguant que l’employeur avait communiqué son adresse résidentielle et son numéro d’assurance sociale (« NAS ») à l’AFPC sans son consentement.

[49] En mai 1993, le CPVP a avisé M^{me} Bernard que sa plainte avait été accueillie. En réponse aux recommandations du CPVP, les fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada ont cessé de communiquer l’adresse résidentielle et le NAS des employés. M^{me} Bernard croyait que cette victoire mettait fin à cette affaire.

B. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor et Agence du revenu du Canada, 2008 CRTFP 13 (CanLII) (« IPFPC 1 »)*

[50] En 1995, M^{me} Bernard a accepté un poste à l’ARC dans une catégorie d’emploi différente, qui a ensuite été classifié dans un groupe différent, le groupe Vérification, Finances et Sciences (« VFS »). L’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (« IPFPC ») est l’agent négociateur de ce groupe.

[51] En 2007, l’IPFPC a déposé des plaintes contre le Conseil du Trésor et l’ARC en application des al. 190(1)(b) et g) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (« *LRTFP* »). L’IPFPC soutenait notamment que le défaut des employeurs de lui fournir les coordonnées des employés qu’il avait demandées correspondait à un manquement à

and 186(1) of the *PSLRA*. The union had requested employees' names and position titles, as well as work and home telephone numbers, fax numbers, mailing addresses, and email addresses.

[52] In its February 2008 interim decision, the Public Service Labour Relations Board ("Board") held that the employers' "failure to provide the complainant with at least some of the employee contact information that it requested" constituted interference in the representation of employees within the meaning of s. 186(1)(a) of the *PSLRA* (para. 67). The Board directed the parties to reach an agreement on how much contact information had to be disclosed to the union in order to meet the requirements of the *PSLRA*.

[53] Ms. Bernard was neither a party to this proceeding, nor did she receive notice of it.

C. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency, 2008 PSLRB 58 (CanLII)* ("PIPSC 2")

[54] Following *PIPSC 1*, the CRA and the union came to an agreement and requested that its terms be incorporated into an order of the Board.

[55] Accordingly, on July 18, 2008, the Board issued a consent order. Under its terms, the CRA undertook to disclose to PIPSC on a quarterly basis the home addresses and telephone numbers of the AFS bargaining unit's members that the employer had in its human resources information system. PIPSC undertook to use that information only for the purposes of enabling it to fulfil its *PSLRA* representational obligations as exclusive bargaining agent, and to ensure that the personal information was securely stored and protected.

[56] Ms. Bernard was not a party to this proceeding. However, the CRA notified employees by

l'obligation de négocier de bonne foi et constituait une pratique déloyale au sens de l'art. 185 et du par. 186(1) de la *LRTFP*. Le syndicat avait demandé le nom et le titre du poste de chaque employé, ainsi que leurs numéros de téléphone, numéros de télécopieur et adresses postales et électroniques, tant à la maison qu'au travail.

[52] Dans sa décision provisoire rendue en février 2008, la Commission des relations de travail dans la fonction publique (« Commission ») a conclu que le « refus [des employeurs] de donner au plaignant au moins une partie des renseignements qu'il avait demandés » constituait une intervention dans la représentation des employés au sens de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* (par. 67). Elle a en outre ordonné aux parties de s'entendre sur les coordonnées qu'il fallait communiquer au syndicat pour satisfaire aux exigences de la *LRTFP*.

[53] M^{me} Bernard n'a pas pris part à cette procédure et n'en a pas été avisée non plus.

C. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada, 2008 CRTFP 58 (CanLII)* (« IPFPC 2 »)

[54] À la suite de la décision *IPFPC 1*, l'ARC et le syndicat sont parvenus à une entente et ont demandé que les modalités de cette dernière soient incorporées dans une ordonnance de la Commission.

[55] Le 18 juillet 2008, la Commission a donc rendu une ordonnance sur consentement. Selon cette dernière, l'ARC s'est engagée à communiquer trimestriellement à l'IPFPC les adresses et numéros de téléphone à domicile des membres de l'unité de négociation VFS dont l'employeur disposait dans son système d'information sur les ressources humaines. L'IPFPC s'est engagé, pour sa part, à utiliser ces renseignements uniquement pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en application de la *LRTFP* en matière de représentation à titre d'agent négociateur exclusif, et à s'assurer que les renseignements personnels soient protégés et conservés en toute sécurité.

[56] M^{me} Bernard n'a pas pris part à cette procédure. Cependant, le 16 octobre 2008, l'ARC a

email of the Board's decision on October 16, 2008. Ms. Bernard received this email on October 20, 2008, upon returning to work from leave. She promptly filed a motion for, and was granted an extension of time to file an application for judicial review of the Board's *PIPSC 2* decision. She filed her application for judicial review on December 17, 2008.

D. *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 40, 398 N.R. 325 (“*Bernard I*”)

[57] On judicial review, Ms. Bernard argued that the Board's order, mandating that the employer provide her home address and phone number to PIPSC, violated her privacy rights and infringed her s. 2(d) *Charter* right to freedom from association. She also argued that, as a party interested in the outcome of the Board's proceedings, she ought to have been given notice of the proceedings and a chance to participate.

[58] The Federal Court of Appeal granted Ms. Bernard's application for judicial review on the privacy ground, holding that the Board erred by simply adopting the agreement between the employer and the union without considering the privacy rights of parties not involved in the proceedings. The court declined to address Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument, stating that it was “premature to deal with the issues of the violation of Ms. Bernard's right of freedom of association” (para. 45).

[59] Consequently, the court remitted the matter to the Board for “re-determination and for a reasoned decision as to the information which the employer must provide the union in order to allow the latter to discharge its statutory obligations” (para. 42). The court further ordered the Board to give notice to Ms. Bernard of the proceedings and to give her the opportunity to participate.

envoyé un courriel à ses employés pour les aviser de la décision rendue par la Commission. M^{me} Bernard, qui était alors en congé, a reçu ce courriel à son retour au travail le 20 octobre 2008. Elle a rapidement déposé une requête en prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision de la Commission *IPFPC 2* et sa requête a été accueillie. Elle a déposé sa demande de contrôle judiciaire le 17 décembre 2008.

D. *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 40 (*CanLII*) (« *Bernard I* »)

[57] Lors du contrôle judiciaire, M^{me} Bernard a soutenu que l'ordonnance de la Commission, enjoignant à l'employeur de fournir à l'IPFPC son adresse et son numéro de téléphone à domicile, portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu'à son droit à la liberté de ne pas s'associer garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Elle a également fait valoir que, en qualité de partie intéressée à l'issue de la cause, elle aurait dû être avisée de l'instance et avoir eu la possibilité d'y participer.

[58] La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M^{me} Bernard en ce qui concerne le droit à la vie privée, concluant que la Commission avait commis une erreur en acceptant l'entente entre l'employeur et le syndicat sans tenir compte du droit à la vie privée de personnes n'ayant pas pris part à la procédure. Par ailleurs, la cour a refusé de répondre à l'argument de M^{me} Bernard fondé sur l'al. 2d) de la *Charte*, affirmant qu'il était « prématuré d'examiner les questions concernant l'atteinte aux droits à la liberté d'association de M^{me} Bernard » (par. 45).

[59] Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a renvoyé le dossier à la Commission « pour qu'elle statue à nouveau sur l'affaire et rende une décision motivée quant aux renseignements que l'employeur doit communiquer au syndicat de telle sorte qu'il soit permis à ce dernier de s'acquitter des obligations légales lui incombant » (par. 42). La cour a également ordonné à la Commission d'aviser M^{me} Bernard de la procédure et de l'inviter à y participer.

E. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2011 PSLRB 34 (CanLII) (“PIPSC 3”)

[60] The Board heard submissions from the parties and from interveners, including Ms. Bernard. Although Ms. Bernard once again raised her s. 2(d) *Charter* argument, the Board refused to address it, holding that the Federal Court of Appeal’s directions in *Bernard I* limited it to a reconsideration of the consent order in light of employees’ privacy rights.

[61] The Board concluded that its PIPSC 2 order complied with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21. The Board nevertheless amended the order, inserting the following further privacy safeguards: home contact information transmitted by the employer must be password protected or encrypted; the employer must advise employees on their initial appointment to a position in the bargaining unit that their home contact information will be shared with the union; and, when the union receives updated information from the employer, outdated home contact information must be appropriately disposed of.

F. *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 92, 431 N.R. 317 (“Bernard II”)

[62] Ms. Bernard brought an application for judicial review to set aside the Board’s decision in PIPSC 3. She argued, amongst other things, that the Board erred in declining to consider her *Charter* arguments. The Federal Court of Appeal rejected this argument on the basis that its order in *Bernard I* limited the Board’s jurisdiction to determining how much contact information the CRA could disclose to PIPSC without infringing employees’ privacy rights.

E. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2011 CRTFP 34 (CanLII) (« IPFPC 3 »)

[60] La Commission a entendu les observations des parties et des intervenants, y compris M^{me} Bernard. Cette dernière a, encore une fois, soulevé son argument fondé sur l’al. 2d) de la *Charte*, mais la Commission a de nouveau refusé d’y répondre, concluant que les directives de la Cour d’appel fédérale dans *Bernard I* lui permettaient uniquement de réexaminer l’ordonnance sur consentement au regard du droit à la vie privée des employés.

[61] La Commission a conclu que l’ordonnance qu’elle avait rendue dans IPFPC 2 respectait les exigences de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« LPRP »). Elle a tout de même modifié l’ordonnance, y ajoutant à titre de mesures de protection de la vie privée : que les coordonnées résidentielles transmises par l’employeur doivent être protégées par mot de passe ou chiffrées; que, dès la nomination initiale d’un employé à un poste faisant partie de l’unité de négociation, l’employeur doit l’aviser que ses coordonnées résidentielles seront communiquées au syndicat; et que, quand le syndicat reçoit des renseignements à jour de l’employeur, il doit dûment disposer des coordonnées domiciliaires désuètes.

F. *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 92 (CanLII) (« Bernard II »)

[62] M^{me} Bernard a déposé une demande de contrôle judiciaire pour faire annuler la décision rendue par la Commission dans IPFPC 3. Elle a notamment soutenu que la Commission avait commis une erreur en refusant d’examiner ses arguments fondés sur la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a rejeté cette thèse au motif que l’ordonnance qu’elle avait rendue dans *Bernard I* autorisait la Commission uniquement à déterminer quelles coordonnées l’ARC pouvait communiquer à l’IPFPC sans porter atteinte au droit à la vie privée de ses employés.

[63] The court went on to conclude that the Board's decision was reasonable, and dismissed the application for judicial review.

[64] Ms. Bernard subsequently appealed to this Court, and leave was granted on November 22, 2012.

III. Analysis

A. *Section 186(1)(a) of the PSLRA*

[65] I do not disagree with the conclusion of Justices Abella and Cromwell that the Board made a reasonable decision in holding that s. 186(1)(a) of the *PSLRA* requires the employer to disclose some employee contact information to the union and that this complies with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[66] I would add that the contention of the *amicus curiae* that s. 186(1)(a) of the *PSLRA* is a prohibition provision and not a duty-imposing provision cannot be sustained.

[67] Labour boards have previously found positive obligations stemming from s. 186(1)(a) of the *PSLRA* and similar legislative provisions that prohibit employers from interfering with unions: see *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency)*, 2012 PSLRB 58 (CanLII); *Canadian National Railway Company* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Canada Post Corporation* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659.

[68] It was not unreasonable for the Board in *PIPSC I* to conclude that the employer was required by s. 186(1)(a) of the *PSLRA* to disclose some employee information to the union.

[63] La Cour d'appel fédérale a ensuite conclu que la décision de la Commission était raisonnable et a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[64] M^{me} Bernard a ultérieurement demandé l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour, autorisation qui lui a été accordée le 22 novembre 2012.

III. Analyse

A. *L'alinéa 186(1)a) de la LRTFP*

[65] Je ne rejette pas la conclusion des juges Abella et Cromwell selon laquelle la Commission a rendu une décision raisonnable en concluant que l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* oblige l'employeur à communiquer au syndicat certaines des coordonnées des employés et que cela respecte les exigences de l'al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[66] J'ajouterais qu'on ne peut retenir la prétention de l'*amicus curiae* selon laquelle l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* est une disposition prohibitive, et non une disposition établissant une obligation.

[67] Des commissions et conseils des relations de travail ont déjà conclu que des obligations positives découlaient de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* et de dispositions législatives semblables interdisant aux employeurs d'intervenir dans les activités des syndicats : voir *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2012 CRTFP 58 (CanLII); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Société canadienne des postes* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659.

[68] Il n'était pas déraisonnable que la Commission conclût, dans *IPFPC I*, que l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* obligeait l'employeur à communiquer au syndicat certains renseignements sur les employés.

B. *The Board Erred in Refusing to Consider Ms. Bernard's Section 2(d) Charter Arguments*

[69] My colleagues intimate, at para. 35, that the Board correctly declined to determine Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments. With respect, I cannot agree.

[70] Ms. Bernard is a self-represented litigant. She believes that the Board's order compelling the disclosure of her home address and telephone number to the bargaining agent forces her to associate with the union she has chosen not to join, and thus violates her s. 2(d) *Charter* right to freedom from association. Ms. Bernard tried to raise her s. 2(d) *Charter* claims before both the Board and the Federal Court of Appeal. Despite her assiduous efforts, both the Board and the court refused to consider these arguments.

[71] In holding that the Board in *PIPSC 3* was barred from determining Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments, the Board and the Federal Court of Appeal erred in law. This jurisdictional error resulted in a denial of procedural fairness insofar as Ms. Bernard was deprived of her right to make her *Charter* submissions and have them considered and ruled upon.

(1) The Board Had a Duty to Decide Ms. Bernard's Section 2(d) Charter Arguments

[72] This Court has recently affirmed that “administrative tribunals with the authority to decide questions of law and whose *Charter* jurisdiction has not been clearly withdrawn have the corresponding authority — and duty — to consider and apply the Constitution, including the *Charter*, when answering those legal questions”: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77 (emphasis added). This aligns with the principle that Canadians

B. *La Commission a commis une erreur en refusant d'examiner les arguments fondés sur l'al. 2d) de la Charte soulevés par M^{me} Bernard*

[69] Mes collègues laissent entendre, au par. 35, que la Commission a refusé à juste titre de se prononcer sur les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[70] M^{me} Bernard se représente seule. Selon elle, l'ordonnance dans laquelle la Commission exige la communication à l'agent négociateur de ses adresse et numéro de téléphone à domicile l'oblige à s'associer au syndicat auquel elle a choisi de ne pas adhérer et, par conséquent, porte atteinte au droit à la liberté de ne pas s'associer que lui garantit l'al. 2d) de la *Charte*. M^{me} Bernard a tenté de soulever ses arguments fondés sur cette disposition tant devant la Commission que devant la Cour d'appel fédérale. Malgré ses efforts soutenus, tant l'une que l'autre ont refusé d'examiner ces arguments.

[71] En concluant que la Commission, dans *IPFPC 3*, ne pouvait pas examiner les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*, tant la Commission que la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur de droit. Cette erreur quant à la compétence a entraîné un manquement à l'équité procédurale dans la mesure où M^{me} Bernard a été privée de son droit de présenter des observations fondées sur la *Charte*, ainsi que de son droit de les voir prises en considération et tranchées.

(1) La Commission avait l'obligation de se prononcer sur les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la Charte

[72] La Cour a récemment affirmé que « le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir — et le devoir — correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique » : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77 (je souligne). Cela est conforme

should be permitted to present their *Charter* claims in the most accessible forum available, without having to bifurcate claims into separate proceedings (*Conway*, at para. 79).

[73] In this case, the Board possessed the implied jurisdiction to decide questions of law, pursuant to s. 36 of the *PSLRA*:

36. The Board administers this Act and it may exercise the powers and perform the functions that are conferred or imposed on it by this Act, or as are incidental to the attainment of the objects of this Act, including the making of orders requiring compliance with this Act, regulations made under it or decisions made in respect of a matter coming before the Board.

There is no reason why the Board’s power to administer the *PSLRA* would not include the authority to decide questions of law linked to matters properly before it.

[74] Section 42 of the *PSLRA* further supports the conclusion that the Board is able to decide questions of law:

42. In making an order or a decision, or doing any other thing in relation to any person under this Act, the Board may do so either generally or in any particular case or class of cases.

For a decision of the Board to apply generally or to a class of cases, it must, by necessary implication, involve the determination of legal questions.

[75] Nowhere in the *PSLRA* is it “clearly demonstrated that the legislature intended to exclude the *Charter* from the [Board’s] jurisdiction” (*Conway*, at para. 81).

[76] As explained below, the Board possessed both the authority and the duty to decide Ms. Bernard’s *Charter* arguments.

au principe selon lequel les Canadiens devraient pouvoir présenter leurs allégations fondées sur la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée, sans qu’ils aient à fractionner leur recours (*Conway*, par. 79).

[73] En l’espèce, en vertu de l’art. 36 de la *LRTFP*, la Commission possède la compétence implicite pour trancher les questions de droit :

36. La Commission met en œuvre la présente loi et exerce les pouvoirs et fonctions que celle-ci lui confère ou qu’implique la réalisation de ses objets, notamment en rendant des ordonnances qui exigent l’observation de la présente loi, des règlements pris sous le régime de celle-ci ou des décisions qu’elle rend sur les questions qui lui sont soumises.

Rien ne justifierait que les pouvoirs de la Commission liés à l’application de la *LRTFP* n’incluent pas le pouvoir de trancher les questions de droit se rapportant aux affaires dont elle est régulièrement saisie.

[74] L’article 42 de la *LRTFP* renforce la conclusion selon laquelle la Commission peut trancher des questions de droit :

42. Les ordonnances, les décisions et les autres actes pris par la Commission à l’égard de toute personne peuvent être de portée générale ou ne viser qu’un cas ou une catégorie de cas.

Pour qu’une décision de la Commission soit de portée générale ou ne vise qu’une catégorie de cas, elle doit, par déduction nécessaire, trancher des questions de droit.

[75] Nulle part dans la *LRTFP* n’est-il « clairement établi que le législateur a voulu soustraire l’application de la *Charte* à la compétence [de la Commission] » (*Conway*, par. 81).

[76] Comme je l’expliquerai plus loin, la Commission avait à la fois le pouvoir et l’obligation de statuer sur les arguments de M^{me} Bernard fondés sur la *Charte*.

(2) PIPSC 1 Is Part of the Same Proceeding as PIPSC 2 and PIPSC 3

[77] The government and the union submit that Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments should not be heard because they pertain to the Board's holding in *PIPSC 1*, a decision she did not challenge by way of judicial review and which — they maintain — was beyond the Board's reconsideration hearing jurisdiction.

[78] Contrary to their submissions, the Board's holding in *PIPSC 1* is not immune from analysis. Although Ms. Bernard did not directly challenge *PIPSC 1*, that decision is part of the same proceeding as *PIPSC 2* and *PIPSC 3*. The Board repeatedly characterized *PIPSC 1* as an "interim decision" (*PIPSC 1*, at para. 1; *PIPSC 2*, at para. 2). The Board's holding in *PIPSC 1* — that the employer must disclose "some" employee information to the bargaining agent — is by necessary implication imported into *PIPSC 2*, which clarified the precise content of this duty to disclose.

[79] Ms. Bernard's decision to challenge *PIPSC 2* by means of judicial review was not an attempt to circumvent proper procedural channels. On the contrary: given that she was not a party to *PIPSC 1* and that she only received notice, by email, of *PIPSC 2* — which included a hyperlink to the Board's decision and informed her that the employer was now required to disclose employee home contact information to PIPSC — she pursued an eminently logical course of action.

[80] The Federal Court of Appeal itself recognized the procedural conundrum in which Ms. Bernard found herself. In *Bernard I*, the court pointed out that, with respect to *PIPSC 1*, "[n]one of the Rand formula employees were given notice of

(2) Les décisions IPFPC 1, IPFPC 2 et IPFPC 3 ont été rendues dans le cadre de la même affaire

[77] Le gouvernement et le syndicat prétendent que les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* ne devraient pas être entendus parce qu'ils se rapportent à la conclusion tirée par la Commission dans *IPFPC 1*, une décision qu'elle n'a pas contestée par voie de contrôle judiciaire et qui, selon eux, outrepassait le pouvoir de réexamen de la Commission.

[78] Contrairement à leurs prétentions, la conclusion tirée par la Commission dans *IPFPC 1* n'est pas à l'abri d'une analyse. Bien que M^{me} Bernard ne l'ait pas directement contestée, cette décision a été rendue dans le cadre de la même affaire que celle qui a donné lieu aux décisions *IPFPC 2* et *IPFPC 3*. La Commission a, à maintes reprises, qualifié la décision dans *IPFPC 1* de « décision provisoire » (*IPFPC 1*, par. 1) ou d'« ordonnance provisoire » (*IPFPC 2*, par. 2). En outre, la conclusion qu'elle a tirée dans la décision *IPFPC 1* — selon laquelle l'employeur doit communiquer « une partie » des renseignements sur ses employés à un agent négociateur — est, par déduction nécessaire, incorporée à la décision *IPFPC 2*, qui clarifiait le contenu exact de cette obligation de communication.

[79] La décision de M^{me} Bernard de contester la décision *IPFPC 2* par voie de contrôle judiciaire ne visait pas à contourner les voies procédurales appropriées. Bien au contraire, comme elle n'était pas partie à l'instance *IPFPC 1* et qu'elle a seulement été avisée de la décision *IPFPC 2* par courriel — lequel incluait un hyperlien vers la décision de la Commission et l'informait que l'employeur devait maintenant communiquer à l'IPFPC les coordonnées résidentielles de ses employés —, M^{me} Bernard a pris des mesures tout à fait logiques.

[80] La Cour d'appel fédérale a elle-même reconnu le problème procédural auquel faisait face M^{me} Bernard. En effet, dans l'arrêt *Bernard I*, elle a souligné, en ce qui concerne la décision *IPFPC 1*, qu'« [a]ucun des employés assujettis

the application, nor given a chance to intervene” (para. 9). It also acknowledged that Ms. Bernard did not challenge *PIPSC 1* by way of judicial review “because she was not aware of it at the material time” (para. 20).

[81] Ms. Bernard raised her s. 2(d) *Charter* arguments three times during the course of these proceedings. She is still waiting for an answer. Contrary to the argument of the respondents, this Court should not withhold one simply for the reason — an erroneous one, in my view — that she should have challenged *PIPSC 1*, and not *PIPSC 2*.

[82] In any event, at its core, Ms. Bernard’s s. 2(d) *Charter* challenge strikes not at the general *PIPSC 1* holding that the employer must provide “some” employee contact information to the bargaining agent, but rather at the *PIPSC 2* particularization that the employer must disclose employees’ home addresses and home telephone numbers to the bargaining agent. She conceded that “*PIPSC 1* is entitled to some contact information, namely, work addresses and work telephone numbers” (*PIPSC 3*, at para. 130). And, in her submissions during the reconsideration hearing, she requested that the Board change its order of July 18, 2008 — that is, *PIPSC 2* — so that instead of home address and telephone number, “only work address and telephone numbers should be provided” (*PIPSC 3*, at para. 141).

[83] The government’s contention in oral argument that Ms. Bernard should have initiated a separate action in which to invoke her *Charter* claim is inconsistent with this Court’s recognition that claimants are entitled to “assert their *Charter* rights in the most accessible forum available” (*Conway*, at para. 79).

à la formule Rand n’a été avisé de la demande, et aucune chance ne leur a été donnée d’intervenir dans le débat » (par. 9). La cour a aussi reconnu que M^{me} Bernard n’a pas contesté la décision *IPFPC 1* en présentant une demande de contrôle judiciaire « étant donné qu’elle n’en avait pas connaissance à l’époque » (par. 20).

[81] M^{me} Bernard a soulevé ses arguments fondés sur l’al. 2d) de la *Charte* trois fois au cours de l’affaire. Elle attend toujours une réponse. Contrairement à ce que prétendent les intimés, notre Cour ne devrait pas refuser de répondre pour la simple raison — qui est erronée à mon avis — qu’elle aurait dû contester la décision *IPFPC 1*, et non la décision *IPFPC 2*.

[82] Quoi qu’il en soit, la contestation de M^{me} Bernard fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* vise essentiellement la précision apportée dans la décision *IPFPC 2* selon laquelle l’employeur doit communiquer les adresses et les numéros de téléphone résidentiels de ses employés à l’agent négociateur, et non la conclusion générale tirée dans la décision *IPFPC 1* selon laquelle l’employeur doit communiquer « une partie » des coordonnées de ses employés à l’agent négociateur. M^{me} Bernard a reconnu que « [l]’*IPFPC 1* a le droit d’obtenir certaines coordonnées, à savoir les adresses et les numéros de téléphone au travail » (*IPFPC 3*, par. 130). En outre, dans les observations qu’elle a présentées pendant l’audience de réexamen, elle a demandé que la Commission modifie son ordonnance du 18 juillet 2008 — c’est-à-dire, *IPFPC 2* — de sorte que « seuls les adresses et les numéros de téléphone au travail devraient être fournis » plutôt que les adresses et numéros de téléphone résidentiels (*IPFPC 3*, par. 141).

[83] Durant sa plaidoirie, le gouvernement a soutenu que M^{me} Bernard aurait dû tenter une action distincte pour soulever ses arguments fondés sur la *Charte*. Cet argument est toutefois incompatible avec le fait que la Cour a reconnu que les demandeurs peuvent « faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée » (*Conway*, par. 79).

(3) *Bernard I* Did Not Limit the Board's Jurisdiction

[84] In my respectful opinion, the Board in *PIPSC 3* and the Federal Court of Appeal in *Bernard II* erred in holding that the court in *Bernard I* limited the Board's jurisdiction on reconsideration to the question of "how much home contact information the CRA may disclose to PIPSC without infringing Ms. Bernard's rights under the *Privacy Act*" and precluded consideration of Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments (*Bernard II*, at para. 31; see also *PIPSC 3*, at paras. 9 and 158).

[85] In *Bernard I*, the Federal Court of Appeal merely stated that "it would be premature to deal with the issues of the violation of Ms. Bernard's right of freedom of association" (para. 45 (emphasis added)). Read in context, it is apparent that the court was saying that it would be premature for the court to consider this *Charter* question because it was remitting the matter to the Board for redetermination. That is, the court recognized that the *Charter* question could only properly be considered once the Board had conclusively determined what information the employer had to disclose.

[86] And, the only logical interpretation of the Federal Court of Appeal's use of the term "premature" in *Bernard I* is that it expected the s. 2(d) *Charter* issue to be addressed at some stage of the proceedings. Given that this *Charter* question was necessarily bound up in the determination of what information had to be disclosed, the Board's redetermination hearing was the proper forum for consideration of the *Charter* question.

[87] The *Conway* test for determining whether an administrative tribunal has jurisdiction to hear *Charter* claims asks whether the legislature has clearly excluded consideration of these issues from the tribunal's jurisdiction. It would be inconsistent with *Conway* to now hold that a reviewing court

(3) L'arrêt *Bernard I* ne limitait pas la compétence de la Commission

[84] À mon humble avis, la Commission, dans *IPFPC 3*, et la Cour d'appel fédérale, dans *Bernard II*, ont commis une erreur en concluant que cette dernière, dans *Bernard I*, avait restreint la compétence de la Commission à « [la détermination des] coordonnées personnelles que l'ARC peut communiquer à l'IPFPC sans porter atteinte aux droits conférés à M^{me} Bernard par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » et l'avait empêchée d'examiner les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* (*Bernard II*, par. 31; voir aussi *IPFPC 3*, par. 9 et 158).

[85] Dans *Bernard I*, la Cour d'appel fédérale a simplement indiqué qu'« il serait prématuré d'examiner les questions concernant l'atteinte aux droits à la liberté d'association de M^{me} Bernard » (par. 45 (je souligne)). En lisant ce passage dans son contexte, il est clair qu'elle voulait dire qu'il serait prématuré pour elle, la cour, d'examiner la question de la *Charte*, puisqu'elle renvoyait l'affaire à la Commission et lui ordonnait de statuer à nouveau. Autrement dit, la Cour d'appel fédérale a reconnu que les questions relatives à la *Charte* pouvaient être examinées à juste titre, mais seulement après que la Commission eut définitivement déterminé les coordonnées que l'employeur devait communiquer.

[86] L'emploi du mot « prématuré » dans *Bernard I* ne peut être interprété logiquement que d'une seule façon : soit que la Cour d'appel fédérale s'attendait à ce que la question relative à l'al. 2d) de la *Charte* soit examinée à un certain moment au cours des procédures. Comme cette question était inextricablement liée à celle de savoir quels renseignements devaient être communiqués, la Commission, dans le contexte du réexamen, était le forum qui devait être saisi.

[87] Suivant le critère établi dans l'arrêt *Conway* pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour entendre des allégations fondées sur la *Charte*, il faut se demander si le législateur a clairement exclu l'examen de ces questions de la compétence du tribunal. Conclure qu'une cour de

may exclude such a fundamental aspect of a tribunal's jurisdiction.

[88] With respect, I disagree with the Federal Court of Appeal's intimation in *Bernard II* that, were the Board to have considered Ms. Bernard's *Charter* argument in *PIPSC 3*, this would have amounted to an unauthorized reconsideration of *PIPSC 1* (para. 31). As explained above, *PIPSC 1* is part of the same proceeding and, in any case, Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument equally targets the Board's holding in *PIPSC 2*. Ms. Bernard is not asking the Board to reconsider its *PIPSC 1* decision; she is simply trying to vindicate her right to have her *Charter* claims decided.

[89] The respondent PIPSC contends that, since the Federal Court of Appeal in *Bernard II* was interpreting its own earlier order in *Bernard I*, this Court should defer to the finding in *Bernard II* that the Board was precluded from considering the *Charter* issue.

[90] However, the interpretation of the order in *Bernard I* is not subject to a deferential review by this Court. Indeed, the stock in trade of this Court is to review decisions of lower courts on questions of law of public importance on the standard of correctness, not on assumptions about what the lower court intended, as my colleagues assert at para. 35. There is therefore no reason to defer to the opinion of the court below in *Bernard II* regarding its interpretation of the decision in *Bernard I*. In any event, even on a deferential review, it is self-evident that a result that denies Ms. Bernard the opportunity to make her *Charter* arguments in these proceedings — as would be achieved under the *Bernard II* holding — is simply unreasonable.

révision peut exclure un aspect aussi fondamental de la compétence d'un tribunal irait à l'encontre de l'arrêt *Conway*.

[88] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'allusion faite par la Cour d'appel fédérale dans *Bernard II* selon laquelle, si la Commission avait analysé les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* dans *IPFPC 3*, cela aurait constitué un réexamen non autorisé de la décision *IPFPC 1* (par. 31). Comme je l'ai déjà expliqué, cette décision a été rendue dans le cadre de la même affaire que les décisions *IPFPC 2* et *IPFPC 3*. En outre, les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* visent tout autant la décision *IPFPC 2* rendue par la Commission. M^{me} Bernard ne demande pas à la Commission de réviser *IPFPC 1*; elle tente simplement de faire valoir son droit de voir tranchés ses arguments fondés sur la *Charte*.

[89] L'intimé IPFPC prétend que, comme la Cour d'appel fédérale a interprété, dans *Bernard II*, l'ordonnance qu'elle avait elle-même rendue dans *Bernard I*, la Cour devrait s'en remettre à la décision rendue dans *Bernard II* selon laquelle la Commission ne pouvait pas examiner les questions relatives à la *Charte*.

[90] Or, l'interprétation de l'ordonnance qui a été prononcée dans *Bernard I* n'a pas à faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence de la part de notre Cour. D'ailleurs, celle-ci est chargée d'examiner les décisions de tribunaux d'instance inférieure en ce qui a trait à des questions de droit de portée générale suivant la norme de la décision correcte, et non en se fondant sur des hypothèses quant à l'intention de ces tribunaux comme l'affirment mes collègues au par. 35. Il n'y a donc aucune raison de s'en remettre à l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans *Bernard II* en ce qui concerne son interprétation de la décision rendue dans *Bernard I*. Quoiqu'il en soit, même dans le cadre d'un contrôle empreint de déférence, il est évident qu'un résultat ayant pour effet de priver M^{me} Bernard de la possibilité de présenter ses arguments fondés sur la *Charte* dans le cadre de telles procédures — comme cela serait le cas par suite de l'application de la décision rendue dans *Bernard II* — serait tout simplement déraisonnable.

C. *This Court Should Address the Section 2(d) and Section 8 Charter Arguments*

[91] The respondents suggest that, even if the Board’s failure to hear Ms. Bernard’s *Charter* arguments amounted to an error in law, this Court should not decide these arguments because they raise new issues; rather, the respondents maintain that they should be remitted to the Board for consideration. For the reasons that follow, I disagree.

[92] I acknowledge that Ms. Bernard’s *Charter* arguments were not addressed by the Board and the Federal Court of Appeal and that the practice of this Court is generally not to determine issues not dealt with in the forums below. However, that is not a rule of mandatory application in all cases.

[93] This Court outlined the two-step test for determining whether an appellate court may address an argument not decided by the lower courts in *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 38. First, is the argument a “new issue” on appeal? If so, do the evidentiary record and the interests of justice support an exception to the general rule that a new issue cannot be raised on appeal?

(1) Ms. Bernard’s *Charter* Arguments Are Not New Issues

[94] This Court must first determine whether Ms. Bernard’s s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments are “new issues” on appeal — that is, whether they are “legally and factually distinct” from the issues before the lower courts (*Quan*, at para. 39). Ms. Bernard made — or attempted to make — her s. 2(d) *Charter* arguments from the outset, as part of her application for judicial review in *Bernard I*, before the Board in *PIPSC 3*, and before the Federal Court of Appeal in *Bernard II*.

C. *La Cour devrait examiner les arguments fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la Charte*

[91] Les intimés prétendent que, même si le défaut par la Commission d’entendre les arguments de M^{me} Bernard fondés sur la *Charte* constituait une erreur de droit, la Cour ne devrait pas statuer sur ces arguments puisqu’ils soulèvent de nouvelles questions. Selon eux, ces arguments devraient plutôt être renvoyés à la Commission pour qu’elle les examine à nouveau. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord.

[92] Je reconnais que la Commission et la Cour d’appel fédérale n’ont pas examiné les arguments de M^{me} Bernard fondés sur la *Charte* et que la Cour n’a pas coutume de trancher les questions qui n’ont pas été traitées par les tribunaux d’instance inférieure. Cependant, ce n’est pas une règle obligatoire dans tous les cas.

[93] Au paragraphe 38 de l’arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, la Cour a énoncé le critère à deux volets qui permet de déterminer si une cour d’appel peut examiner un argument qui n’a pas été traité par les tribunaux d’instance inférieure. L’argument constitue-t-il une « nouvelle question » en appel? Si oui, la preuve versée au dossier et les intérêts de la justice justifient-ils que le tribunal applique l’exception à la règle générale empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel?

(1) Les arguments de M^{me} Bernard fondés sur la *Charte* ne sont pas de nouvelles questions

[94] La Cour doit d’abord déterminer si les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la *Charte* sont de « nouvelles questions » en appel — c’est-à-dire des questions qui sont « différente[s] sur les plans juridique et factuel » de celles soulevées devant les tribunaux d’instance inférieure (*Quan*, par. 39). Dès le départ, M^{me} Bernard a présenté — ou a essayé de présenter — ses arguments fondés sur l’al. 2d) de la *Charte*. Elle l’a déjà fait dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire qui a donné lieu à l’arrêt *Bernard I*, devant la Commission dans *IPFPC 3*, puis devant la Cour d’appel fédérale dans *Bernard II*.

[95] With respect to s. 8 of the *Charter*, the respondent PIPSC — in its response to Ms. Bernard’s application for leave to appeal — stated that Ms. Bernard had made a s. 8 *Charter* argument in the proceedings below (memorandum of argument, at para. 53). This would suggest that it is not a new issue. However, in its factum, PIPSC stressed that no such argument was previously made (para. 96).

[96] Even were Ms. Bernard’s s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments to be characterized as “new issues”, the second step of the *Quan* test reinforces the view that this Court ought to decide these arguments.

(2) The Evidentiary Record and Interests of Justice Justify an Exception to the Rule That a New Issue Cannot Be Raised on Appeal

[97] The second step of the *Quan* test asks whether the evidentiary record and the interests of justice support an exception to the general rule that a new issue cannot be raised on appeal (para. 38; see also *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 5). In my view, the circumstances of this case support application of the exception.

(a) *Evidentiary Record*

[98] The evidentiary record in this case is sufficient for this Court’s inquiry into the s. 2(d) *Charter* issue. The reasons of the Board and the Federal Court of Appeal reflect the fact that Ms. Bernard presented this claim three times: *Bernard I* (para. 24), *PIPSC 3* (para. 9), and *Bernard II* (para. 29). She now asks this Court to address it. The respondents are sophisticated parties who had ample opportunity to respond to the s. 2(d) constitutional question stated by this Court. And, at no point did the respondents argue that they would be prejudiced were this Court to decide the s. 2(d) *Charter* question.

[95] S’agissant de l’art. 8 de la *Charte*, l’intimé IPFPC lui-même — dans sa réponse à la demande d’autorisation d’interjeter appel présentée par M^{me} Bernard — a indiqué que M^{me} Bernard avait présenté un argument fondé sur l’art. 8 de la *Charte* devant les tribunaux d’instance inférieure (mémoire, par. 53). On peut donc penser qu’il ne s’agit pas d’une nouvelle question. Cependant, dans son mémoire d’appel, l’IPFPC a souligné qu’aucun argument de la sorte n’avait jamais été présenté (par. 96).

[96] Même si les arguments de M^{me} Bernard fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la *Charte* étaient considérés comme de « nouvelles questions », le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Quan* renforce l’idée que la Cour devrait statuer sur ces arguments.

(2) La preuve versée au dossier et l’intérêt de la justice justifient l’application d’une exception à la règle empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel

[97] Le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Quan* consiste à déterminer si la preuve versée au dossier et l’intérêt de la justice justifient l’application d’une exception à la règle générale empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel (par. 38; voir aussi *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 5). À mon avis, les circonstances de l’espèce justifient l’application de l’exception.

a) *Preuve versée au dossier*

[98] En l’espèce, la preuve versée au dossier est suffisante pour permettre à la Cour d’examiner la question relative à l’al. 2d) de la *Charte*. Les motifs de la Commission et de la Cour d’appel fédérale reflètent le fait que M^{me} Bernard a présenté cet argument à trois reprises : *Bernard I* (par. 24), *IPFPC 3* (par. 9) et *Bernard II* (par. 29). M^{me} Bernard demande maintenant à la Cour de se prononcer. Les intimés sont des parties bien informées qui ont eu amplement l’occasion de répondre à la question constitutionnelle relative à l’al. 2d) de la *Charte* formulée par la Cour. En outre, ils n’ont jamais affirmé qu’ils subiraient un préjudice si la Cour statuait sur cette question.

[99] Similarly, the respondents substantively addressed Ms. Bernard's s. 8 *Charter* claims in their written submissions before this Court, and did not argue that prejudice would result should this Court proceed to consider the issue.

(b) *Interests of Justice*

[100] Ms. Bernard's methodical attempts to have her *Charter* arguments addressed were consistently denied by the Board and the Federal Court of Appeal. The *Conway* principle is that tribunals have the authority and duty to "consider and apply the Constitution, including the *Charter*" (para. 77 (emphasis added)). Had leave to appeal to this Court not been granted, Ms. Bernard would have been entirely precluded from having her s. 2(d) and s. 8 *Charter* claims addressed in the course of these proceedings before the Board and the Federal Court of Appeal.

[101] It is therefore in the interests of justice for this Court to address these arguments now.

(3) There Is No Violation of Section 2(d) Freedom From Association

[102] Despite the view expressed by my colleagues at para. 35 that Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument "manifestly has no merit", they themselves give the argument more than the back of their hand. They provide reasons why, in this case, they would reject Ms. Bernard's s. 2(d) argument. Had the Board done the same, we would not be here.

[103] This Court outlined the criteria for freedom from association under s. 2(d) of the *Charter* in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, and *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209. Two distinct tests emerge from these cases.

[104] The first test (the "ideological conformity test"), which the majority of this Court applied in *Advance Cutting*, requires a claimant to demonstrate

[99] De même, les intimés ont répondu sur le fond aux prétentions de M^{me} Bernard fondées sur l'art. 8 de la *Charte* dans les observations écrites qu'ils ont présentées à la Cour et n'ont pas prétendu qu'ils subiraient un préjudice si la Cour statuait sur la question.

b) *Intérêt de la justice*

[100] M^{me} Bernard a tenté, de façon méthodique, de faire valoir ses arguments fondés sur la *Charte*, mais la Commission et la Cour d'appel fédérale ont constamment refusé de les examiner. Selon le principe énoncé dans l'arrêt *Conway*, les tribunaux ont le pouvoir et le devoir « d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte* » (par. 77 (je souligne)). Si l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour n'avait pas été accordée, M^{me} Bernard aurait été entièrement privée de son droit de voir ses arguments fondés sur l'al. 2d) et l'art. 8 de la *Charte* traités dans le cadre de l'affaire dont la Commission et la Cour d'appel fédérale ont été saisies.

[101] Il est donc dans l'intérêt de la justice que la Cour examine maintenant ces arguments.

(3) Il n'y a pas eu violation de la liberté de ne pas s'associer garantie par l'al. 2d)

[102] Malgré le point de vue exprimé au par. 35 selon lequel l'argument de M^{me} Bernard fondé sur l'al. 2d) de la *Charte* « n'[a] manifestement aucun fondement », mes collègues ne balaient pas tout simplement cet argument du revers de la main. Ils expliquent pourquoi il y a lieu de le rejeter en l'espèce. Si la Commission avait fait de même, nous ne serions pas ici aujourd'hui.

[103] La Cour a énoncé le test relatif à la liberté de *ne pas s'associer* garantie par l'al. 2d) de la *Charte* dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 et dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209. Deux critères distincts se dégagent de ces arrêts.

[104] Selon le premier critère (le « critère de la conformité idéologique »), que la majorité des juges de la Cour ont appliqué dans l'arrêt *Advance*

that there was forced association and compelled ideological conformity.

[105] The second test (the “liberty test”) requires forced association and infringement of a liberty interest. Whether or not such a test can be applied in the context of a s. 2(d) *Charter* claim has not been definitely determined. Although a majority of the Court in *Advance Cutting* discussed the liberty test in *obiter* (see the reasons of Bastarache J., at para. 33 and LeBel J., at para. 221), only Justice Iacobucci applied that test, adopting it in lieu of the ideological conformity test (paras. 284-85). For the reasons outlined below, the existence of such a test need not be addressed here.

(a) *The Ideological Conformity Test*

[106] The first criterion of the ideological conformity test, the existence of forced association, is not satisfied.

[107] I agree with Justices Abella and Cromwell that the mere provision of Ms. Bernard’s home address and telephone number to the bargaining agent cannot be characterized as forced association. In order to trigger the protections of s. 2(d) of the *Charter*, an individual must be compelled to perform one of the following acts of association: establish, belong to, maintain, or participate in an association (*Lavigne*, at p. 323, *per* La Forest J.). At most, the disclosure of information ordered by the Board would enable the bargaining agent to contact Ms. Bernard by phone, mail, or in person — she would in no way, however, be forced to escalate such benign forms of contact to the level of association. She could, for instance, hang up the phone, discard any mail received, or close the front door. The Board’s decisions have not withdrawn the freedom to refuse association from Ms. Bernard’s hands. As Justice La Forest stated in *Lavigne*, freedom from association is not “a right to isolation” (p. 320).

Cutting, le demandeur doit démontrer qu’il a été forcé de s’associer et d’adhérer à une forme de conformité idéologique.

[105] Le deuxième critère (le « critère de la liberté ») requiert une association forcée et une atteinte au droit à la liberté. La question de savoir si un tel critère s’applique ou non dans le contexte d’une revendication fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* n’a pas été tranchée de manière définitive. Même si, dans *Advance Cutting*, la majorité des juges ont invoqué en *obiter* le critère de la liberté (voir les motifs du juge Bastarache, par. 33, et ceux du juge LeBel, par. 221), seul le juge Iacobucci l’a appliqué, l’adoptant à la place du critère de la conformité idéologique (par. 284-285). Pour les motifs énoncés ci-après, il n’est pas nécessaire d’aborder la question de l’existence d’un tel critère.

a) *Le critère de la conformité idéologique*

[106] Il n’est pas satisfait au premier volet du critère de la conformité idéologique, soit l’existence d’une association forcée.

[107] Je conviens avec les juges Abella et Cromwell que le simple fait de communiquer l’adresse et le numéro de téléphone résidentiels de M^{me} Bernard à l’agent négociateur ne peut pas être considéré comme une association forcée. Pour déclencher l’application des protections garanties par l’al. 2d) de la *Charte*, une personne doit être obligée de poser un des actes d’association suivants : constituer une association, y appartenir, la maintenir ou y participer (*Lavigne*, p. 323, le juge La Forest). Or, la communication des renseignements ordonnée par la Commission permettrait tout au plus à l’agent négociateur de communiquer avec M^{me} Bernard par téléphone, par courrier ou en personne — elle ne serait aucunement obligée d’accorder une importance accrue à ces formes anodines de communication et de s’associer. Elle pourrait, par exemple, raccrocher le téléphone, jeter le courrier ou fermer la porte d’entrée. Les décisions de la Commission n’ont pas eu pour effet d’enlever à M^{me} Bernard la liberté de refuser de s’associer. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Lavigne*, la liberté de ne pas s’associer n’est pas un « droit à l’isolement » (p. 320).

[108] Ms. Bernard argues that the possibility of secondary picketing at her home, arising from the disclosure of her home address, infringes her s. 2(d) *Charter* right. It is true that this Court has held that secondary picketing is, *prima facie*, a legal activity: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, at para. 67. Secondary picketing loses its legal sanction, however, where it amounts to tortious or criminal conduct (para. 3). It would thus be inconsistent with *Pepsi-Cola* for this Court to now pronounce that the mere *possibility* of secondary picketing — a *prima facie* legal activity — at Ms. Bernard’s home violates her s. 2(d) right to freedom from association.

[109] In light of this conclusion, this Court need not address the second part of the test. Nevertheless, Ms. Bernard has also not demonstrated that the Board’s orders amounted to compelled ideological conformity. The question is whether the “activity associates the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe” (*Lavigne*, at p. 344, *per* McLachlin J., as she then was). Mere contact does not amount to such compulsion.

(b) *The Liberty Test*

[110] Assuming, without deciding, that our law recognizes that a s. 2(d) *Charter* claim to freedom from association may be advanced under the liberty test described above, the first criterion of the test — the existence of forced association — has not been established. This claim must therefore be rejected.

(4) There Is No Violation of Section 8 of the Charter

[111] Ms. Bernard contends that the employer’s disclosure of her personal information without her consent constitutes an unlawful seizure under s. 8.

[112] I agree with the submission of the Attorney General of Canada that, in light of the “totality of

[108] M^{me} Bernard prétend que la possibilité qu’il y ait du piquetage secondaire chez elle, par suite de la communication de son adresse résidentielle, viole le droit qui lui est conféré par l’al. 2d) de la *Charte*. La Cour a effectivement conclu que le piquetage secondaire est, à première vue, légal : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 67. Le piquetage secondaire n’est toutefois plus légal s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle (par. 3). La Cour irait donc à l’encontre de l’arrêt *Pepsi-Cola* si elle affirmait que la simple *possibilité* de piquetage secondaire — une activité légale à première vue — chez M^{me} Bernard viole le droit à la liberté de ne pas s’associer que lui garantit l’al. 2d).

[109] Vu cette conclusion, la Cour n’a pas à se pencher sur le second volet du critère. Cependant, M^{me} Bernard n’a pas non plus démontré que les ordonnances de la Commission constituaient une forme de conformité idéologique forcée. La question est donc de savoir si « l’activité a pour effet d’associer l’individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement » (*Lavigne*, p. 344, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef). Un simple contact n’équivaut pas à une telle contrainte.

b) *Le critère de la liberté*

[110] À supposer, sans en décider, que notre droit reconnaît que la liberté de ne pas s’associer fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* peut être revendiquée relativement au critère de la liberté décrit précédemment, le premier volet du critère — l’existence de l’association forcée — n’a pas été établi. Cet argument doit donc être rejeté.

(4) Il n’y a pas violation de l’art. 8 de la Charte

[111] M^{me} Bernard prétend que le fait que l’employeur ait communiqué ses coordonnées personnelles sans son consentement constitue une saisie illégale en application de l’art. 8 de la *Charte*.

[112] Je souscris à la prétention du procureur général du Canada selon laquelle, eu égard à

the circumstances”, Ms. Bernard did not have a reasonable expectation of privacy in the personal information disclosed by the employer to the bargaining agent (A.G. of Canada factum, at para. 69; see also *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40). The subject matter of the alleged seizure is limited to Ms. Bernard’s home address and telephone number. It can be surmised that Ms. Bernard has a direct interest and subjective expectation of privacy in this information. However, in the circumstances here, Ms. Bernard has not shown that the home addresses and telephone numbers of employees can reasonably be said to form part of the “biographical core of personal information” which tends “to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; cited in *Cole*, at para. 45). Ms. Bernard’s subjective expectation of privacy in this information was therefore not objectively reasonable. The disclosure of her home address and telephone number to the bargaining agent therefore does not trigger the protection of s. 8 of the *Charter*.

[113] In any event, since Ms. Bernard’s employer disclosed her home contact information — which she had voluntarily provided to the employer (A.F., at para. 86) — to the bargaining agent, which is an employee organization, it cannot constitute a “seizure” for the purposes of s. 8 of the *Charter*. As Justice La Forest noted in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417: “Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents” (p. 431). The union is neither the state, nor one of its agents.

IV. Costs

[114] Because the Board and the Federal Court of Appeal erred in law in refusing to hear and decide Ms. Bernard’s *Charter* arguments, I would

[TRADUCTION] « l’ensemble des circonstances », M^{me} Bernard n’avait pas une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels que l’employeur a transmis à l’agent négociateur (mémoire du procureur général du Canada, par. 69; voir aussi *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40). L’objet de la prétendue saisie se limite à l’adresse et au numéro de téléphone résidentiels de M^{me} Bernard. On peut présumer que M^{me} Bernard a un droit direct et une attente subjective en matière de respect de la vie privée à l’égard de ces renseignements. Cependant, dans les circonstances de l’espèce, M^{me} Bernard n’a pas démontré que les adresses et les numéros de téléphone résidentiels des employés peuvent raisonnablement être considérés comme faisant partie d’« un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » qui tendent à « révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; cité dans *Cole*, par. 45). L’attente subjective en matière de respect de la vie privée que possède M^{me} Bernard à l’égard de ces renseignements n’était donc pas objectivement raisonnable. La communication à l’agent négociateur de son adresse et de son numéro de téléphone résidentiels ne déclenche pas l’application de la protection garantie par l’art. 8 de la *Charte*.

[113] Quoi qu’il en soit, comme l’employeur de M^{me} Bernard a communiqué à l’agent négociateur, qui est une organisation syndicale, ses coordonnées résidentielles — qu’elle avait volontairement fournies à l’employeur (m.a., par. 86) —, il ne peut s’agir d’une « saisie » aux fins de l’application de l’art. 8 de la *Charte*. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417 : « L’article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l’État et de ses mandataires » (p. 431). Le syndicat n’est pas l’État, ni un de ses mandataires.

IV. Dépens

[114] Comme la Commission et la Cour d’appel fédérale ont commis une erreur de droit en refusant d’entendre les arguments de M^{me} Bernard fondés

allow her appeal but only in respect of the Federal Court of Appeal's order of costs payable by her to the Attorney General of Canada and to PIPSC. In all other respects, I would dismiss the appeal. In light of the circumstances, the parties should bear their own costs in this Court.

Appeal dismissed without costs, ROTHSTEIN and MOLDAVER JJ. dissenting in part.

Elizabeth Bernard, on her own behalf.

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

Solicitors for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: McLennan Ross, Edmonton.

sur la *Charte* et de se prononcer sur ceux-ci, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement à l'égard de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la Cour d'appel fédérale selon laquelle M^{me} Bernard doit verser les dépens au procureur général du Canada et à l'IPFPC. À tous autres égards, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Compte tenu des circonstances, les parties devraient assumer leurs propres dépens devant la Cour.

Pourvoi rejeté sans dépens, les juges ROTHSTEIN et MOLDAVER sont dissidents en partie.

Elizabeth Bernard, pour son propre compte.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada: Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada : Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Public Service Labour Relations Board: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission des relations de travail dans la fonction publique : Torys, Toronto.

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20110407

Docket: IMM-3680-10

Citation: 2011 FC 431

Ottawa, Ontario, April 7, 2011

PRESENT: The Honourable Mr. Justice Near

BETWEEN:

**THE MINISTER OF PUBLIC SAFETY
AND EMERGENCY PREPAREDNESS**

Applicant

and

XIAO LING LIN

Respondent

REASONS FOR JUDGMENT AND JUDGMENT

[1] This is an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (the Board) dated June 10, 2010 dismissing an application by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) to vacate the Respondent's claim for refugee protection.

[2] Based on the reasons below, this application is dismissed.

I. Background

A. *Factual Background*

[3] The Respondent, Xiao Ling Lin, is a citizen of China. He arrived in Canada and sought refugee protection on February 7, 2007. He claimed to have a well-founded fear of persecution because he sold Falun Gong books and CDs in his bookstore in Changle City, Fujian Province, China. The store was searched by the police in November 2006. Although he kept the banned materials out of sight, the police found the Falun Gong materials. The Respondent claimed to have escaped while the search was being conducted and later fled to Canada.

[4] Fourteen (14) days in advance of the Respondent's hearing before the Immigration and Refugee Board, the Respondent submitted copies of his license to operate a bookstore, alleged Public Security Bureau (PSB) search warrants, a notice of closure of his bookstore from the Industry and Business Administrative Management Bureau and three summons requiring him to report to Chinese authorities. Despite the fact that this was outside of the 20-day period for disclosure, the tribunal accepted the evidence pursuant to its discretion to do so under the rules. On January 14, 2009 the tribunal concluded that, on a balance of probabilities, the Respondent was involved in the sale of Falun Gong materials which came to the attention of the Chinese authorities, giving rise to more than a mere possibility that the Respondent would face persecution in China. A notice of decision was issued the following day, and written reasons followed on February 19, 2009.

[5] Prior to the hearing, the Hearings Officer began the process of attempting to verify the authenticity of the Respondent's documents. The documents were sent to the "Migration Integrity Officer" in Guangzhou, China in December 2009. January 22, 2009 the Consulate General of Canada in Guangzhou forwarded the documents to the Consular and Cultural Division of the Foreign Affairs Office of Fujian Provincial People's Government. On March 31, 2009 the Minister was informed by the Chinese government via diplomatic note that investigations by the pertinent authorities failed to find any record on file concerning the submitted Business License and that the Changle PSB had no police officers matching the names of the police officers on the submitted summons.

[6] As a result of this information, the Minister brought an application to vacate the Respondent's Convention Refugee (CR) status on June 30, 2009. The Minister based his application on the grounds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter which, if known to the tribunal, could have resulted in a different determination.

B. *Impugned Decision*

[7] The Board held the vacation hearing on January 15, 2010. The Minister took the position that the Chinese authorities had concluded that the Respondent's documents were fraudulent and that there was therefore no basis upon which the tribunal could have determined that the Respondent was a CR. The Minister argued that the Respondent's claim was false and that he misrepresented facts relating to a relevant matter.

[8] By way of reasons dated June 10, 2010, the Board dismissed the Minister's application.

[9] The Board made two findings. First the Board found that the Minister sought the views of the alleged persecutor with respect to the merits of the application and the Respondent's designation as a CR. The Board found that the evidence of the Chinese authorities might be either true or false, and it would be the panel hearing the refugee claim that would be in the best position to weigh the evidence and make that determination.

[10] Secondly, the Board found that the Minister approached the Chinese authorities without regard for the protected status of the Respondent as a CR, and failed to take appropriate steps to protect the Respondent. In the view of the Board, this was fatal to the Minister's application.

II. Issues

[11] The Applicant raises the following issues:

- (a) Did the Board err with respect to its analysis under subsection 109(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27 [IRPA] by not properly considering the Minister's new evidence?
- (b) Did the Board err by not conducting an analysis under subsection 109(2) of the IRPA with respect to the remaining evidence that would support the Respondent's CR status?

[12] The Respondent raises the following issues:

- (a) Did the Board err in concluding that the Minister's evidence was insufficient for the Minister to meet the onus of proof and establish the facts to a balance of probabilities with respect to the misrepresentation?
- (b) Was the disclosure in this case a breach of the Respondent's rights under the *Privacy Act*?
- (c) Was the Board correct in dismissing the application after finding that there was an abuse of process?

[13] In my view, the issues are best summarized as:

- (a) Did the Board err in concluding that the Minister's evidence was insufficient to establish misrepresentation?
- (b) Did the Board err in dismissing the application after finding that there was an abuse of process?

III. Legislative Scheme

[14] Section 109 of the IRPA allows the Minister to apply to vacate a decision to allow a claim for refugee protection if the decision was obtained as a result of misrepresentation:

Vacation of refugee protection

109. (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding

Demande d'annulation

109. (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d'asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet

material facts relating to a relevant matter.

pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Rejection of application

Rejet de la demande

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection.

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu'il reste suffisamment d'éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l'asile.

Allowance of application

Effet de la décision

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected and the decision that led to the conferral of refugee protection is nullified.

(3) La décision portant annulation est assimilée au rejet de la demande d'asile, la décision initiale étant dès lors nulle.

IV. Standard of Review

[15] Decisions rendered pursuant to section 109 of the IRPA are decisions of mixed fact and law, and as such are entitled to deference by the Court. The appropriate standard of review is the standard of reasonableness (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Chery*, 2008 FC 1001, 334 FTR 148 at para 19). The Court will not disturb the Board's finding so long as the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir v New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 SCR 190 at para 47).

V. Argument and Analysis

A. *Did the Board Err in its Analysis Under Section 109?*

[16] The Minister submits that the Board failed to engage in a proper analysis of the Minister's evidence under either subsection 109(1) or 109(2). It is the Minister's contention that instead of engaging in the analysis required by the statute, the Board focused on the entirely extraneous and irrelevant consideration of how the Minister obtained the evidence. The Minister posits that by focusing on the Respondent's privacy rights, the Board examined an issue that was not before it and was not within the scope of the Board's duty at the vacation hearing. The Minister's position seems to be that the Board did not actually consider the credibility or sufficiency of the new evidence, and such failure amounts to an error of law.

[17] The Respondent takes the view that the reasons of the Board reveal that the Board did in fact consider the evidence and determined, on a balance of probabilities, that the Minister did not meet the burden of showing that the Respondent misrepresented a material fact.

[18] As I read the reasons, it is clear that the Board considered the Minister's evidence. The Board was aware that the Minister took the communication from the Chinese authorities to lead to the indubitable conclusion that the Respondent directly misrepresented facts relating to relevant matters, namely, the existence of the bookstore, the search of the premises and seizure of the

material and the summonses requiring the Respondent to appear. However, the Board did not share this view. The Board stated at paras 27 and 28:

In the context of the determination of the refugee claim itself, the panel hearing that case would be in a position to weigh such evidence in the context of the evidence overall, and deal with it in a way which would be not only appropriate, but sensitive to the issues of credibility and trustworthiness arising generally in the case. Evidence going to the question of inclusion should be dealt with, as much as possible, within the process of determination of the claim, rather than as a post-hearing application to vacate. It is in the process of the actual determination of the claim that the strengths and weaknesses of evidence going to inclusion can best be dealt with.

For instance, it is clear that what the Respondent says about his treatment by the Chinese authorities, in particular the PSB, is either true or false. Similarly, what the Chinese authorities say in their communication to the Canadian authorities is either true or false. However, if what the Respondent said about the Chinese authorities is true, then that might be a reason to consider that what the Chinese authorities say about the Respondent is false. That is, these matters are inextricably intertwined. It is the panel hearing the refugee claim who is in the best position to understand the body of evidence as a whole, and to make the appropriate determination.

[19] Perhaps it is not as clear as the Minister would like, but it is obvious that the Board found the Minister's evidence to be insufficient to meet the requirement of section 109. The evidence was, in the mind of the Board, not irrefutable. The Board did not find itself in a position to be able to say it preferred the Minister's evidence over that of the Respondent. Although the Board does not spell it out as clearly as the Respondent does in his submissions, the Board did not find, on a balance of probabilities, that the Minister's evidence showed that the Respondent misrepresented relevant facts to the tribunal.

[20] The Supreme Court has recently reiterated that the onus is on the Minister to provide sufficient evidence to terminate a previously recognized refugee status, stating in

Németh v Canada (Justice), 2010 SCC 56, 91 Imm LR (3d) 165 at para 109, “under the Refugee Convention, persons who have established that they meet the refugee definition should not bear the burden of proving that they continue to do so.” Specifically, at para 110, “the IRPA makes it clear that it is up to the Minister of Citizenship and Immigration (MCI) to apply for the order that refugee protection has ceased and to advance the reasons in support of the application.” In the present case, the Board expressed dissatisfaction with the reasons advanced by the Minister in support of the application.

[21] Furthermore, contrary to the Minister’s submissions, the Board made it quite clear that it was concerned with the credibility of the Minister’s evidence, given its provenance. The Board noted at para 26 that “What the Canadian authorities did do, however, was involve the alleged persecutor in an assessment of the evidence of the claims which had been brought by the claimant, or respondent.” The Board very clearly expressed its concern with the source and method by which the Minister obtained the evidence. Though the Minister argues that this is an irrelevant consideration, I disagree. It clearly has an impact on the probative value that may be assigned to the evidence. And it is trite law that the Board is in the best position to weigh and evaluate the submitted evidence. More specifically, findings in a vacation hearing are entitled to the highest level of deference, as they are based on an assessment of the claimant’s credibility and on the weighing of the evidence submitted by both parties (*Mansoor v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 420, 61 Imm LR (3d) 227 at para 24).

[22] The Respondent submits that the Board made a decision that was reasonably open to it based on the totality of the evidence. The Board considered the findings of the previous tribunal,

the new evidence and the procedures followed in obtaining the communications from the Chinese authorities, and concluded that the Minister did not advance sufficient evidence to warrant vacating the Respondent's CR status. I agree with the Respondent. The outcome falls within the range of acceptable, defensible outcomes.

[23] The Minister further submits that the Board erred in not conducting a review of the untainted evidence to determine whether there was sufficient evidence to support a convention refugee finding for the Respondent, as mandated by subsection 109(2).

[24] There is no basis for this argument. It is logically untenable to hold that the Board must nonetheless analyze whether the Respondent would be able to maintain a claim for CR status based on the remaining untainted evidence even after concluding that it is not in a position to prefer the Minister's evidence over that of the Respondent. The Board never came to the conclusion that the Respondent's evidence was "tainted" in the first place, thus, there was no need to analyze a claim based on the remaining evidence. The test for vacation is clear. As stated by Justice Yves de Montigny in *Mansoor*, above, at para 23:

[23] The parties do not dispute the proper approach to an application to vacate a decision granting refugee status. The tribunal must first conclude the decision granting refugee protection was obtained as a result of direct or indirect misrepresentations, or of withholding material facts relating to a relevant matter. Having found so, it may nevertheless deny the application if there remains sufficient evidence considered at the time of the determination of the claim for refugee protection to justify refugee protection: see, for example, *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Pearce*, [2006] F.C.J. No. 646, 2006 FC 492; *Naqvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] F.C.J. No. 1941, 2004 FC 1605

[Emphasis added]

[25] I find no reviewable error in the Board's section 109 analysis.

B. *Did the Board Err in Considering How the Minister Obtained the Evidence?*

[26] The Board found fault with the way in which the Minister obtained the evidence given the protected status of the Respondent, writing at para 37:

The protection of persons is at the core of the refugee determination system. The identification of those who genuinely need protection is critical to [the] integrity of that system. In investigating the merits, bona fides or veracity of claims brought before the Division, the Minister must balance, and be seen to balance, the need to protect the individual, including those who have been determined to be Convention refugees, against the need, in the public interest, to detect and prevent fraud. In this case, there is no evidence that any care was taken to protect the Convention refugee, a protected person. This is fatal to the Minister's application.

[27] The Minister submits that a consideration of the method by which the Minister obtained the evidence is irrelevant and not at issue. The Minister argues that the protocol followed by the Minister in obtaining the evidence was consistent with the case law and did not violate the Respondent's privacy rights. The Minister submits that the Board erroneously and microscopically read the case law and mischaracterized what the Minister was attempting to do in verifying the documents.

[28] The Respondent argues that the Board did not err in determining that the Respondent's privacy rights under the *Privacy Act*, RSC 1985, c P-21 were violated by the Minister's disclosure of personal information to the agents of persecution since the disclosure of personal information in

this case was not consistent with the purpose of determining a refugee claim. The Respondent further argues that the Minister's vacation application constitutes an abuse of process in that he failed to ask for a postponement and the subsequent challenging of the evidence deprived the Respondent of an opportunity to integrate that evidence into his claim.

[29] The Minister relied on two cases to illustrate that this Court has found it acceptable to verify documents with foreign governments, even those alleged to be the claimant's persecutors. The Board examined these cases, excerpting a section from *Moin v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 473, 157 ACWS (3d) 603. There, the Federal Court found, relying on the decision of the Court in the case of *Igbinosun v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 87 FTR 131, 51 ACWS (3d) 918, that disclosure to the state authorities, the alleged persecutors, was essential to determine if the Respondent fell within the exclusion provisions of Article 1F (war crimes, serious non-political crimes) of the Schedule to the IRPA:

[35] According to s. 8(1) of the *Privacy Act*, the person who provides the government with personal information must consent for the government to subsequently disclose the information. S. 8(2) then lists exceptions to that general rule. One of those exceptions, at paragraph 8(2)(a), allows the government to disclose information so long as the act of disclosure is for the same purpose, or one consistent with, the purpose of originally collecting the information.

[36] In the present case, the purpose for which Mr. Moin's personal information was collected may be expressed as general immigration purposes or, more specifically, as admissibility and refugee determination purposes. Under either interpretation, using the information to determine whether Mr. Moin might be excluded from Convention refugee status was a reflection of the same purpose or, in the alternative, a purpose consistent with that which originally justified the collection: *Rahman v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 2041 (F.C.T.D.) (QL).

[37] Mr. Moin indicated in his refugee intake interview that he was charged with corruption and misuse of public office, thereby

raising the possibility of exclusion under Article 1(F)(b) of the Convention. Appropriate inquiries were made to determine whether he was excluded from the refugee definition. There is no evidence that authorities in Pakistan were advised Mr. Moin had made a claim for asylum. In any event, the disclosure was essential to determine if he fell within Article 1(F). I believe the following paragraph taken from the decision reached by Justice Donna McGillis in *Igbinosun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1705 (F.C.T.D.) (QL), is a complete answer to Mr. Moin's argument:

6. In the present case, the evidence establishes that the identity of the applicant was disclosed to Nigerian police officials to determine whether he had been charged with the offence of murder. There is no evidence to indicate that any confidential information given by the applicant in his personal information form was disclosed. The objection to the admissibility of the telex on the basis that the Privacy Act was violated has been advanced in the absence of a proper evidentiary framework and, as a result, must be rejected. Alternatively, even if Canadian officials did provide confidential information from the applicant to the Nigerian police, the disclosure was made for the purpose of permitting the Minister to formulate an opinion as to whether the claim of the applicant raised a matter within the exclusionary provision in subsection F(b) of Article 1 of the Convention. [See subparagraph 69.1(5)(a)(ii) of the *Immigration Act*.] Since the applicant provided the information for immigration purposes, its use, if any, by the Minister or his representatives was clearly "for a use consistent with that purpose" within the meaning of paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[38] In light of the foregoing, I agree with the Minister that the Board was not required to address Mr. Moin's arguments concerning his refugee *sur place* claim. A tribunal is not required to address such an argument where the applicant has been judged not to have presented any credible evidence substantiating his claim: *Barry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] F.C.J. No. 266, 2002 FCT 203; *Ghribi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.J. No. 1502, 2003 FC 1191; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] F.C.J. No. 230, 2005 FC 179.

[30] The Board distinguished the cases from the present matter in two ways. In *Moin* and *Igbinosun*, above, the information was sought to determine whether or not the claimants were excluded under Article 1F. The Board found that making inquiries regarding potential exclusion to be essentially different from making inquiries from the alleged persecutor regarding matters internal to the refugee claim, such as an assessment of the evidence. Secondly, the inquiries made in *Moin* and *Igbinosun*, above, were made prior to the determinations of the claims, and the results were disclosed before the hearing in each case.

[31] The Minister argues that the Board distinguished these cases in a blind fashion. The Minister submits that the Board read the cases microscopically to hold that the Minister may only make inquiries in the case of exclusions. The Minister emphasizes that the Minister is able to make an application to vacate CR status at any time, so the fact that the inquiries in the present matter were made after the hearing is not in any way significant.

[32] I do not read the reasons of the Board the same way as the Minister. Like the Respondent and the Board, I share the view that in principle the Minister has the right to send documents to foreign governments to be verified. However, at issue in this matter is the manner in which the documents were verified. This is a legitimate concern to which the Board rightfully turned its attention.

[33] While cognizant of the fact that, in accordance with the legislation, personal information can be disclosed for a use consistent with the purpose for which the information was obtained, the Board nonetheless determined that the Respondent's privacy rights had been violated because "seeking the

views of the alleged persecutor or perpetrator on the quality, provenance or credibility of the evidence alleged against that person, institution or state” was, in this case, not a use consistent with the purpose of determining a refugee claim. The Board did not conclude that inquiries could only be made with respect to exclusions, rather, that consistent with the case law, disclosure or personal information must be consistent with the purpose of determining a refugee claim.

[34] I agree with the Respondent that framing the issue as general immigration purposes, as suggested by the Minister, might be too broad. The Board focused largely on the fact that inquiries were made after the Respondent had been granted protective status. In this specific instance, it is hard to see how providing the Respondent’s documents to a government known to be repressive without first taking steps to protect the Respondent’s identity would be in line with the objectives of the IRPA, which the Board reproduced:

Objectives — refugees

- (2) The objectives of this Act with respect to refugees are
- (a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;
 - (b) to fulfil Canada’s international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada’s commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;
 - (c) to grant, as a fundamental expression of Canada’s humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;
 - (d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;
 - (e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada’s respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;[...]

[35] The Minister maintains that the Respondent's documents were provided to the Chinese authorities for immigration purposes, and the fact, acknowledged by the Board, that the Minister did not disclose that the Respondent had made a refugee claim or was granted convention refugee status means that the appropriate protocol was followed. This directly contradicts the Board's findings that "no steps were taken, or criteria applied to protect the protected person."

[36] Again, the Minister fails to raise a reviewable error. Having rightly determined that the Respondent's privacy rights were in issue, the Minister had a duty to ensure that the disclosure was appropriately limited and proportionate. As Justice Danièle Tremblay-Lamer wrote in *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v Kahlon*, 2005 FC 1000, 278 FTR 254 at para 37, "The RPD should consider alternatives to full disclosure in order to strike a balance between the need for disclosure and the right to privacy." The Minister took no steps. The Minister's submission that redacting the Respondent's name from the documents would be counter-productive strikes me as spurious. The Respondent's identity was never at issue, only the authenticity of the documents was questioned. Their genuineness could have been examined without revealing the Respondent's name to the Chinese authorities, whom, a tribunal had already concluded, were more than merely likely to persecute him.

[37] I, the Board and the Respondent recognize that in principle the Minister has the duty to uphold the integrity of the Canadian refugee determination system and accordingly the right to verify documents. However, I accept the Respondent's submission that the manner in which the verification is conducted must be tailored to ensure that the claimant's right to privacy is respected and that his life is not endangered by the disclosure.

[38] I do not accept the Minister's argument that the Board turned its mind to irrelevant and extraneous considerations and thus committed a reviewable error. The decision is justified and intelligible. I see no reason for this Court to intervene.

[39] The Respondent submitted that the Minister's vacation application constituted an abuse of process. I do not feel the need to comment on these submissions, other than to say that vacation applications should not be used as a more convenient timeline within which to challenge the veracity of documents that are internal to a claimant's refugee determination process. That asking for an adjournment would pose scheduling inconveniences for the Minister is not a valid rebuttal to this point.

VI. Conclusion

[40] Submissions were received with respect to possible questions for certification but given my findings with respect to this matter, I have decided that it would not be appropriate to certify any questions.

[41] In consideration of the above conclusions, this application for judicial review is dismissed.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application for judicial review is dismissed.

“ D. G. Near ”

Judge

FEDERAL COURT
SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: IMM-3680-10

STYLE OF CAUSE: MPSEP v. XIAO LING LIN

PLACE OF HEARING: TORONTO

DATE OF HEARING: FEBRUARY 14, 2011

**REASONS FOR JUDGMENT
AND JUDGMENT BY:** NEAR J.

DATED: APRIL 7, 2011

APPEARANCES:

Nimanthika Kaneira

FOR THE APPLICANT

Lorne Waldman

FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Myles J. Kirvan
Deputy Attorney General Canada

FOR THE APPLICANT

Lorne Waldman
Waldman & Associates
Toronto, Ontario

FOR THE RESPONDENT

Case Name:

**Canada (Information Commissioner) v. Canada (Canadian
Transportation Accident Investigation and Safety Board)**

Between

**The Information Commissioner of Canada, applicant, and
The Executive Director of the Canadian Transportation
Accident Investigation and Safety Board, respondent, and
NAV Canada, respondent, and
The Attorney General of Canada, intervener**

[2005] F.C.J. No. 489

[2005] A.C.F. no 489

2005 FC 384

2005 CF 384

[2006] 1 F.C.R. 605

[2006] 1 R.C.F. 605

271 F.T.R. 7

40 C.P.R. (4th) 158

138 A.C.W.S. (3d) 205

Dockets T-465-01, T-650-02, T-888-02, T-889-02

Federal Court
Ottawa, Ontario

Snider J.

Heard: January 18, 2005.

Judgment: March 18, 2005.

(89 paras.)

Government law -- Freedom of information -- Bars -- Confidential information -- Legislation -- Federal -- Access to Information Act -- Privacy Act.

Applications by the Information Commissioner for judicial review of a refusal by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose requested information. The Commissioner also sought a declaration that s. 9(2) of the Radiocommunications Act violated s. 2(b) of the Charter. The Commissioner had requested the Board to disclose tapes and transcripts of conversations between air traffic control and aircraft personnel, as a result of four separate airplane collisions. The Board refused to produce the documents on the ground that the communications were personal information pursuant to s. 3 of the Privacy Act and that disclosure pursuant to the Access to Information Act was not warranted.

HELD: Applications dismissed. The communications were personal information under the Privacy Act. Although the air traffic control conversations were purely technical in nature, in the event of an accident, they were used to assess the manner in which the air traffic controllers and aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. As such, these communications were about the individuals involved. The individuals were identifiable. The communications were confidential. The controllers and pilots had every right to expect that the use by the Board of the communications would be restricted for the purpose for which they were obtained. The information was not obtained for the purpose of being distributed to the public at large. Although the information with respect to one of the aircraft collisions had been previously released to journalists and was thus publicly available, the Safety Board properly concluded that the information was personal and should not have been released. It was thus entitled to refuse to release the information to the Commissioner. Although the Privacy Act permitted the Board to include air traffic control communications in its investigative reports, this did not mean that it was obligated to release such information to the public at large. The Board properly refused to exercise its discretion under the Privacy Act that allowed it to disclose information where the public interest in disclosure outweighed any invasion of privacy. The constitutionality of s. 9(2) of the Radiocommunications Act was not directly and completely before the court. This issue was thus not considered.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19(1), 19(2), 19(2)(a), 19(2)(b), 19(2)(c), 20(1), 20(1)(b), 25, 42(1)(a).

Aeronautical Service Act, s. 2.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, s. 2(b).

Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, Part VIII, Subpart 2.

Convention on International Civil Aviation, Annex 10, Volume II.

Criminal Code, ss. 183, 183, 184(1).

Interpretation Act, s. 35(1).

Privacy Act, ss. 3, 3(j), 3(k), 3(l), 3(m), 8, 8(2)(a), 8(2)(b), 8(2)(m)(i).

Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, ss. 1, 9(2).

Radiocommunication Regulations, SOR/96-484, s. 6.

Transportation Safety Board Act, ss. 2, 2(a), 2(b), 7(1)(a), 7(1)(b), 7(1)(c), 7(1)(d), 7(2).

Counsel:

Daniel Brunet and Patricia Boyd, for the applicant.

Barbara McIsaac, Q.C., and Gregory Tzemenakis, for the respondent.

Brian Crane, Q.C. and Graham Ragan, for the added respondent.

Christopher Rupar, for the intervener.

[Editor's note: An amendment was released by the Court on March 9, 2006. The changes were not indicated. This document contains the amended text.]

[Editor's note: An amendment was released by the Court on September 8, 2005. The changes were not indicated. This document contains the amended text.]

REASONS FOR ORDER

1 SNIDER J.:-- In each of four applications before me, the Applicant, the Information Commissioner of Canada (the "Commissioner"), pursuant to s. 42(1)(a) of the Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1 (the "ATIA"), seeks judicial review of a refusal by the Respondent, the Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (the "TSB"), to disclose requested information. In addition, the Commissioner seeks an Order declaring that s. 9(2) of the Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2 infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedom (the "Charter").

2 The information sought by the Commission consists of tapes and transcripts of conversations between air traffic control ("ATC") and aircraft personnel (the "ATC communications"). The applications before me arose as a result of four separate airplane collisions or crashes. A brief

description of the incidents, the requests for information and the relevant decisions of the TSB are as follows:

1. The Clarenville Occurrence

Court File T- 465-01 relates to an application made by Mr. Peter Walsh, who works for CBC TV, to the TSB for access to:

All records regarding investigation into Kelner Airways, Pilatus PC-12 plane crash near Clarenville N.F., 19 May 1998, including final report with ministerial briefings, witness statement and audio tape copy of voice cockpit recorder conversations with air traffic control.

The final decision of the TSB to withhold the information was dated December 11, 2000 and confirmed the position of the TSB stated in its letter to the Commissioner dated September 20, 2000.

2. The Penticton Occurrence

Court File T-650-02 relates to an application made by Ms. Anna M. Feglarska, counsel for the underwriters on behalf of the estate of the pilot of the Mooney M20 who was killed in the incident. The TSB refused the requester access to:

Tapes and transcripts of voice communications between Nav Canada and the pilots of the two aircraft [the Cessna 177RG (C-GWYY) and the Mooney M20 C (C-GAR)] involved in the mid-air collision in or near Penticton, British Columbia on August 20, 1999.

The TSB's reasons for the refusal of this request and the requests made in Court files T-888-02 and T-889-02 are contained in the TSB's letter dated January 31, 2002.

3. The Fredericton Occurrence

Court File T-888-02 is based on an application to the TSB by the journalist, Mr. Dean Beeby. The TSB refused the requester access to:

Records of radio communications pertinent to the investigation into the landing of an Air-Canada-Canadian Airlines Fokker 28 aircraft at Fredericton Airport on Nov. 28, 2000, including communications involving Moncton ATC, the Fredericton tower and the pilots.

As noted above, the reasons for the TSB's refusal were contained in the TSB letter dated January 31, 2002. This position, in respect of this incident and the incident in Court File T-889-02 were confirmed the TSB's refusal letter dated March 14, 2002.

4. The St. John's Occurrence

In Court File T-889-02, application is made with the consent of the requester, Mr. Dean Beeby. The TSB refused the requester access to:

All air traffic control tapes turned over to the board's investigation into the Aug. 1, 1999, accident at St. John's Nfld., airport in which an InterCanadian Fokker 28 overshot the runway.

In each case, the reasons given by the TSB were consistent. First, the TSB was of the view that the ATC communications were personal information as contemplated by s. 3 of the Privacy Act. Secondly, the TSB concluded that disclosure of the information pursuant to s. 19(2) of the ATIA was not warranted.

ISSUES

3 The issues raised by these applications are as follows:

1. Do the ATC communications constitute "personal information" as defined in s. 3 of the Privacy Act, 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II "1" (the "Privacy Act") thus preventing disclosure under s. 19(1) of the ATIA?
2. Did the TSB err in determining that disclosure of the ATC communications was not warranted by s. 19(2) of the Privacy Act of the ATIA?

3. Does s. 20(1) of the ATIA prohibit the disclosure of the ATC communications?
4. Can the personal information in the ATC communications reasonably be severed from the remaining information pursuant to s. 25 of the ATIA?
5. Does s. 9(2) of the Radiocommunication Act R.S.C. 1985, c. R-2, infringe s. 2(b) of the Charter which guarantees freedom of expression and, if so, is such an infringement justified under s.1 of the Charter?

THE STATUTORY SCHEME

4 The principal issue in this case is whether the ATC communications contain "personal information" as defined by s. 3 of the Privacy Act and, as such, were exempt from disclosure by virtue of s. 19(1) of the ATIA. Section 3 defines "personal information" as follows:

- s. 3 "personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form ...

5 Section 19(1) of the ATIA is as follows:

Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the Privacy Act.

* * *

Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

6 Section 19(2) of the ATIA sets out the circumstances in which the head of a government institution may disclose a record containing personal information:

- (2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if
 - (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
 - (b) the information is publicly available; or
 - (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the Privacy Act.

* * *

- (2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où :

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accas;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

7 Section 8(2)(m)(i) of the Privacy Act provides that personal information may be disclosed where, "in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure".

8 The final provision to consider is s. 25 of the ATIA, which contemplates categorizing the information into personal and non-personal categories and then severing the two, allowing disclosure of the non-personal information:

- 25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

* * *

- 25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

ANALYSIS

Issue no 1: Are the ATC communications "personal information" within the meaning of s. 3 of the Privacy Act?

9 The parties agree that the issue of whether this is personal information is the most critical question for determination. They also agree that the TSB's determination is to be reviewed on a standard of correctness (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (RCMP)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paras. 14 - 19).

10 Both the TSB and NAV Canada argue that the ATC communications are personal information. The Commissioner submits that they are not. There is nothing that specifically covers this type of information in either the ATIA or the Privacy Act. Further, none of the jurisprudence

referred to is directly on point. Accordingly, the determination of whether the ATC communications are personal information within the meaning of s. 3 must be made on the application of general principles and a measure of common sense.

11 Section 3 defines personal information as "information about an identifiable individual that is recorded in any form". There are three components to the definition:

- the information must be "about" an individual;
- the individual must be identifiable; and
- the information must be recorded.

12 Speaking for the minority, but supported in his views on the interpretation of s. 3 by the majority of the Supreme Court of Canada, Justice La Forest in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 68 - 69, had the following to say about the definition:

... On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] F.C.J. No. 408, *supra*, at p. 557, the language of this section is "deliberately broad" and "entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions; see J. Alan Leadbeater, "How Much Privacy for Public Officials?", speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture. [emphasis added]

13 These views of Justice La Forest were cited with approval by the Supreme Court of Canada in the recent decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (RCMP)*, [2003] 1 S.C.R. 66 at para. 23.

14 Further, I note Justice La Forest's view, at para. 94 of *Dagg*:

[I]nformation relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information". [emphasis added]

15 An expansive interpretation of s. 3 does not necessarily mean that every utterance of an individual is protected from disclosure under the Privacy Act. Even if a particular recording meets the definition of personal information, it may lose protection by the operation of a number of provisions of both the Privacy Act and the ATIA. For example, information that falls within the description of s. 3(j), (k), (l) or (m) of the definition (none of which is relevant here) is not considered personal information for certain purposes of the ATIA. In addition, despite information being personal, disclosure may be authorized pursuant to s. 19 of the ATIA.

16 In my view, the legislative scheme provides a balance that is sensible and workable. Parliament has recognized the importance of individual privacy at the same time as it has provided a framework for weighing those privacy concerns against the important needs, at times, for disclosure. The public interest is well served by taking a broad view of what is "personal information" and then considering, under an equally expansive scheme, whether that information should, nevertheless, be disclosed.

17 With these principles in mind, I turn to the facts of this case. There is no question that the ATC communications were recorded. The views differ on the other two aspects of the definition. I will consider each in turn.

Are the ATC communications about an individual?

18 The Commissioner submits that the ATC communications are merely an exchange of information related to the provision of services. They are, in his view, "transactions" recorded in a system designed to keep track of information. ATC communications provided by NAV Canada are regulated as to content by s. 2 of the Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 2 and s. 6 of the Radiocommunication Regulations SOR/96-484. The content of the communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. These messages are highly regulated and transmitted over frequencies reserved specifically for aeronautical services. Users of these frequencies are statutorily required not to identify themselves using their names. All of this is correct.

19 The Commissioner points out that the records contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of the pilots and controllers. Only a very few lines in one of the communications contain direct references to names or other information that the Commissioner acknowledges is personal.

20 I agree with the Commissioner that these are recordings of "transactions" and that the information is almost exclusively technical. However, in my view, the ATC communications, when

viewed in context, are also much more. The fact that they are a record of transactions and contain factual information does not preclude them from being personal information or information about the individuals.

21 In this case, there are two different types of individuals involved; the ground crew of air traffic controllers and flight specialists and the air crew. To establish the nature of the communications, I look to the purpose for which they are made and used.

22 Canada is a signatory to the Convention on International Civil Aviation signed at Chicago, Illinois on December 7, 1944 (the "ICAO Convention"). Included in Annex 10, Volume II to the ICAO Convention is a provision which mandates the logging of ATC communications. These standards are incorporated into Part VIII - Subpart 2 of the Canadian Aviation Regulations, SOR /96-433.

23 Most of the time - thankfully - any given flight takes place without incident. In those cases, the tapes are kept for 30 days and are then destroyed. However, in a very few cases there may be an "aviation occurrence", which is defined in s. 2 the TSB Act as:

- (a) any accident or incident associated with the operation of an aircraft, and
- (b) any situation or condition that the Board has reasonable grounds to believe could, if left unattended, induce an accident or incident described in paragraph (a).

* * *

Tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef. Y est assimilée toute situation dont le Bureau a des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait, à défaut de mesure corrective, provoquer un tel accident ou incident.

24 In such an event, the ATC communications become very important indeed. NAV Canada will notify the TSB of the incident. The TSB may commence an investigation of the occurrence, as happened with each of the occurrences that are the subject of these proceedings. The relevant ATC tapes are then provided to the TSB investigators. In the hands of the TSB, these tapes become much more than a "transaction"; they are used as part of the TSB investigation. As stated in the TSB Act:

- 7. (1) The object of the Board is to advance transportation safety by
 - (a) conducting independent investigations, including, when necessary, public inquiries, into selected transportation occurrences in order to make findings as to their causes and contributing factors;
 - (b) identifying safety deficiencies as evidenced by transportation occurrences;

- (c) making recommendations designed to eliminate or reduce any such safety deficiencies; and,
 - (d) reporting publicly on its investigations and on the findings in relation thereto.
- (2) In making its findings as to the causes and contributing factors of a transportation occurrence, it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board's findings. [emphasis added]

* * *

7. (1) Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports :
- a) en procédant à des enquêtes indépendantes, y compris des enquêtes publiques au besoin, sur les accidents de transport choisis, afin d'en dégager les causes et les facteurs;
 - b) en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par de tels accidents;
 - c) en faisant des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire ces manquements;
 - d) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes et présentant les conclusions qu'il en tire.
- (2) Dans ses conclusions, le Bureau n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales; ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard.

25 In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

26 For these reasons, I conclude that the ATC communications are "about" the individuals

involved.

Are the individuals identifiable?

27 The Commissioner submits that controllers cannot be identified unless a person has access to NAV Canada's shift log books. Neither common sense nor the evidence before me bears out this assertion. ATC communications only come to the attention of the TSB when there has been an unfortunate event. When an airplane crash or near miss occurs, significant interest by the press and the public will almost certainly follow. It is simply unrealistic to expect that pilots or, in some cases, traffic controllers will not be identified as being connected with an accident.

28 The practice of air traffic controllers is to not refer to persons by name. However, this is not the only way in which the persons can be identified. Ms. Kathleen Fox, Assistant Vice-President of Air Traffic Services at NAV Canada, has 30 years of experience in the area of air traffic control. In her affidavit and in cross-examination on her affidavit, she opined that listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller. Further, the voices of the individual controller and pilot may be heard and identified. When asked, during cross examination on her affidavit, whether there were other identifiers which could lead a person to discover or locate the individuals, Ms. Fox stated:

Well, there's the aircraft identification itself. The civil registration or the flight number. There's the way the speaker identifies themselves as the [name of tower]. And there's also the use of operating initials by the individual controllers or specialists in conducting interphone conversations. There's certainly the voice of those - for those who may know that individual, who would recognize the voice. Especially if they knew where they worked and the date and time of the occurrence. So all of those things can lead to identification of the individuals involved.

29 In the context of a request for information for ATC communications for an earlier incident involving the tragic crash of Swiss Air 111 off the coast of Nova Scotia, the Commissioner himself stated:

In my view, the voices, along with the tonal and emotive characteristics constitute personal information of the three air traffic controllers and the two pilots. Disclosure would link the information to identifiable individuals. It would also link the content contained in the public transcript to identifiable individuals. [emphasis added]

30 Further evidence that controllers are identifiable was provided by Mr. Ron Brown, whose father was killed in the crash of a small plane in British Columbia (not one of the occurrences at issue in these proceedings). In a letter to NAV Canada seeking access to the tapes of the accident, Mr. Brown identified the controller on duty.

31 I am persuaded that the individuals involved in the ATC communications are identifiable. Perhaps not with 100% accuracy but sufficiently to meet the requirement of s. 3 of the Privacy Act.

Do the individuals have a reasonable expectation of privacy?

32 The Commissioner submits that, according to the analysis of Justice La Forest in *Dagg*, to be personal information, the individuals whose words are in issue must have a reasonable expectation of privacy. Building on this belief, the Commissioner argues that the controllers can have no expectation of privacy since they must be aware that: (a) the TSB may use and release the information contained in the ATC communications in the course of its investigation and report on an occurrence; and (b) parties are able to lawfully listen on scanners to the conversations in real time.

33 There are two reasons why I do not accept the arguments of the Commissioner on this point. The first is that the Commissioner is reading words into both s. 3 and the analysis of Justice La Forest. The definition of "personal information" does not include the requirement that the parties hold a reasonable expectation of privacy. Further, Justice La Forest in *Dagg*, at para. 71, in considering "the reasonable expectation of privacy" principle, stated that it was not strictly necessary for his analysis. The question of whether someone holds an expectation of privacy may well enter into a subsequent analysis of whether, in spite of information being personal, it should be disclosed pursuant to s. 19(2) of the ATIA. But, it is not relevant for a determination of whether information is "personal information" as contemplated by s. 3.

34 The second reason for rejecting this argument is that, even if this is a requirement, in the circumstances, I am satisfied that the air traffic controllers and the pilots -- the parties to the communications -- would not expect strangers to have access to the ATC communications in the manner sought by the Commissioner. Certainly, both the controllers and the pilots would know and expect that any mishap would be investigated, that the ATC communications would be carefully examined as part of that investigation and that the results of an investigation could make reference to (or even include) the ATC communications. However, this is a far cry from an admission that there is no expectation of confidentiality.

35 This use of the ATC communications falls within the type of information that was referred to by Justice La Forest in *Dagg*, at para. 75:

In determining whether an individual has a reasonable expectation of privacy in a particular piece of information, it is important to have regard to the purpose for which the information was divulged; see *Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, *supra*, at pp. 429-30, per La Forest J.; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93. Generally speaking, when individuals disclose information about themselves they do so for specific reasons. Sometimes, information is revealed in order to receive a service or advantage. At other times, persons will release information because the law requires them to do so. In either case, they do not expect that the

information will be broadcast publicly or released to third parties without their consent. As I stated in Dymont, supra, at pp. 429-30, "situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected". [emphasis added]

36 The ATC communications do not lose their character as personal communications merely because there is a legal obligation for the conversations to be recorded or for the tapes to be provided to the TSB if requested. The controllers and pilots have every right, in my view, to expect that use by the TSB of the ATC communications will be restricted to the purposes for which they were obtained. The information was not obtained by the TSB for the purposes of distributing it to the public at large; the TSB is not a publishing house for ATC communications.

37 As a review of the record before me demonstrates, there are many indicators of the confidential nature of the ATC communications.

- The consistent policy of NAV Canada has been to protect the ATC communications and to not make them available to the public.
- The collective agreements governing the relationship between the unions and NAV Canada contain a clause prohibiting use of the tapes beyond what is required by law. NAV Canada training manuals require that such communications be treated as confidential.
- The policy of the TSB (discussed in more detail below, beginning at paragraph 59 has been to keep the ATC communications confidential.
- As noted earlier, the ICAO Convention guides the investigation of aviation occurrences. Section 5.12 of the convention provides that the State conducting the investigation shall not make ATC communications available for purposes other than the accident or incident investigation except in certain circumstances where the public interest outweighs the interest in non-disclosure. To a large degree, the TSB investigation mandate provided in its enabling legislation tracks precisely the relevant provisions of the ICAO Convention.
- A review of international practices demonstrates that non-disclosure of information of this nature is the norm.

38 The Commissioner made much of the fact that third parties may listen to the ATC communications through the use of scanners. There appears to be a significant interest by a small community of persons in following the conversations between ground personnel and air crews. However, under s. 9(2) of the Radiocommunication Act, "no person shall intercept and make use of, or intercept and divulge" the ATC communications. Even if I accept that third parties may lawfully listen to the ATC conversations (an assumption with which I have considerable difficulty), further use or divulgence of the ATC communications would be contrary to s. 9(2). This reinforces the

expectation that the conversations will be kept confidential.

39 In conclusion on this point, this is not, as stated by the Commissioner, "a sound track of public business information. Rather the ATC communications exist for disclosure in a limited and controlled way. Thus, I am satisfied that the parties to the ATC communications have a reasonable expectation that their privacy will be respected.

Conclusion

40 With respect to this issue, I am satisfied that the TSB was correct in concluding that the ATC communications are personal information within the meaning of s. 3 of the Privacy Act.

Issue no 2: Should this personal information be disclosed?

41 A conclusion that information is personal information does not end the analysis. Although s. 19(1) of the ATIA prohibits the head of a government institution from disclosing any record that contains personal information, s. 19(2) of the ATIA describes certain situations in which the head has the authority to release the information. Briefly, the exceptions provided in s. 19(2) are the following:

- the individual to whom it relates consents to the disclosure (s. 19(2)(a));
- the information is publicly available (s. 19(2)(b)); or
- the disclosure is in accordance with s. 8 of the Privacy Act (s. 19(2)(c)).

42 Should any one of these exceptions exist, s. 19(2) provides that the head of the government institution may disclose the information. In this case, the first of these exceptions is not applicable and was not argued before me.

Is s. 19(2)(b) applicable?

43 The second situation in which the TSB would have the authority to release personal information is where the information is publicly available (ATIA, s. 19(2)(b)). The parties agree that the standard of review of this determination is one of correctness; that is, I must be satisfied that the TSB was correct in concluding that the ATC communications were not "publicly available", within the meaning of s. 19(2)(b) of the ATIA. The Commissioner submits that the ATC communications are publicly available and thus meet the requirement of s. 19(2)(b).

44 To ascertain whether s. 19(2)(b) would operate to authorize the TSB to release the information, I begin with the question of whether the ATC communications that are the subject of these applications are "publicly available".

45 I will consider first the argument of the Commissioner that, because parties may intercept or listen to the communications, they are publicly available. Once again, I will put aside the Commissioner's argument that listening to the ATC communications through the use of scanners is

a legal activity.

46 To begin, I am not even aware that anyone listened to these particular communications by way of radiocommunication scanners. While I was presented with evidence that demonstrates that the use of scanners is widespread, I have no evidence to show that the ATC communications in this case (other than the Clarendville ATC communications that are discussed below) were heard by anyone.

47 Further, even if the ATC Communications in this case had been intercepted, I do not believe that a one-time listening by one or more individuals brings the information into the public domain. It appears to me that, for information to be in the public domain, it must be available on an ongoing basis for use by the "public". For example, in *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1997] F.C.J. No. 676 (T.D.) at para. 34, this Court stated that documents that had not been disclosed before were in the public domain because "they have been available to the public who attend at the Registry and conduct searches and make specific requests for them under the existing Registry system". In these cases, there is no public registry or repository where a member of the public can search for these recordings or find the transcripts of these ATC communications. Thus, it is my view that information that is listened to once is not, without evidence of further and ongoing availability, in the public domain or publicly available.

48 Next, I note that the words of the section use the present tense. That is, the provision allows the head of a government institution to disclose information if the information "is" publicly available. The ATC communications, even if I conclude that they were "publicly available" at the time they were made, are not now available for review or in the public domain. This applies to all of the ATC communications, except perhaps for those related to the Clarendville Occurrence.

49 The situation with respect to the Clarendville Occurrence is different. The ATC audio recording and transcript were disclosed twice by the TSB upon receipt of ATIA requests. The request that is the subject of this application was the third request for the ATC Communications.

50 The parties who received the Clarendville information are journalists. One of the journalists, a producer and director of the CTV news documentary programme *W-Five*, based a segment of a broadcast, in part, on the ATC communications and the other journalist included some of the information in a published book. Thus, with respect to the Clarendville ATC communications, dissemination of the information in the tapes and transcripts has been widespread. While, to date, neither of the journalists has played the entire contents of the tapes or printed the complete transcripts, it is possible that they still retain copies and could release those at any time. It is difficult, therefore, to conclude that the Clarendville ATC communications are not publicly available. For these reasons, I am satisfied that the Clarendville ATC communications are publicly available and, therefore, that the requirement of s. 19(2)(b) is met.

51 If I am correct in this assessment of the Clarendville ATC Communications, the TSB had the authority to release the ATC communications upon request. The next question is whether the TSB

was required to exercise this authority and release the information.

52 The Commissioner relies on the decision of this Court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* [1997] 1 F.C. 164, at paras. 43 - 44 ("Public Works") to argue that, once public availability has been established, the TSB has no discretion to refuse to disclose the information. Specifically, the Commissioner refers to the words of Justice Richard (as he then was) as follows:

The purpose of the Act not only calls for "a right of access to information", but states "that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific." In this case, it is not clear why Parliament in these circumstances would grant a residual discretion to withhold information. Indeed, why should the Minister have an overriding concern in information that is in the public domain and that has been consented to be released? There is no public policy objective to be served by giving a discretion to refuse to disclose information which is publicly available or which has been consented to. Therefore, there is no purpose to be served by interpreting paragraphs 19(2)(a) and (b) as discretionary. The Access Act is replete with exemptions. Information from foreign states, commercial information and national security are just some of the exemptions contained in the Access Act. I see no reason to add one more.

Conversely, if subsection 19(2) is discretionary then why would the legislators use the superfluous language in paragraphs (a) and (b)? Why not just say the head of the government institution may disclose any record if the disclosure is in accordance with the public interest? Indeed, if paragraphs 19(2)(a) and (b) are discretionary then why discuss them at all? Parliament must have intended a useful purpose by including paragraphs 19(2)(a) and (b).

I find the purpose of these two paragraphs to be directive. If the interested party consents to the release of information, or if information is in the public domain, then the head of a government institution is directed to disclose that information.

53 These comments are sensible and, at first blush, appear to be applicable to this case. If I follow this decision, the Commissioner tells me that I would be required to find that s. 19(2)(b) obligates the TSB to disclose those records. In other words, I am urged to conclude that the "may" in s. 19(2)(b) is directive.

54 However, I do not think that this would be a just result in this situation. The earlier releases of the Clarendville ATC communications were made without any consideration of whether they contained personal information or whether they should be disclosed. Indeed, the subsequent analysis and conclusion by the TSB of these questions was that this information was personal

information that should not be released. If correct in its subsequent decision, the first two releases should never have been made. Should the TSB be forced to compound that error by releasing the information again? In my view, this is a situation in which the TSB could reasonably exercise the discretion given it by inclusion of the word "may" in s. 19(2) and refuse to disclose the tapes and transcripts again. Further, in interpreting the "may" in s. 19(2)(b) as discretionary, I note the words of Justice La Forest in Dagg, at para. 108, where he stated that:

Of course, s. 19(2) of the Access to Information Act provides that the head of a government institution may disclose information in certain circumstances. Generally speaking, the use of the word "may", especially when it is used, as in this case, in contraindication to the word "shall", indicates that an administrative decision maker has the discretion and not the duty, to exercise a statutory power ...

55 Thus, while it may well be that the refusal to disclose could be of no practical effect if the journalists themselves decide to release the tapes and transcripts, I am not prepared, in these circumstances, to order the TSB to do so.

56 On this matter, one further observation was made by the Commissioner. The ATC communications in respect of the Penticton Occurrence appear to have been before the Supreme Court of British Columbia in *Sabourin Estate v. Watterodt Estate*, [2004] B.C.J. No. 326, 2004 BCSC 243. In that case, the Court was considering issues of liability arising from the incident. Excerpts from the transcript are included in the judgment. In my view, this does not lead to a conclusion that the ATC communications are "publicly available". Personal information is almost always available, through various means, to assist the courts in civil and criminal law cases. Further, in this case, the Commissioner provided me with no details of how the evidence was introduced or dealt with in the Supreme Court of British Columbia. While reference to and selective quotations from the ATC communications are included in the judgment, it may well be that the audio recording and transcripts themselves are subject to a confidentiality order. It would be regrettable if otherwise private information subject to non-disclosure obligations becomes "publicly available" and subject to mandatory disclosure merely because it has been referenced in a civil law suit.

Is s. 19(2)(c) of the ATIA applicable?

57 In the circumstances of this case, the final way in which the TSB would have the authority to disclose the ATC communications is if disclosure of the information would be in accordance with s. 8 of the Privacy Act. The Commissioner presents arguments based on two different aspects of this section.

1. Are section 8(2)(a) and (b) of the Privacy Act applicable?

58 The Commissioner first argues that s. 8(2)(a) and (b) apply to these facts. Pursuant to these provisions, the head of an institution is authorized to disclose personal information:

- (a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;
- (b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made there under that authorizes its disclosure.

59 The essence of the Commissioner's argument on this point is that, since the TSB may disclose the information during the course of its investigation or in its report on any occurrence, disclosure by the TSB would be authorized under either of these provisions. The Commissioner points to earlier practices of the TSB to release similarly situated ATC communications as confirmation that such disclosure falls within these exceptions. I do not agree.

60 It is not disputed that the TSB may include the ATC communications in its investigative reports. Such a release would be directly authorized by either s. 8(2)(a) or (b). However, the Commissioner leaps to the conclusion that a statutory provision giving a government institution the authorization to disclose information for the purposes of its enabling legislation obligates the institution to release the information to the public at large. This simply does not follow. In fact, in my view, the words of these provisions carefully and specifically define the boundaries of any disclosure. Use of the ATC communications by the TSB and, if necessary, reference to them in the TSB reports is disclosure for the purposes for which they were obtained by the TSB in the first place. Further disclosure would not be for such purposes.

61 Secondly, the Commissioner argues that the policy of the TSB was, up until the transfer of the air traffic controllers and their functions to NAV Canada, to release the ATC communications. The submission appears to be that, if the earlier release was made, it must have been consistent with the use for which they were obtained. Once again, I find this to be a leap in logic that cannot be supported. In any event, the record does not establish that release of the information obtained from NAV Canada is, or ever was, a policy.

62 Concerning the practice of the TSB, Mr. Kenneth Johnson, the former Executive Director of the TSB, had the following to say during cross-examination on his affidavit:

But generally, things are not shared more widely than on a need to know basis. And even in the operation of the Board itself, in the 20 years or so that I was there, I think maybe two or three times the Board heard cockpit voice recordings. And two or three times maybe read in a Board meeting a transcript of an air traffic control recording. But the things are kept very, very tight and close to those who need to know, generally speaking.

[T]here were public inquiries in the Aviation Safety Board prior to 1984, from 1984 to 1990. There were several public inquiries. And I don't recall any real difficulty with air traffic control recordings at that time. And the Board has the discretion to release what it needs to release in the interests of safety So, if it

needed to, it could, or could have.

[A]long the way we developed a understanding, that we later determined to be an incorrect understanding, that the air traffic controllers . . . were public servants. And the protections that apply to other people are not the same for public servants and had to talk about what they would do. And they [the ATC Communications] appeared to be releasable when they were asked for under [ATIA].

So we changed our practice a bit towards the end. And that's partly what led to the amendments in 19 -- was it 1998. And when the air traffic controllers moved out to NAV Canada the employees were no longer public servants and what we had been operating changed again. So it became personal information that wasn't subject to that release.

Q. 227 So, you are telling me that from prior to the amendment of 1998, the Transportation Safety Board had a practice to release the air traffic control communications?

A. Towards the end. Towards the end.

63 As I understand Mr. Johnson's testimony, disclosure of ATC communications has been the exception and not the rule. While there may have been a short-lived practice to release ATC communications prior to the establishment of NAV Canada, when the air traffic controllers were public servants, the current policy is that the tapes and transcripts are personal information that is not subject to release.

64 In summary, I am satisfied that neither s. 8(2)(a) or (b) is applicable to authorize release of the information in the circumstances before me.

2. Was the discretion under s. 8(2)(m)(i) of the Privacy Act properly exercised?

65 The Commissioner further submits that the TSB failed to properly exercise his discretion under s. 8(2)(m)(i) of the Privacy Act. As noted, this provision allows the TSB to disclose the information where, in the opinion of the TSB, "the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure".

66 Justice Strayer in *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147, at p. 149 (aff'd [1993] F.C.J. No. 475) outlined the task to be undertaken by a reviewing judge in this situation.

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

The first type of factual decision is one which, I believe, the Court can review and in respect of which it can substitute its own conclusion. This is subject to the need, I believe, for a measure of deference to the decisions of those whose institutional responsibilities put them in a better position to judge the matter

The second type of decision is purely discretionary. In my view in reviewing such a decision the Court should not itself attempt to exercise the discretion *de novo* but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted. [emphasis added]

67 In the case before me, I have concluded that the TSB was correct in determining that the ATC communications come within the description of materials that are subject to withholding. That is, the first decision referred to by Justice Strayer has been made. My analysis now turns to the second decision made by the TSB that he should not exercise his discretion to disclose this personal information.

68 This approach to reviewing the exercise of discretion under s. 8(2)(m)(i) of the Privacy Act was endorsed by Justice La Forest in *Dagg*, at para.110. As pointed out by Justice La Forest, at para. 109 of *Dagg*, "It is difficult to imagine statutory language setting out a broader discretion". That, of course, does not mean that the decision is free from judicial oversight. However, as described in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8, I should only intervene where:

- the discretion was not exercised in good faith;
- the discretion was not exercised in accordance with the principles of natural justice; or
- reliance was placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose.

69 The Commissioner does not submit that the TSB acted in bad faith or that the tribunal breached the principles of natural justice. The thrust of his argument appears to be that the TSB did not take into account the following:

- There is no "privacy interest" in the ATC communications because the communications are carried over public airwaves, they do not contain personal information and the parties are aware that the communications are subject to potential disclosure by the TSB; and
- There is significant public interest in disclosure of such communications, as evidenced by the record and by the disclosure practices of other jurisdictions.

70 To determine what was taken into account by the TSB, I turn to the various letters of the TSB setting out his reasons for refusing disclosure and to the affidavit of Mr. David Kinsman, the Executive Director of the TSB who was the person responsible for making the decisions in question. Mr. Kinsman stated that, in exercising his discretion pursuant to s. 19(2)(c), he took the following factors into account:

- (a) the fact that the TSB Act invests ATC communications with a "degree of privilege";
- (b) the international treatment of ATC communications pursuant to international agreements and as practised by other countries;
- (c) the mandate of the TSB;
- (d) the fact that the TSB has the discretion, in the context of an investigation, to disclose information which it deems necessary, and that it can refer directly to the contents of the tapes or transcripts, summarize the ATC communications or "even reproduce all or a part of an ATC Tape if it is of the view that such is warranted";
- (e) the fact that communications are carried on public radio frequencies and that it is possible to listen in to what is being said;
- (f) Section 9 of the Radiocommunication Act which makes it an offence to make use of or divulge the ATC communications that are intercepted; and,
- (g) the confidentiality provisions in the collective agreement between NAV Canada and its employees.

71 Taking those factors into account, the TSB concluded that:

- (a) the public interest in respect of aircraft safety and the safety of air transportation is addressed by the investigation and report made by the TSB pursuant to its mandate under the TSB Act;
- (b) a release of the ATC communications would be some invasion of privacy of the individuals whose voices and words are on the tapes and in the transcripts; and,
- (c) "on balance, the public interest in the disclosure of the information in question did not clearly outweigh the invasion of privacy".

72 In summary, the TSB took into account a wide range of factors, none of which can be said to be irrelevant or extraneous to the statutory purpose. For example, the TSB was aware of and

considered the availability of the information to persons listening with scanners. The TSB was aware of and considered the practices in other jurisdictions. The TSB took into account that it could, if the need arose, disclose all of the ATC communications in the context of an investigation.

73 In effect, the Commissioner is asking me to re-weigh the evidence before the TSB. I decline to do so. I see no need to intervene in the decision of the TSB to refuse to exercise his discretion under s. 19(2)(c) of the ATIA .

Issue no 3: Does s. 20(1) of the ATIA prohibit the disclosure of the ATC communications?

74 Section 20(1)(b) of the ATIA requires a government institution to refuse to disclose a record from a third party that contains "financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party".

75 NAV Canada submits that the ATC communications satisfy the criteria in s. 20(1)(b) of the ATIA, either as commercial or technical information, and as such are not subject to disclosure. The Commissioner disagrees. I have concluded that the TSB was correct in its determination that the information is personal information and that there was no error in the exercise of discretion under s. 19(2). It follows that the ATC communications need not be disclosed. Accordingly, there is no need to consider this issue.

Issue no 4: Can the personal information in the ATC communications be severed pursuant to s. 25 of the ATIA?

76 The Commissioner argues that certain of the information could be severed from the ATC communications pursuant to s. 25 of the ATIA. My conclusion on the issues that have proceeded this one are that ATC communications are personal information by their nature. Accordingly, there is nothing that could be severed and no need to address this issue.

Issue no5: Does s. 9(2) of the Radiocommunication Act infringe s. 2(b) of the Charter?

77 The Commissioner alleges that s. 9(2) of the Radiocommunication Act infringes s. 2(b) of the Charter. He filed with this Court and served a Notice of Constitutional Question on all of the parties and the Attorneys General of all the provinces and territories. The essence of the Commissioner's submission on this point is as follows:

- Section 2(b) of the Charter encompasses the right to freedom of thought, belief, opinion and expression -- including the freedom of the press. Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney-General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at para. 3, said that "a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions".
- Expression consists of any activity or communication that conveys or attempts to

convey meaning and the public has the right to receive that information and to comment upon it or evaluate the accuracy of it.

- Section 9(2) of the Radiocommunication Act prohibits the use and/or dissemination of radiocommunication aired on public frequencies. Such communications clearly impart meaning. Thus s. 9(2) clearly infringes an individual's right to freely inform others of what they have learned through a non-prohibited public source.

78 The Supreme Court has cautioned that Charter issues should not be decided where it is not necessary to do so, and has stressed that Charter issues are to be decided on a proper evidentiary record. See, for example, *Phillips v. Nova Scotia (Commissioner of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97 at paragraphs 6 to 12 for authority that unnecessary issues of law should not be decided (particularly constitutional issues) and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668 at paragraph 38 for authority as to the importance of a proper factual foundation to support the determination of the constitutionality of legislative provisions.

79 In my view, the constitutional issue raised is not properly the object of these proceedings. The present judicial reviews are based solely on an attack on the refusal of the TSB to disclose the ATC communications. That decision did not require the TSB to apply the statutory provision in question. There is no evidence before me that indicates that the operation of s. 9(2) was the determinative factor in the TSB's decision. Indeed, it appears that the role of s. 9(2) in the decisions is minor; it is but one of the factors that the TSB considered when it concluded that the information ought not to be disclosed.

80 Further, I note the interaction of s. 9(2) with the provisions of the Interpretation Act. ATC communications fall within both the definition of a radiocommunication and the definition of a telecommunication as set out in the Interpretation Act:

35. (1) In every enactment, "radio" or "radiocommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by means of electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide.

"telecommunications" means the emission, transmission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system;

* * *

35. (1) "radiocommunication" ou "radio" Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute

nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel.

"télécommunication" La transmission, l'émission ou la réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature soit par système électromagnétique, notamment par fil, câble ou système radio ou optique, soit par tout procédé technique semblable.

81 This link was not pointed out by the Commissioner. I am left pondering whether a determination of the constitutionality of s. 9(2) would have unintended consequences for this definition and for the scope of any ruling that I might make.

82 In addition, where the content of ATC communications have been found to be "personal information," intended only for the parties of the communication, it appears that such information would also fall within the definition of a private communication set out in Part VI, s. 183 the Criminal Code of Canada:

"private communication" means any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it;

* * *

"communication privée" Communication orale ou télécommunication dont l'auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s'y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d'empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

83 Part VI, s. 183 of the Criminal Code also includes the definition of the word "intercept" and that definition includes merely listening:

intercept includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;

* * *

"interceptor" S'entend notamment du fait d'écouter, d'enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet.

84 Finally, Part VI, s. 184(1) of the Criminal Code stipulates that the interception of a private communication constitutes an offence:

- s. 184(1) Every one who, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

* * *

- s. 184(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

85 By rendering unconstitutional s. 9(2) of the Radiocommunication Act, would I also - albeit unintentionally - be affecting these provisions of the Criminal Code? I suspect that I would. However, I do not have an adequate record before me to deal with these broader issues. In my view, the constitutionality of s. 9(2) should only be assessed by the Court when the issue is directly and completely before the Court.

86 For these reasons, I conclude that these proceedings are not the proper forum to argue this constitutional question.

SUMMARY

87 In summary, I conclude that:

1. The TSB was correct in determining that the ATC communications at issue in these applications are personal information as meant by s. 3 of the Privacy Act and thus precluded from disclosure pursuant to s. 19(1) of the ATIA.
2. Other than the ATC communications related to the Clarendville occurrence, the ATC communications are not publicly available.
3. The TSB was not in error to refuse to disclose the Clarendville communications on the basis of the discretion that exists in s. 19(2) that provides that the head of a government institution may disclose information that is publicly available.
4. The TSB properly exercised its discretion when he considered whether s. 8(2)(m)(i) authorized him to release the ATC communications.
5. Given these conclusions, it is unnecessary for me to consider:

- (a) whether the ATC communications are commercial or technical information within the meaning of s. 20(1)(b) of the ATIA;
 - (b) whether any of the information can reasonably be severed from the remaining information pursuant to s. 25 of the ATIA.
6. On the basis that the constitutional question is not properly or adequately before me, I decline to consider whether s. 9(2) of the Radiocommunication Act infringes s. 2(b) of the Charter.

88 Orders will issue denying the applications of the Commissioner in each of the cases.

89 Parties will have until April 8, 2005 to attempt to reach an agreement on the issue of costs. If unable to agree, parties may make written submissions on costs, not to exceed three pages in length, to this Court on or before that date. Parties will then have until April 15, 2005 to respond, if they choose.

SNIDER J.

cp/e/qlklc/qlhcs/qlhbb

---- End of Request ----

Download Request: Current Document: 1

Time Of Request: Wednesday, February 11, 2015 15:07:46

Case Name:

**Canada (Information Commissioner) v. Canada (Canadian
Transportation Accident Investigation and Safety Board)**

Between

**The Information Commissioner of Canada, appellant, and
The Executive Director of the Canadian Transportation
Accident Investigation and Safety Board, and NAV Canada,
respondents, and
The Attorney General of Canada, intervener**

[2006] F.C.J. No. 704

[2006] A.C.F. no 704

2006 FCA 157

2006 CAF 157

[2007] 1 F.C.R. 203

[2007] 1 R.C.F. 203

267 D.L.R. (4th) 451

348 N.R. 263

50 Admin. L.R. (4th) 43

49 C.P.R. (4th) 7

148 A.C.W.S. (3d) 180

2006 CarswellNat 1277

Dockets A-165-05, A-304-05

Federal Court of Appeal
Ottawa, Ontario

Richard C.J., Desjardins and Evans JJ.A.

Heard: February 28 and March 1, 2006.

Judgment: May 1, 2006.

(83 paras.)

Government law -- Freedom of information -- Legislation -- Federal -- Access to Information Act -- Privacy Act -- Appeal by the Information Commissioner of Canada from a decision of an application judge of the Federal Court dismissing four of the appellant's applications for judicial review pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Access to Information Act allowed -- Applications for judicial review related to four refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose records requested under the Act -- While the information contained in the records might have the effect of permitting or leading to the identification of a person, the information was not about an individual, considering that it did not match the concept of "privacy" and the values that concept was intended to protect -- Access to Information Act, s. 19 -- Privacy Act, s. 3.

Appeal by the Information Commissioner of Canada from a decision of an application judge of the Federal Court dismissing four of the appellant's applications for judicial review pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Access to Information Act. The applications for judicial review related to four refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose records requested under the Act, based on the purported application of section 19 of the Access Act, namely the "personal information" exemption. The requested records contained communications relating to four air occurrences which were subject to investigation and public records by the Safety Board. In each case, the requesters sought access to recordings and/or transcripts of air traffic control communications recorded by NAV CANADA and under control of the Safety Board. The application judge concluded that the requested information was "personal information" within the meaning of section 19 of the Access Act and section 3 of the Privacy Act.

HELD: Appeal allowed and the four applications for judicial review allowed. The Investigation and Safety Board was ordered to disclose the requested records. The information at issue was not "about" an individual. As found by the application judge, the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contained information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control, and the utterances of the pilots and controllers. Those were not subjects that engaged the right to privacy of individuals. While the information contained in the records might have the effect of permitting or leading to the identification of a person, the information was not about an individual, considering that it did not match the concept of "privacy" and the values that concept was intended to protect.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1)(b), 24, 42(1)(a)

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, S.C. 1989, c. 3, ss. 2, 7, 28(1), 29(6)

Civil Air Navigation Services Commercialization Act, s. 2

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 3, 4, 8

Radiocommunications Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 9(2)

Appeal From:

Appeal from a judgment or an order of the Federal Court dated March 18, 2005, Federal Court File Nos. T-465-01, T-650-02, T-888-02 and T-889-02, [2005] F.C.J. No. 489.

Counsel:

Daniel Brunet, Raynold Langlois, Q.C., Marlys Edwardh and François LeBel, for the appellant.

Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregory S. Tzemenakism, for the respondent, Executive Director, CTAISB.

Brian A. Crane, Q.C. and Graham S. Ragan, for the respondent, NAV Canada.

Christopher Rupar, for the intervener.

[Editor's note: An amendment was released by the Court on September 5, 2006. The changes were not indicated. This document contains the amended text.]

The judgment of the Court was delivered by

1 DESJARDINS J.A.:-- This is an appeal of a decision of a application judge of the Federal Court dismissing four applications for judicial review brought by the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) pursuant to paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (the *Access Act*). The applications for judicial review relate to four refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (the Safety Board) to disclose records requested under this Act, in their entirety, based on the purported application of section 19 of the *Access Act*, namely the "personal information" exemption.

2 The records at issue contain communications relating to four air occurrences which were subject to distinct investigations and public reports by the Safety Board. In each case, the requesters

(three journalists and a legal representative of the estate of the deceased involved in one of the air accidents) seek access to recordings and/or transcripts of air traffic control communications (ATC communications) recorded by NAV CANADA and now under the control of the Safety Board.

3 A description of the occurrences, the requests for information and the relevant decisions of the Safety Board can be found in the reported decision of the application judge (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board)*, [2006] 1 F.C.R. 605, 2005 FC 384, Snider J.).

The decision below

4 The application judge concluded that the requested information was "personal information" within the meaning of section 19 of the Act and section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

5 Firstly, it was her view that the ATC communications were "about" an individual. She found that the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contained information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and utterances of the pilots and controllers, except for a few lines in one of the communications which contained direct reference to names and other information which the Commissioner acknowledged was personal. She agreed with the Commissioner that the recordings were largely technical (para. 20). Viewed in context, however, she said they were much more.

6 Two different types of individuals were involved: the ground crew of air traffic controllers and flight specialists, and the air crew. To establish the nature of the communications, she looked at the purpose for which the ATC communications were made and used. She noted that a provision in Annex 10, volume II of the *Convention on International Civil Aviation* signed at Chicago, Illinois, on December 7, 1944, 15 U.N.T.S. 295 (the ICAO Convention), mandated the logging of ATC communications. These standards were incorporated into Part VIII, subpart 2 of the *Canadian Aviation Regulations*, S.O.R./1996-433. However, when an occurrence happened (a defined term to be examined later), NAV CANADA was under a duty to notify the Safety Board. The Safety Board could then carry on an investigation as it is empowered to do under section 7 of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3 (the *Safety Board Act*). The tapes were then handed to the investigators. The Safety Board, in her view, had the responsibility of examining how those individuals involved in the occurrence chose to perform the task assigned to them (para. 25 of her reasons).

7 The application judge quoted, at para. 14 of her reasons, the following sentence from para. 94 of La Forest J.'s reasons in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 [*Dagg*]:

[I]nformation relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information".

[My emphasis.]

8 She wrote at paras. 25 and 26 of her reasons:

25 In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

26 For these reasons, I conclude that the ATC communications are "about" the individuals involved.

[My emphasis.]

9 She further held that the information was about an "identifiable" individual (para. 31 of her reasons) since listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller. Moreover, the voices of the individuals involved could be heard and identified. She found that those individuals had a reasonable expectation of privacy considering that the consistent policy of NAV CANADA had been to keep ATC communications confidential, that the collective agreements governing the relationship between the unions and NAV CANADA contained a clause prohibiting use of the tapes beyond what is required by law, and that both the ICAO Convention and international practices favoured the non-disclosure of information of this nature.

10 She then proceeded, as she was required, to an analysis under subsection 19(2) of the *Access Act*. She determined that the information should not be disclosed because it was not "publicly available", except for the occurrences at Clarendville where the communications had already been made publicly available. She considered paragraphs 8(2)(a) and (b) of the *Privacy Act* and found that those provisions were not applicable to the cases before her. She concluded that the Board had properly exercised its discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. As a result, she was satisfied that she did not need to address subsection 20(1), nor section 25 of the *Access Act*, nor whether subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, infringed subsection

2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter).

11 It is my view that the application judge erred in coming to the conclusion that the information requested was "personal information" under the *Access Act* and the *Privacy Act*. I consequently do not need to determine the other issues raised in this appeal, except for subsection 20(1) of the *Access Act*.

Defining ATC communications -- The object of the Safety Board

12 Prior to November 1, 1996, civil air navigation services were delivered by Transport Canada. On that date, pursuant to section 9 of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, and to an earlier transfer agreement signed between the Government of Canada and NAV CANADA, NAV CANADA was given exclusive responsibility over the delivery of those services within Canadian airspace and within other airspace in respect of which Canada has responsibility for the provision of such services. NAV CANADA, a private corporation incorporated on May 26, 1995 under Part II of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, was given the right to charge for those services.

13 The responding parties emphasized the important role of Canada's international obligations in structuring the policies concerning disclosure of ATC communications. The Court's attention was drawn in particular to Annex 13, article 5.12 of the ICAO Convention, which provides that, in conducting an accident investigation, a state shall protect from disclosure "all communications between persons having been involved in the operation of the aircraft" and shall not make such records available for purposes other than accident investigation "unless the appropriate authority for the administration of justice in that State determines that their disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigation". Contrary to the suggestion of the responding parties, however, I am not persuaded that the disclosure of ATC communications, in appropriate circumstances following a request under the *Access Act*, is necessarily inconsistent with Canada's international obligations. A request under the *Access Act* is overseen by "the appropriate authority for the administration of justice", and the considerations mandated by article 5.12 can be accommodated within the process created by this domestic statutory regime.

14 ATC communications are regulated by section 2 of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act* and section 6 of the *Radiocommunication Regulations* S.O.R./1996-484. Their content is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. The messages are transmitted over frequencies reserved specifically for aeronautical services. Users of these frequencies are statutorily required not to identify themselves using their names (para. 18 of the application judge's reasons).

15 ATC communications may be air-to-ground, ground-to-air and ground-to-ground communications, that is, from the air control tower to the air crew in flight or on the ground, or to vehicles on the ground. Controllers also communicate by means of interphone communication with

other control towers and vehicles on the runway (*Sabourin Estate v. Watterrodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301, 44 B.C.L.R. (4th) 244, 2005 BCCA 348). The purpose of communications between air traffic controllers or flight specialists and the crew of any aircraft is to ensure the safe and efficient departure, flight and landing of those aircraft and surrounding aircraft (affidavit of Kathleen Fox, A.B. vol. 4, p. 834, para. 28).

16 As stated earlier, all incoming and outgoing ATC communications are required to be recorded by NAV CANADA. They are retained for a period of 30 days. Where there is an "aviation occurrence", the relevant tape is set aside to preserve its integrity. The tape is taken out of service, placed in a container and stored in a secure location where it cannot be tampered with.

17 The term "aviation occurrence" is defined thus in section 2 of the *Safety Board Act*:

2. In this Act,

...

aviation occurrence" means

(a) any accident or incident associated with the operation of an aircraft, and

(b) any situation or condition that the Board has reasonable grounds to believe could, if left unattended, induce an accident or incident described in paragraph (a);

* * *

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

"accident aéronautique" Tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef. Y est assimilée toute situation dont le Bureau a des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait, à défaut de mesure corrective, provoquer un tel accident ou incident.

18 The object of the Safety Board is described in subsection 7(1) of the *Safety Board Act*. An important restriction is contained in subsection 7(2). Both provisions read:

7. (1) The object of the Board is to advance transportation safety by
 - (a) conducting independent investigations, including, when necessary, public inquiries, into selected transportation occurrences in order to make findings as to their causes and contributing factors;
 - (b) identifying safety deficiencies as evidenced by transportation occurrences;
 - (c) making recommendations designed to eliminate or reduce any such safety deficiencies; and
 - (d) reporting publicly on its investigations and on the findings in relation thereto.

- (2) In making its findings as to the causes and contributing factors of a transportation occurrence, it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board's findings.

...

* * *

7. (1) Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports :
 - a) en procédant à des enquêtes indépendantes, y compris des enquêtes publiques au besoin, sur les accidents de transport choisis, afin d'en dégager les causes et les facteurs;
 - b) en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par de tels accidents;
 - c) en faisant des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire ces manquements;
 - d) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes et présentant les conclusions qu'il en tire.

- (2) Dans ses conclusions, le Bureau n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales; ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard.

...

19 The Safety Board explains (para. 25 of its memorandum of fact and law) that the purpose of the investigation of civil aviation occurrences is to understand what caused the occurrence and to identify factors which can be mitigated in order to avoid further occurrences. The purpose is not to assign blame or further criminal, civil or disciplinary proceedings.

20 Communication records, including ATC communications, enjoy a degree of privilege under the *Safety Board Act*. Paragraph 29(1)(a) of the *Safety Board Act* defines a communication record to include:

29. (1) In this section, "communication record" means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of
- (a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

...

* * *

29. (1) Au présent article, "enregistrement contrôle" s'entend de tout ou partie de l'enregistrement, de la transcription ou d'un résumé appréciable de toute communication :
- a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d'aéronefs, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

...

21 Subsection 29(6) of the *Safety Board Act* specifically provides that a communication record which has been obtained by the Board pursuant to its legislative mandate is not to be used against any person referred to in subsection (1) (i.e. air traffic controllers, aircraft crew members, airport

vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings. Subsection 29(6) reads:

...

29(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

* * *

...

29(6) Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôlé obtenus en application de la présente loi.

22 A much stricter provision protects the "on-board recordings" from the flight deck of an aircraft, a term defined in subsection 28(1) of the *Safety Board Act*. Subsection 28(1) of the *Safety Board Act* and section 24 of the *Access Act* specifically provide for mandatory exemption with respect to such recordings and transcripts.

23 Section 28 of the *Safety Board Act* reads in full:

PRIVILEGE

Definition of "on-board recording"

28. (1) In this section, "on-board recording" means the whole or any part of
- (a) a recording of voice communications originating from, or received on or in,
 - (i) the flight deck of an aircraft,
 - (ii) the bridge or a control room of a ship,
 - (iii) the cab of a locomotive, or

- (iv) the control room or pumping station of a pipeline, or
- (b) a video recording of the activities of the operating personnel of an aircraft, ship, locomotive or pipeline

that is made, using recording equipment that is intended to not be controlled by the operating personnel, on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship, in the cab of the locomotive or in a place where pipeline operations are carried out, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

Privilege for on-board recordings

- (2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall
 - (a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or
 - (b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

Access by Board

- (3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

Use by Board

- (4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing

factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

Access by peace officers, coroners and other investigators

- (5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to
- (a) [Repealed, 1998, c. 20, s. 17]
 - (b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or
 - (c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18.

Power of court or coroner

- (6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall
- (a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;
 - (b) in camera, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and
 - (c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

Use prohibited

- (7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of

an officer or employee to perform the officer's or employee's functions, or in legal or other proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation or related matters and persons who are directly or indirectly involved in the operation of a pipeline.

Definition of "court"

- 8) For the purposes of subsection (6), "court" includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the Inquiries Act.

[My emphasis.]

* * *

RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS

Définition de "enregistrement de bord"

28. (1) Au présent article, "enregistrement de bord" s'entend de tout ou partie soit des enregistrements des communications orales reçues par le poste de pilotage d'un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire, par la cabine d'une locomotive ou par la salle de contrôle ou de pompage d'un pipeline, ou en provenant, soit des enregistrements vidéo des activités du personnel assurant le fonctionnement des aéronefs, navire, locomotive ou pipeline, qui sont effectués à ces endroits à l'aide du matériel d'enregistrement auquel le personnel n'a pas accès. Y sont assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces enregistrements.

Protection des enregistrements de bord

- (2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de

cet article:

- a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;
- b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

Mise à la disposition du Bureau

- (3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l'objet d'une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

Utilisation par le Bureau

- (4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

Mise à la disposition des agents de la paix, coroners et autres enquêteurs

- (5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :
 - a) [Abrogé, 1998, ch. 20, art. 17]
 - b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;
 - c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18.

Pouvoir du tribunal ou du coroner

- (6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n'est pas partie aux procédures. S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

Interdiction

- (7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires -- y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues -- ou trains, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol, les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes et les personnes qui assurent le fonctionnement des pipelines.

Qualité de tribunal

- (8) Pour l'application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la Loi sur les enquêtes.

[Je souligne.]

24 Section 24 of the *Access Act* reads:

Statutory Prohibitions

Statutory prohibitions against disclosure

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

...

SCHEDULE II

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act

subsections 28 (2) and 31 (4)

* * *

Interdictions fondées sur d'autres lois

Interdictions fondées sur d'autres lois

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

...

ANNEXE II

Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports

paragraphe 28 (2) et 31 (4)

25 It was initially the position of the Safety Board that the information contained in ATC communications was personal information, but was publicly available because some of the information, being the conversations carried over open radio frequencies, could be intercepted by a member of the public with the appropriate technology. Accordingly, if an access request for ATC communications was made after an investigation had been completed, the Safety Board was of the view that there was no basis to refuse disclosure.

26 Subsequently, questions were raised as to whether the information in question should be exempted under section 19 of the *Access Act*. The Board came to the conclusion that the ATC communications contained personal information. Thereafter, the Safety Board had to determine whether the ATC communications should, in any event, be released because the information was publicly available or because the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy. The Safety Board determined that the information could not be said to be publicly available within the meaning of subsection 19(2) of the *Access Act* and that the public interest in disclosure did not clearly outweigh any invasion of privacy.

27 Initially, the appellant agreed with this assessment. He, in particular, did so in the case of Swiss Air Flight 111 in 1998, but has since changed his mind.

The standard of review

28 The parties do not dispute the application judge's finding that the standard of review is correctness.

29 The decision of the Safety Board relates to a mandatory refusal under subsection 19(1) of the *Access Act* and it has to be correct. Moreover, the application judge is sitting as a reviewing judge in a section 41 application. She is invested with a *de novo* review power (*Dagg, supra*, at para. 107) and her decision also has to be correct.

The key issue in this appeal

30 The key issue in this appeal is whether ATC communications are "personal information" under the *Access Act*.

Structure of the relevant legislation

31 Subsection 19(1) of the *Access Act* exempts from disclosure "personal information" as defined in section 3 of the *Privacy Act*. Subsection 19 of the *Access Act* reads:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the Privacy Act.

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

32 Section 3 of the *Privacy Act* reads:

3. In this Act,

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

- (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,
- (b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,
- (c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,
- (d) the address, fingerprints or blood type of the individual,
- (e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,
- (f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,
- (g) the views or opinions of another individual about the individual,
- (h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and
- (i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the Access to Information Act, does not include

- (j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,
 - (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
 - (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
 - (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
 - (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
 - (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,
- (k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,
- (l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and
- (m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

* * *

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

"renseignements personnels" Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

- a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

- b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;
- c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;
- d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;
- e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;
- f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;
- g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;
- h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;
- i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la Loi sur l'accès à l'information, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :

- j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :
 - (i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,
 - (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
 - (iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,
 - (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,
 - (v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

- k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;
- l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;
- m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

33 Section 4 of the *Access Act*, which gives the right of access, reads in part:

- 4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is
 - (a) a Canadian citizen, or
 - (b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

* * *

- 4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :
 - a) les citoyens canadiens;
 - b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

34 The words "including, without restricting the generality of the foregoing", which are found in the definition of "personal information" in section 3 of the *Privacy Act*, convey the proposition that the opening words ("personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form") must be given a generous interpretation and that the enumeration which follows is not limitative but illustrative only. Further down, section 3 contains a list of exceptions to the concept of "personal information". They apply only "for the purposes of sections 7, 8 and 26, and section 19 of the *Access to Information Act* ...". One of these exceptions is subsection 3(j), which includes 3(j)(iii).

"Personal Information": The key principles of interpretation

35 The Supreme Court of Canada has stated on numerous occasions that the *Privacy Act* and the *Access Act* must be read together as a "seamless code", following a "'parallel' interpretive model" that balances the competing values of access and privacy: see *Dagg, supra* at paras. 45 and 55-57; *RCMP, supra* at paras. 21-22; *H. J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] S.C.J. No. 13, 2006 SCC 13 at paras. 2, 22, 25 [*Heinz*]. However, within this balanced legislative scheme, the right to privacy is made paramount in certain contexts, as the Supreme Court recently affirmed in *Heinz, supra* at para. 26:

26 The intimate connection between the right of access to information and privacy rights does not mean, however, that equal value should be accorded to all rights in all circumstances. The legislative scheme established by the *Access Act* and the *Privacy Act* clearly indicates that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right to access to information, except as prescribed by the legislation. Both Acts contain statutory prohibitions against the disclosure of personal information, most significantly in s. 8 of the *Privacy Act* and s. 19 of the *Access Act*. Thus, while the right to privacy is the driving force behind the *Privacy Act*, it is also recognized and enforced by the *Access Act*.

(my emphasis)

36 In *Dagg, supra*, La Forest J., dissenting but confirmed by the majority on this point (see para. 1), described as follows the wide reach of the "personal information" definition (paras. 68-69):

68 With these broad principles in mind, I will now consider whether the information requested by the appellant constitutes personal information under s. 3 of the *Privacy Act*. In its opening paragraph, the provision states that "personal information" means "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing". On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

69 As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] F.C.J. No. 408, supra, at p. 557, the language of this section is "deliberately broad" and "entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions; see J. Alan Leadbeater, "How Much Privacy for Public Officials?", speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture.

[My emphasis.]

37 La Forest J.'s views were cited with approval by the unanimous Court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (RCMP)* 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 at para. 23 [RCMP].

38 The words upon which I need to focus in the present analysis are the following: "'personal information' means information about an identifiable individual that is recorded in any form including" ("renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment").

39 The word "about" ("concernant") should be considered first.

40 The *Concise Oxford Dictionary of Current English* tells us that the word encompasses the following definitions:

about: 1 a on the subject of, in connection with (*a book about birds; what are you talking about? Argued about money*). **b.** relating to (something funny about this).

41 The *Petit Larousse illustré* says the following:

concernant : À propos de, au sujet de.

42 The French *Petit Robert* states the following:

concernant : À propos de, au sujet de -- relative. 1. touchant .. en ce qui concerne.

43 These two words, "about" and "concernant", shed little light on the precise nature of the

information which relates to the individual, except to say that information recorded in any form is relevant if it is "about" an individual and if it permits or leads to the possible identification of the individual. There is judicial authority holding that an "identifiable" individual is considered to be someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available (Colin H. H. McNair and Christopher D. Woodbury, *Government Information: Access and Privacy* (Toronto: Carswell, 1992) at p. 7-5; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 154 O.A.C. 97 (Ont. Div. Ct.), aff'd (2002), 166 O.A.C. 88 (Ont. C.A.)).

44 "Personal information" must however be understood as equivalent to information falling within the individual's right of privacy. Section 2 of the *Privacy Act* sets the tone by providing that:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

* * *

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

45 The *Privacy Act*, adopted in 1982, was one of the legislative responses to the development of the right to privacy. In their seminal work on "The Right to Privacy", [1890-91] 4 Harv. L. Rev. 193, Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis wrote (at page 193):

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society.

46 The concept of privacy has proven sufficiently robust to live up to its description by Justice Brandeis (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 at 478 (1928)), as the "right most valued by civilized men", and has shouldered its way into U.S. and Canadian constitutional doctrines (see Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror*, (Markham: LexisNexis Butterworths, 2005) at page 9).

47 In *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417 at 427 per La Forest J. [*Dyment*], the Supreme Court of Canada spoke about privacy in the following terms:

Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the

well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

48 A privacy-based interpretation of the "personal information" definition does not provide a definite resolution to questions concerning the precise scope of "personal information". However, as I explain further below, this interpretation, as wide as it may be, captures the essence of the definition and is, in my view, sufficient to dispose of the appeal at bar.

The concept of privacy

49 In *Dagg, supra* La Forest J., at para. 67, noted that privacy is a broad and somewhat evanescent concept and that it was necessary to describe with greater precision the particular privacy interests protected. He mentioned his earlier writing in *Dyment, supra*, at 429-430, in which he referred to the Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications and the Department of Justice (1972), entitled *Privacy and Computers*, in these terms:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the Privacy Act...

[My emphasis.]

50 La Forest then added (*Dagg* at para. 67 *in fine*):

See also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46 ("privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself"); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 613-15 (per L'Heureux-Dubé J., dissenting); Westin, *supra*, at

p. 7 ("[p]rivacy is the claim of individuals ... to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others"); Charles Fried, "Privacy" (1968), 77 Yale L.J. 475, at p. 483 ("[p]rivacy ... is control over knowledge about oneself").

[My emphasis.]

51 The Task Force cited in *Dyment, supra* refers to "information about a person ... in a fundamental way his own for him to communicate or retain for himself as he sees fit". The same concepts of intimacy and identity are found in the passage from *Duarte*, quoted in *Dagg, supra*: "... the right of the individual to determine for himself when, how and to what extent he will release personal information about himself". Alan F. Westin refers to "the claim ... of individuals ... to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others" (my emphasis). Charles Fried says "[p]rivacy ... is control over knowledge about oneself" (my emphasis).

52 Privacy thus connotes concepts of intimacy, identity, dignity and integrity of the individual.

53 The information at issue is not "about" an individual. As found by the application judge (at para. 18 of her reasons) the content of the communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of the pilots and controllers. These are not subjects that engage the right to privacy of individuals.

54 The information contained in the records at issue is of a professional and non-personal nature. The information may have the effect of permitting or leading to the identification of a person. It may assist in a determination as to how he or she has performed his or her task in a given situation. But the information does not thereby qualify as personal information. It is not about an individual, considering that it does not match the concept of "privacy" and the values that concept is meant to protect. It is non-personal information transmitted by an individual in job-related circumstances.

55 The application judge misapprehended the function of the ATC communications and the object of the Safety Board when she said that "the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong" (para. 25). This interpretation is not in the spirit of subsections 7(1) and (2) and subsection 29(6) of the *Safety Board Act*, nor is it to be found in the submissions made by the Safety Board before this Court (para. 25 of its memorandum of fact and law, referred to at para. 19 of my reasons for judgment). The ATC communications, *when combined with other information*, may well in certain circumstances be *used* as a basis for an evaluation of their authors' performances. However, the possibility of such eventual use cannot

transform the communications themselves into personal information, when the information contained therein has no personal content.

56 The application judge also erred by misapplying *Dagg* when she referred, in the present context, to the evaluation of the performance of the parties to the ATC communications. An analysis of the *Dagg* case is necessary to further my thought on the matter.

The *Dagg* case

57 As mentioned earlier, the application judge quoted (at para. 14 of her reasons) the following sentence from para. 94 of La Forest J.'s reasons in *Dagg, supra*:

[I]nformation relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information".

[My emphasis.]

58 She later wrote at paras. 25 and 26 of her reasons:

25 In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

26 For these reasons, I conclude that the ATC communications are "about" the individuals involved.

59 In *Dagg, supra*, the Court was called upon to determine whether copies of logs with the names, identification numbers and signatures of Department of Finance employees entering and leaving the workplace on weekends was information that "relates to the position or functions of the individual", as provided in the exception set out in s. 3(j) of the *Privacy Act* (per Gonthier J. in *RCMP, supra* at para. 20; my emphasis).

60 Speaking for the *Dagg* majority comprised of Lamer C.J., Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ., Cory J. agreed with La Forest J., dissenting, with whom L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. concurred, that the names on the sign-in logs were "personal information" for the purpose of section 3 of the *Privacy Act*. However, he said that he arrived "at a different conclusion with respect to the application of s. 3 'personal information' (j)" (para. 1).

61 Cory J. stated the following (at paras. 5 and 6 of *Dagg, supra*):

5 La Forest J. holds, at para. 94, that the purpose of s. 3(j) and s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is:

... to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is thus not "personal information", even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information".

[Emphasis in original.]

6 I agree. Moreover, I agree with La Forest J. that "[g]enerally speaking, information relating to the position ... will consist of the kind of information disclosed in a job description", such as "the terms and conditions associated with a particular position, including ... qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range" (para. 95).

62 Cory J. said that he agreed in principle with that part of para. 94 of La Forest J.'s decision which contains the words also quoted by the application judge in the case at bar. He further agreed with La Forest J. (at his para. 95) that "[g]enerally speaking, information relating to the position ... will consist of the kind of information disclosed in a job description" such as "the terms and conditions associated with a particular position, including ... qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range". However, Cory J. applied these conditions differently (paras. 8 and 9 of *Dagg*). He disagreed with La Forest J.'s conclusion that since the requested information was not about the nature of a position, but about the individual, it should be kept confidential. Cory J. for the majority held that the requested information "related to the position or functions of the individual" and was excepted from "personal information". He ordered that the requested information be released.

63 Read in context, La Forest J.'s comment at para. 94 of *Dagg* ("the manner in which they

choose to perform the tasks assigned to them is personal information") properly relates only to officers and employees of government institutions, that is to the exception contained in subsection 3(j) of the *Privacy Act*. This distinction between information relating to the position versus that relating to the person is inapplicable and indeed irrelevant in respect of the general definition of "personal information" ("information about an identifiable individual") (see also *RCMP, supra* at paras. 37-38).

64 NAV CANADA's employees are not officers or employees of a government institution. So La Forest J.'s comments, concerning the salience of the distinction between information attaching to the position and that relating to specific individuals, are not applicable to them. The application judge thus erred when she applied this distinction directly in the case at bar.

Paragraph 20(1)(b) of the *Access Act*

65 Having concluded that the ATC communications at issue are not personal information under section 3 of the *Privacy Act*, I must address the alternative issue raised by NAV CANADA (the only responding party pleading this point), namely, whether the disclosure of such information is prohibited under paragraph 20(1)(b) of the *Access Act*, which reads:

Third Party Information

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

...

* * *

Renseignements de tiers

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

...

- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

...

66 For this paragraph to apply, it must be shown that:

- (i) the information is financial, commercial, scientific or technical information;
- (ii) the information is confidential;
- (iii) the information is supplied to a government institution by a third party; and
- (iv) the information has been treated consistently in a confidential manner by a third party.

67 NAV CANADA claims that as part of its business it is required by law to maintain records of all radio-communications between controllers and pilots. In the context of its unique business, NAV CANADA claims that ATC communications are "commercial" communications under paragraph 20(1)(b) of the *Access Act*. It also says that because the tapes and transcripts are complex and difficult to understand, they constitute "technical" information.

68 I disagree.

69 Common sense with the assistance of dictionaries (*Air Atonabee Ltd v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 at 208) dictates that the word "commercial" connotes information which in itself pertains to trade (or commerce). It does not follow that merely because NAV CANADA is in the business of providing air navigation services for a fee, the data or information collected during an air flight may be characterized as "commercial".

70 It is also incorrect in my view to characterize the entire record collected during an air navigation flight as being "technical" information when only a specific part might be, for instance when precise flight instructions are given.

71 The second requirement under the paragraph 20(1)(b) disclosure exemption is that the information in question must be confidential.

72 The jurisprudence establishes that confidentiality must be judged according to an objective standard: the information itself must be "confidential by its intrinsic nature" (*Société Gamma Inc. v.*

Department of the Secretary of State of Canada (1994), 79 F.T.R. 42 at para. 8 [*Société Gamma*]; *Air Atonabee Ltd v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (T.D.) [*Air Atonabee*]; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1992), 52 F.T.R. 22, aff'd (1992), 148 N.R. 147 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 379 (F.C.A.)). In *Air Atonabee, supra*, Mackay J. suggested the following approach to determine whether a particular record contained "confidential information" (at page 210):

... whether information is confidential will depend upon its content, its purpose and the circumstances in which it is compiled and communicated, namely:

- (a) that the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public or that could not be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his own,
- (b) that the information originate and be communicated in a reasonable expectation of confidence that it will not be disclosed, and
- (c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication.

This Court recently endorsed this approach in *Canada (Minister of Public Works and Government Services v. Hi-Rise Group Inc.)* (2004), 318 N.R. 242 (F.C.A.) [*Hi-Rise*].

73 The burden of persuasion with respect to the confidential nature of the information clearly rests upon the responding parties (*Canada (Information Commissioner) v. Atlantic Canada Opportunities Agency*) (1999), 250 N.R. 314 at para. 3 (F.C.A.) [*Atlantic Canada*]; *Wyeth-Ayerst Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 241 F.T.R. 160, at para. 19). To satisfy their burden in this regard, the responding parties must provide "actual direct evidence" of the confidential nature of the information at issue (*Atlantic Canada, supra* at para. 3), which must disclose "a reasonable explanation for exempting each record" (*Wyeth-Ayerst, supra* at para. 20); "evidence which is vague or speculative in nature cannot be relied upon to justify an exemption under subsection 20(1)" (*Wyeth-Ayerst, supra* at para. 20).

74 In my opinion, the evidence provided by NAV CANADA is plainly insufficient to discharge this burden on a balance of probabilities. NAV CANADA's submissions with respect to this issue can be divided into three categories, which I will analyze in turn: first, NAV CANADA has maintained a consistent policy and practice of confidentiality of ATC communications; second, the reasonable expectations of pilots and controllers supports such confidentiality; and third, disclosure for investigative purposes only is in the public interest.

75 First, NAV CANADA relies upon its own policies and consistent past practice to establish the confidentiality of the records at issue. Such evidence -- which essentially only substantiates a heretofore unchallenged subjective belief that the records are confidential -- is insufficient to satisfy the objective test (*Wyeth-Ayerst, supra* at para. 21). The evidence does not elaborate, by reference to the information actually contained within the records at issue, as to how or why the information is *objectively* confidential. The fact that information has been kept confidential in the past -- and NAV CANADA's assertion in this regard is disputed by the Commissioner -- is at most only a factor to be considered in determining whether the information is confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b) (*Hi-Rise, supra* at para. 38; *Atlantic Canada, supra* at para. 4; *Société Gamma, supra* at para. 8; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 at para. 13 (T.D.) [*Ottawa Football*]).

76 Second, NAV CANADA suggests that there is a reasonable expectation of privacy in the ATC communications on the part of the pilots and controllers whose voices and utterances are recorded. NAV CANADA points in this regard to the confidentiality provisions of the collective agreements with its unions. This consideration cannot, however, be determinative of the status of this information under the *Access Act*: private parties cannot through such agreements alone contract out of the express statutory provisions of the *Access Act* (*Hi-Rise, supra* at para. 38; *Ottawa Football, supra* at para. 13). At most, such agreements may be taken into account in the final analysis, to support other objective evidence of confidentiality.

77 Third, NAV CANADA argues that the ATC communications are produced to the Board on demand as required by law, for investigative purposes only. The confidentiality of these records, NAV Canada asserts, reflects Canada's international obligations under Article 5.12, Annex 13 of the ICAO Convention (discussed above at paragraph 13 of these reasons), and is in the public interest.

78 Considerations of the public interest are indeed relevant to the determination of whether the records at issue are confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b): the jurisprudence recognizes that the maintenance of confidentiality is justified under the *Access Act* if it fosters a confidential relationship with public benefit (see *Hi-Rise, supra* at para. 38, *Air Atonabee, supra* at 210). In this regard, the considerations mandated by the *Access Act* appear consistent with Canada's international obligations under Article 5.12, which directs the maintenance of confidentiality unless "disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigations". However, in the case at bar, NAV CANADA has provided no supporting explanation as to how or why the maintenance of confidentiality serves the public interest, in the circumstances of the records at issue. A bald assertion in this regard is insufficient to overcome the general right of access established by the *Access Act*.

79 In my view, therefore, NAV-CANADA has not satisfied its burden of showing that the ATC communications are confidential within the meaning of paragraph 20(1)(b). Since the first two requirements of paragraph 20(1)(b) are not met, I need not consider the other criteria of this provision. I conclude that the ATC communications at issue do not qualify for exemption from

disclosure under paragraph 20(1)(b) of the *Access Act*.

Conclusion in file A-165-05

80 The appeal should be allowed with costs in this court and the decision of the application judge should be set aside. Rendering the decision she should have rendered, I would grant the four applications for judicial review and would order the Safety Board to disclose the requested records.

81 The Commissioner is seeking costs throughout. Since the Commissioner, the Safety Board and the Attorney General had agreed not to seek costs against each other in the Federal Court, I find that I should not disrupt their agreement. No costs should therefore be awarded to the Commissioner against those parties in the Federal Court. Considering moreover that the Commissioner indicated, in the Federal Court, that he was not seeking costs against NAV CANADA, no costs should be awarded to the Commissioner against NAV CANADA.

File A-304-05

82 The appellant appeals an order for costs in favour of NAV CANADA pronounced by the application judge in an order dated June 8, 2005.

83 Since I conclude, in file A-165-05, that the appeal should be allowed and the decision of the application judge should be set aside, her order of costs cannot stand. This appeal should be allowed and her order as to costs should be set aside.

DESJARDINS J.A.

RICHARD C.J.:-- I agree.

EVANS J.A.:-- I agree.



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: R. v. Spencer, 2014 SCC 43

DATE: 20140613

DOCKET: 34644

BETWEEN:

Matthew David Spencer

Appellant

and

Her Majesty The Queen

Respondent

- and -

**Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta, Privacy Commissioner of Canada, Canadian
Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

REASONS FOR JUDGMENT:
(paras. 1 to 87)

Cromwell J. (McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. concurring)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final
form in the *Canada Supreme Court Reports*.

R. v. SPENCER

Matthew David Spencer

Appellant

v.

Her Majesty The Queen

Respondent

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta,
Privacy Commissioner of Canada,
Canadian Civil Liberties Association and
Criminal Lawyers' Association of Ontario**

Interveners

Indexed as: R. v. Spencer

2014 SCC 43

File No.: 34644.

2013: December 9; 2014: June 13*.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

* A motion to amend the reasons was granted on November 6, 2014, amending para. 12. The amendments are included in these reasons.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded — Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), 163.1(4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been using to access and store child pornography through an Internet file sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. The request was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)*. This led them to the accused. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same file sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a

charge of making it available. The Court of Appeal upheld the conviction, however set aside the acquittal on the making available charge and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances is assessed by considering and weighing a large number of interrelated factors. The main dispute in this case turns on the subject matter of the search and whether the accused's subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

When defining the subject matter of a search, courts have looked not only at the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals. In this case, the subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with the ISP. Rather, it was the identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage.

The nature of the privacy interest engaged by the state conduct turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. In this case, the primary concern is with informational privacy. Informational privacy is often equated with

secrecy or confidentiality, and also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information. However, particularly important in the context of Internet usage is the understanding of privacy as anonymity. The identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. Subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals may implicate privacy interests relating to an individual's identity as the source, possessor or user of that information. Some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and depending on the totality of the circumstances, anonymity may be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure. In this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized in other circumstances as engaging significant privacy interests.

There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of whether there is a reasonable expectation of privacy. In this case, the contractual and regulatory frameworks overlap and the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of the accused's expectation of privacy. Section 7(3)(c.1)(ii) of

PIPEDA cannot be used as a factor to weigh against the existence of a reasonable expectation of privacy since the proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable expectation of privacy exists. It would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*'s general prohibition on the disclosure of personal information without consent. The contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy. The request by the police had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. In the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. Therefore, the request by the police that the ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

Whether the search in this case was lawful will be dependent on whether the search was authorized by law. Neither s. 487.014(1) of the *Criminal Code*, nor *PIPEDA* creates any police search and seizure powers. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries. *PIPEDA* is a statute whose purpose is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, the police do not gain a new search power through the combination of a declaratory provision and a provision enacted to promote the protection of personal information. The conduct of the search in this

case therefore violated the *Charter*. Without the subscriber information obtained by the police, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant and the search of the residence was therefore unlawful and violated the *Charter*.

The police, however, were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute. While the impact of the *Charter*-infringing conduct on the *Charter* protected interests of the accused weighs in favour of excluding the evidence, the offences here are serious. Society has a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. Balancing the three factors, the exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute. The admission of the evidence is therefore upheld.

There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) of the *Criminal Code* must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require however, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. The offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to

others. Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge's error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, the error could reasonably be thought to have had a bearing on the trial judge's decision to acquit. The order for a new trial is affirmed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII); *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990–91, c. F-22.01, s. 29(2)(g).

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 5(3), 7, Sch. 1, cl. 4.3.

Authors Cited

Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Gleicher, Nathaniel. “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 *Yale L.J.* 1945.

Guterman, Melvin. “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170.

Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. “What’s in a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations” (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Ottenbreit and Caldwell JJ.A.), 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, 528 W.A.C. 280, [2012] 4 W.W.R. 425, 283 C.C.C. (3d) 384, [2011] S.J. No. 729 (QL), 2011 CarswellSask 786, affirming the accused's conviction for possession of child pornography and setting aside the accused's acquittal for making available child pornography entered by Foley J., 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, [2009] S.J. No. 798 (QL), 2009 CarswellSask 905, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Aaron A. Fox, Q.C., and Darren Kraushaar, for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

Ronald C. Reimer and David Schermbrucker, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Susan Magotiaux and Allison Dellandrea, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Daniel Caron and Sarah Speevak, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Anil K. Kapoor and *Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jonathan Dawe and *Jill R. Presser*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Internet raises a host of new and challenging questions about privacy. This appeal relates to one of them.

[2] The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been using to access and store child pornography through an Internet file-sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. This led them to the appellant, Mr. Spencer. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same

file-sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a charge of making it available.

[3] At trial, Mr. Spencer claimed that the police had conducted an unconstitutional search by obtaining subscriber information matching the IP address and that the evidence obtained as a result should be excluded. He also testified that he did not know that others could have access to the shared folder and argued that he therefore did not knowingly make the material in the folder available to others. The trial judge concluded that there had been no breach of Mr. Spencer's right to be secure against unreasonable searches and seizures. However, he was of the view that the "making available" offence required some "positive facilitation" of access to the pornography, which Mr. Spencer had not done, and further he believed Mr. Spencer's evidence that he did not know that others could access his folder so that the fault element (*mens rea*) of the offence had not been proved. The judge therefore convicted Mr. Spencer of the possession offence, but acquitted him of the making available charge.

[4] The Court of Appeal upheld the conviction for possession of child pornography, agreeing with the trial judge that obtaining the subscriber information was not a search and holding that even if it were a search, it would have been reasonable. The court, however, set aside the acquittal on the making available charge on the basis that the trial judge had been wrong to require proof of positive

facilitation of access by others to the material. A new trial was ordered on this charge.

[5] The appeal to this Court raises four issues which I would resolve as follows:

1. Did the police obtaining the subscriber information matching the IP address from the ISP constitute a search?

In my view, it did.

2. If so, was the search authorized by law?

In my view, it was not.

3. If not, should the evidence obtained as a result be excluded?

In my view, the evidence should not be excluded.

4. Did the trial judge err with respect to the fault element of the “making available” offence?

The judge did err and I would uphold the Court of Appeal’s order for a new trial.

II. Analysis

- A. *Did the police obtaining the subscriber information matching the IP address from the ISP constitute a search?*

[6] Mr. Spencer maintains that the police were conducting a search when they obtained the subscriber information associated with the IP address from the ISP, Shaw Communications Inc. The respondent Crown takes the opposite view. I agree with Mr. Spencer on this point. I will first set out a summary of the relevant facts then turn to the legal analysis.

(1) Facts and Judicial History

[7] Mr. Spencer, who lived with his sister, connected to the Internet through an account registered in his sister's name. He used the file-sharing program LimeWire on his desktop computer to download child pornography from the Internet. LimeWire is a free peer-to-peer file-sharing program that, at the time, anyone could download onto their computer. Peer-to-peer systems such as LimeWire allow users to download files directly from the computers of other users. LimeWire does not have one central database of files, but instead relies on its users to share their files directly with others. It is commonly used to download music and movies and can also be used to download both adult and child pornography. It was Mr. Spencer's use of the file-sharing software that brought him to the attention of the police and which ultimately led to the search at issue in this case.

[8] Det. Sgt. Darren Parisien (then Cst.) of the Saskatoon Police Service, by using publicly available software, searched for anyone sharing child pornography. He could access whatever another user of the software had in his or her shared folder. In other words, he could "see" what other users of the file sharing software could "see".

He could also obtain two numbers related to a given user: the IP address that corresponds to the particular Internet connection through which a computer accesses the Internet at the time and the globally unique identifier (GUID) number assigned to each computer using particular software. The IP address of the computer from which shared material is obtained is displayed as part of the file-sharing process. There is little information in the record about the nature of IP addresses in general or the IP addresses provided by Shaw to its subscribers. There is a description in *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at paras. 21-26 which also notes some of differences that may exist among IP addresses. For the purposes of this case, what we know is that the IP address obtained by Det. Sgt. Parisien matched computer activity at the particular point in time that he was observing that activity.

[9] Det. Sgt. Parisien generated a list of IP addresses for computers that had shared what he believed to be child pornography. He then ran that list of IP addresses against a database which matches IP addresses with approximate locations. He found that one of the IP addresses was suspected to be in Saskatoon, with Shaw as the ISP.

[10] Det. Sgt. Parisien then determined that Mr. Spencer's computer was online and connected to LimeWire. As a result, he (along with any LimeWire user) was able to browse the shared folder. He saw an extensive amount of what he believed to be child pornography. What he lacked was knowledge of where exactly the computer was and who was using it.

[11] To connect the computer usage to a location and potentially a person, investigators made a written “law enforcement request” to Shaw for the subscriber information including the name, address and telephone number of the customer using that IP address. The request, which was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (*PIPEDA*), indicated that police were investigating an offence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to child pornography and the Internet and that the subscriber information was being sought as part of an ongoing investigation. (The full text of the relevant statutory provisions is set out in an Appendix.) Investigators did not have or try to obtain a production order (i.e. the equivalent of a search warrant in this context).

[12] Shaw complied with the request and provided the name, address and telephone number of the customer associated with the IP address, Mr. Spencer’s sister. With this information in hand, the police obtained a warrant to search Ms. Spencer’s home (where Mr. Spencer lived) and seize his computer, which they did. The search of Mr. Spencer’s computer revealed about 50 child pornography images and two child pornography videos.

[13] Mr. Spencer was charged with possessing child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and making child pornography available over the Internet contrary to s. 163.1(3). There is no dispute that the images found in his shared folder were child pornography.

[14] At trial, Mr. Spencer sought to exclude the evidence found on his computer on the basis that the police actions in obtaining his address from Shaw without prior judicial authorization amounted to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Canadian Charter Rights and Freedoms*. The trial judge rejected this contention and convicted Mr. Spencer of the possession count. On appeal, the Saskatchewan Court of Appeal upheld the judge's decision with respect to the search issue.

(2) Was the Request to Shaw a Search?

[15] Under s. 8 of the *Charter*, “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” This Court has long emphasized the need for a purposive approach to s. 8 that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 156-57; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 12-16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 22.

[16] The first issue is whether this protection against unreasonable searches and seizures was engaged here. That depends on whether what the police did to obtain the subscriber information matching the IP address was a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The answer to this question turns on

whether, in the totality of the circumstances, Mr. Spencer had a reasonable expectation of privacy in the information provided to the police by Shaw. If he did, then obtaining that information was a search.

[17] We assess whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances by considering and weighing a large number of interrelated factors. These include both factors related to the nature of the privacy interests implicated by the state action and factors more directly concerned with the expectation of privacy, both subjectively and objectively viewed, in relation to those interests: see, e.g., *Tessling*, at para. 38; *Ward*, at para. 65. The fact that these considerations must be looked at in the “totality of the circumstances” underlines the point that they are often interrelated, that they must be adapted to the circumstances of the particular case and that they must be looked at as a whole.

[18] The wide variety and number of factors that may be considered in assessing the reasonable expectation of privacy can be grouped under four main headings for analytical convenience: (1) the subject matter of the alleged search; (2) the claimant’s interest in the subject matter; (3) the claimant’s subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances: *Tessling*, at para. 32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40. However, this is not a purely factual inquiry. The reasonable expectation of privacy standard is normative rather

than simply descriptive: *Tessling*, at para. 42. Thus, while the analysis is sensitive to the factual context, it is inevitably “laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about the long-term consequences of government action for the protection of privacy”: *Patrick*, at para. 14; see also *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, and *Ward*, at paras. 81-85.

[19] I can deal quite briefly with two aspects of the appeal. The trial judge in this case held that there was no subjective expectation of privacy in this case: 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, at para. 18. However, as I will explain below, the trial judge reached this conclusion by incorrectly defining the subject matter of the search. On the proper understanding of the scope of the search, Mr. Spencer’s subjective expectation of privacy in his online activities can readily be inferred from his use of the network connection to transmit sensitive information: *Cole*, at para. 43. Mr. Spencer’s direct interest in the subject matter of the search is equally clear. Though he was not personally a party to the contract with the ISP, he had access to the Internet with the permission of the subscriber and his use of the Internet was by means of his own computer in his own place of residence.

[20] The main dispute in this case thus turns on the subject matter of the search and whether Mr. Spencer’s subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation

of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

[21] In this case, I have found it helpful to look first at the subject matter of the search, then at the nature of the privacy interests implicated by the state actions and then finally at the governing contractual and statutory framework. While these subjects are obviously interrelated, approaching the analysis under these broad headings provides a degree of focus while permitting full examination of the "totality of the circumstances".

(a) *The Subject Matter of the search*

[22] Mr. Spencer alleges that the police request to Shaw is a state action that constitutes a search or seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*. We must therefore consider what the subject matter of that request was in order to be able to identify the privacy interests that were engaged by it.

[23] In many cases, defining the subject matter of the police action that is alleged to be a search is straightforward. In others, however, it is not. This case falls into the latter category. The parties and the courts below have markedly divergent perspectives on this important issue, a divergence which is reflected in the jurisprudence: see, for example, the authorities reviewed in *Ward*, at para. 3.

[24] Mr. Spencer contends that the subject matter of the alleged search was core biographical data, revealing intimate and private information about the people living at the address provided by Shaw which matched the IP address. The Crown, on the other hand, maintains that the subject matter of the alleged search was simply a name, address and telephone number matching a publicly available IP address.

[25] These divergent views were reflected in the decisions of the Saskatchewan courts. The trial judge adopted the Crown's view that what the police sought and obtained was simply generic information that does not touch on the core of Mr. Spencer's biographical information. Ottenbreit J.A. in the Court of Appeal was of largely the same view. For him, the information sought by the police in this case simply established the identity of the contractual user of the IP address. The fact that this information might eventually reveal a good deal about the activity of identifiable individuals on the Internet was, for him, "neither here nor there": 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, at para. 110. (see also *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, at paras. 119-24 and 134.) In contrast to this approach, Caldwell J.A. (Cameron J.A. concurring on this point) held that in characterizing the subject matter of the alleged search, it is important to look beyond the "mundane" subscriber information such as name and address (para. 22). The potential of that information to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual must also be considered: see also *Trapp*, per Cameron J.A., at paras. 33-37.

[26] I am in substantial agreement with Caldwell and Cameron JJ.A. on this point. While, in many cases, defining the subject matter of the search will be uncontroversial, in cases in which it is more difficult, the Court has taken a broad and functional approach to the question, examining the connection between the police investigative technique and the privacy interest at stake. The Court has looked at not only the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals.

[27] A number of decisions of the Court reflect this approach. I begin with *Plant*. There, the Court, dealing with informational privacy, stressed the strong claim to privacy in relation to information that is at the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: p. 293. Importantly, the Court went on to make clear that s. 8 protection is accorded not only to the information which is itself of that nature, but also to “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *ibid.* (emphasis added).

[28] *Tessling* took the same approach, although it led to a different conclusion. The subject matter of the alleged search was held to be the heat emitted from the surface of a building. The Forward Looking Infra-Red (FLIR) imaging technique was used to help assess the activities that transpired inside a house, but the heat emissions by themselves could not distinguish between one heat source and another. In short, the heat emanations were, on their own, meaningless because they did not permit any

inferences about the precise activity giving rise to the heat: paras. 35-36. The critical question was: what inferences about activity inside the home — admittedly a highly private zone — did the FLIR images support?

[29] I turn next to *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and the companion appeal in *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569. While the Court divided on other points, it was unanimous in holding that the dog sniff of Mr. Kang-Brown's bag constituted a search. As explained by both Deschamps and Bastarache JJ., the dog sniffing at the air in the vicinity of the bag functioned as an investigative procedure that allowed for a “strong, immediate and direct inference” about what was or was not inside the bag: Deschamps J., at paras. 174-75; Bastarache J., at para. 227. Thus, while the “information” obtained by the sniffer dog was simply the smell of the air outside the bag, the dog's reaction to it provided the police with a strong inference as to what was inside. As Binnie J. put it in *A.M.* (which concerned a dog sniff of the accused's backpack), “[b]y use of the dog, the policeman could ‘see’ through the concealing fabric of the backpack”: para. 67.

[30] How to characterize the subject matter of an alleged search was addressed by the Court most recently in *Gomboc*. While the Court was divided on other matters, it was unanimous about the framework that must be applied in considering the subject matter of a “search”. The Court considered the strength of the inference between data derived from a digital recording ammeter (DRA) and particular activities going on in a residence in assessing whether use of the DRA constituted a search. Abella J.

(Binnie and LeBel JJ. concurring) took into account “the strong and reliable inference that can be made from the patterns of electricity consumption ... as to the presence within the home of one particular activity”: para. 81 (emphasis added). The Chief Justice and Justice Fish referred to the fact that the DRA data “sheds light on private activities within the home”: para. 119. Deschamps J. (Charron, Rothstein and Cromwell JJ. concurring) spoke in terms of the extent to which the DRA data was revealing of activities in the home: para. 38.

[31] Thus, it is clear that the tendency of information sought to support inferences in relation to other personal information must be taken into account in characterizing the subject matter of the search. The correct approach was neatly summarized by Doherty J.A. in *Ward*, at para. 65. When identifying the subject matter of an alleged search, the court must not do so “narrowly in terms of the physical acts involved or the physical space invaded, but rather by reference to the nature of the privacy interests potentially compromised by the state action”: *ibid*.

[32] Applying this approach to the case at hand, I substantially agree with the conclusion reached by Cameron J.A. in *Trapp* and adopted by Caldwell J.A. in this case. The subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with Shaw. Rather, it was the identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage. As Cameron J.A. put it, at para. 35 of *Trapp*:

To label information of this kind as mere “subscriber information” or “customer information”, or nothing but “name, address, and telephone number information”, tends to obscure its true nature. I say this because these characterizations gloss over the significance of an IP address and what such an address, once identified with a particular individual, is capable of revealing about that individual, including the individual’s online activity in the home.

[33] Here, the subject matter of the search is the identity of a subscriber whose Internet connection is linked to particular, monitored Internet activity.

(b) *Nature of the Privacy Interest Potentially Compromised by the State Action*

[34] The nature of the privacy interest engaged by the state conduct is another facet of the totality of the circumstances and an important factor in assessing the reasonableness of an expectation of privacy. The Court has previously emphasized an understanding of informational privacy as confidentiality and control of the use of intimate information about oneself. In my view, a somewhat broader understanding of the privacy interest at stake in this case is required to account for the role that anonymity plays in protecting privacy interests online.

[35] Privacy is admittedly a “broad and somewhat evanescent concept”: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 67. Scholars have noted the theoretical disarray of the subject and the lack of consensus apparent about its nature and limits: see, e.g., C. D. L. Hunt, “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of

Canada's Fledgling Privacy Tort" (2011), 37 *Queen's L.J.* 167, at pp. 176-77. Notwithstanding these challenges, the Court has described three broad types of privacy interests — territorial, personal, and informational — which, while often overlapping, have proved helpful in identifying the nature of the privacy interest or interests at stake in particular situations: see, e.g., *Dyment*, at pp. 428-29; *Tessling*, at paras. 21-24. These broad descriptions of types of privacy interests are analytical tools, not strict or mutually-exclusive categories.

[36] The nature of the privacy interest does not depend on whether, in the particular case, privacy shelters legal or illegal activity. The analysis turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. To paraphrase Binnie J. in *Patrick*, the issue is not whether Mr. Spencer had a legitimate privacy interest in concealing his use of the Internet for the purpose of accessing child pornography, but whether people generally have a privacy interest in subscriber information with respect to computers which they use in their home for private purposes: *Patrick*, at para. 32.

[37] We are concerned here primarily with informational privacy. In addition, because the computer identified and in a sense monitored by the police was in Mr. Spencer's residence, there is an element of territorial privacy in issue as well. However, in this context, the location where the activity occurs is secondary to the nature of the activity itself. Internet users do not expect their online anonymity to

cease when they access the Internet outside their homes, via smartphones, or portable devices. Therefore, here as in *Patrick*, at para. 45, the fact that a home was involved is not a controlling factor but is nonetheless part of the totality of the circumstances: see, e.g., *Ward*, at para. 90.

[38] To return to informational privacy, it seems to me that privacy in relation to information includes at least three conceptually distinct although overlapping understandings of what privacy is. These are privacy as secrecy, privacy as control and privacy as anonymity.

[39] Informational privacy is often equated with secrecy or confidentiality. For example, a patient has a reasonable expectation that his or her medical information will be held in trust and confidence by the patient's physician: see, e.g. *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149.

[40] Privacy also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information, that is, "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others": A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, cited in *Tessling*, at para. 23. La Forest J. made this point in *Dyment*. The understanding of informational privacy as control "derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit" (*Dyment*, at p. 429, quoting from *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established by the Department of

Communications/Department of Justice (1972), at p. 13). Even though the information will be communicated and cannot be thought of as secret or confidential, “situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected” (pp. 429-30); see also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46.

[41] There is also a third conception of informational privacy that is particularly important in the context of Internet usage. This is the understanding of privacy as anonymity. In my view, the concept of privacy potentially protected by s. 8 must include this understanding of privacy.

[42] The notion of privacy as anonymity is not novel. It appears in a wide array of contexts ranging from anonymous surveys to the protection of police informant identities. A person responding to a survey readily agrees to provide what may well be highly personal information. A police informant provides information about the commission of a crime. The information itself is not private — it is communicated precisely so that it will be communicated to others. But the information is communicated on the basis that it will not be identified with the person providing it. Consider situations in which the police want to obtain the list of names that correspond to the identification numbers on individual survey results or the defence in a criminal case wants to obtain the identity of the informant who has provided information that has been disclosed to the defence. The privacy interest at

stake in these examples is not simply the individual's name, but the link between the identified individual and the personal information provided anonymously. As the intervener the Canadian Civil Liberties Association urged in its submissions, "maintaining anonymity can be integral to ensuring privacy": factum, at para. 7.

[43] Westin identifies anonymity as one of the basic states of privacy. Anonymity permits individuals to act in public places but to preserve freedom from identification and surveillance: pp. 31-32; see A. Slane and L. M. Austin, "What's In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations" (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486, at p. 501. The Court's decision in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, provides an example of privacy in a public place. The Court held that the ubiquitous monitoring of a vehicle's whereabouts on public highways amounted to a violation of the suspect's reasonable expectation of privacy. It could of course have been argued that the electronic device was simply a convenient way of keeping track of where the suspect was driving his car, something that he was doing in public for all to see. But the Court did not take that approach.

[44] La Forest J. (who, while dissenting on the issue of exclusion of the evidence under s. 24(2), concurred with respect to the existence of a reasonable expectation of privacy), explained that "[i]n a variety of public contexts, we may expect to be casually observed, but may justifiably be outraged by intensive scrutiny. In these public acts we do not expect to be personally identified and subject to

extensive surveillance, but seek to merge into the ‘situational landscape’”: p. 558 (emphasis added), quoting M. Gutterman, “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, at p. 706. The mere fact that someone leaves the privacy of their home and enters a public space does not mean that the person abandons all of his or her privacy rights, despite the fact that as a practical matter, such a person may not be able to control who observes him or her in public. Thus, in order to uphold the protection of privacy rights in some contexts, we must recognize anonymity as one conception of privacy: see E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at pp. 325-26; Westin, at p. 32; Gutterman, at p. 706.

[45] Recognizing that anonymity is one conception of informational privacy seems to me to be particularly important in the context of Internet usage. One form of anonymity, as Westin explained, is what is claimed by an individual who wants to present ideas publicly but does not want to be identified as their author: p. 32. Here, Westin, publishing in 1970, anticipates precisely one of the defining characteristics of some types of Internet communication. The communication may be accessible to millions of people but it is not identified with its author.

[46] Moreover, the Internet has exponentially increased both the quality and quantity of information that is stored about Internet users. Browsing logs, for example, may provide detailed information about users’ interests. Search engines may

gather records of users' search terms. Advertisers may track their users across networks of websites, gathering an overview of their interests and concerns. "Cookies" may be used to track consumer habits and may provide information about the options selected within a website, which web pages were visited before and after the visit to the host website and any other personal information provided: see N. Gleicher, "Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web" (2009), 118 *Yale L.J.* 1945, at pp. 1948-49; R. W. Hubbard, P. DeFreitas and S. Magotiaux, "The Internet — Expectations of Privacy in a New Context" (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170, at pp. 189-91. The user cannot fully control or even necessarily be aware of who may observe a pattern of online activity, but by remaining anonymous — by guarding the link between the information and the identity of the person to whom it relates — the user can in large measure be assured that the activity remains private: see Slane and Austin, at pp. 500-3.

[47] In my view, the identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. A sniffer dog provides information about the contents of the bag and therefore engages the privacy interests relating to its contents. DRA readings provide information about what is going on inside a home and therefore may engage the privacy interests relating to those activities. Similarly, subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals, may implicate privacy

interests relating not simply to the person's name or address but to his or her identity as the source, possessor or user of that information.

[48] Doherty J.A. made this point with his usual insight and clarity in *Ward*. "Personal privacy" he wrote "protects an individual's ability to function on a day-to-day basis within society while enjoying a degree of anonymity that is essential to the individual's personal growth and the flourishing of an open and democratic society": para. 71. He concluded that some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and that, "depending on the totality of the circumstances, . . . anonymity may enjoy constitutional protection under s. 8": para. 75. I agree. Thus, anonymity may, depending on the totality of the circumstances, be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure.

[49] The intervener the Director of Public Prosecutions raised the concern that recognizing a right to online anonymity would carve out a crime-friendly Internet landscape by impeding the effective investigation and prosecution of online crime. In light of the grave nature of the criminal wrongs that can be committed online, this concern cannot be taken lightly. However, in my view, recognizing that there *may* be a privacy interest in anonymity depending on the circumstances falls short of recognizing any "right" to anonymity and does not threaten the effectiveness of law enforcement in relation to offences committed on the Internet. In this case, for example, it seems clear that the police had ample information to obtain a production

order requiring Shaw to release the subscriber information corresponding to the IP address they had obtained.

[50] Applying this framework to the facts of the present case is straightforward. In the circumstances of this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person (or a limited number of persons in the case of shared Internet services) to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized by the Court in other circumstances as engaging significant privacy interests: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 3; *Cole*, at para. 47; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 40-45.

[51] I conclude therefore that the police request to Shaw for subscriber information corresponding to specifically observed, anonymous Internet activity engages a high level of informational privacy. I agree with Caldwell J.A.'s conclusion on this point:

[A] reasonable and informed person concerned about the protection of privacy would expect one's activities on one's own computer used in one's own home would be private . . . In my judgment, it matters not that the personal attributes of the Disclosed Information pertained to Mr. Spencer's sister because Mr. Spencer was personally and directly exposed to the consequences of the police conduct in this case. As such, the police conduct *prima facie* engaged a personal privacy right of Mr. Spencer and, in this respect, his interest in the privacy of the Disclosed Information was direct and personal. [para. 27]

(c) *Reasonable Expectation of Privacy*

[52] The next question is whether Mr. Spencer's expectation of privacy was reasonable. The trial judge found that there could be no reasonable expectation of privacy in the face of the relevant contractual and statutory provisions (para. 19), a conclusion with which Caldwell J.A. agreed on appeal: para. 42. Cameron J.A., however, was doubtful that the contractual and statutory terms had this effect in the context of this case: para. 98.

[53] In this Court, Mr. Spencer maintains that the contractual and statutory terms did not undermine a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. He submits that the contractual provisions do nothing more than suggest that the information will not be provided to police unless required by law and that *PIPEDA*, whose purpose is to protect privacy rights, supports rather than negates the reasonableness of an expectation of privacy in this case. The Crown disagrees and supports the position taken on this point by Caldwell J.A. in the Court of Appeal.

[54] There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of whether there is a reasonable expectation of privacy. So, for example in *Gomboc*, Deschamps J. writing for four members of the Court, found that the terms governing the relationship between the electricity provider and its customer were "highly significant" to Mr Gomboc's reasonable expectation of privacy, but treated it as "one factor amongst many others

which must be weighed in assessing the totality of the circumstances”: paras. 31-32. She also emphasized that when dealing with contracts of adhesion in the context of a consumer relationship, it was necessary to “proceed with caution” when determining the impact that such provision would have on the reasonableness of an expectation of privacy: para. 33. The need for caution in this context was pointedly underlined in the dissenting reasons of the Chief Justice and Fish J. in that case: paras. 138-42.

[55] The contractual and regulatory frameworks overlap in the present case because the Shaw Joint Terms of Service make reference to *PIPEDA*, and the scope of permitted disclosure under *PIPEDA* turns partly on whether the customer has consented to the disclosure of personal information. I must first set out the details of these schemes before turning to their impact on the reasonable expectations analysis. In doing so, it becomes apparent that the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of Mr. Spencer’s expectation of privacy.

[56] Shaw provides Internet services to its customers under a standard form “Joint Terms of Service” agreement. Additional terms and conditions are provided in Shaw’s “Acceptable Use Policy” and its “Privacy Policy”. The terms of these agreements are posted online on Shaw’s website and change from time to time. The investigators sought the subscriber information for the IP address used on August 31, 2007 in their request to Shaw.

[57] Mr. Spencer was not personally a party to these agreements, as he accessed the Internet through his sister's subscription. It is common practice for multiple users to share a common Internet connection. A reasonable user would be aware that the use of the service would be governed by certain terms and conditions, and those terms and conditions were readily accessible through Shaw's website. This case does not require us to decide whether Mr. Spencer was bound by the terms of the contract with Shaw. Quite apart from contractual liability, the terms on which he gained access to the Internet are a relevant circumstance in assessing the reasonableness of his expectation of privacy. There are three relevant sets of provisions which, taken as a whole, provide a confusing and unclear picture of what Shaw would do when faced with a police request for subscriber information. The "Joint Terms of Service" at first blush appear to permit broad disclosure because they provide, among other things, that "Shaw may disclose any information as is necessary to . . . satisfy any legal, regulatory or other governmental request". This general provision, however, must be read in light of the more specific provision relating to disclosure of IP addresses and other identifying information in the context of criminal investigations contained in the Acceptable Use Policy, which in turn is subject to the Privacy Policy.

[58] The Acceptable Use Policy (last updated on June 18, 2007) provides that Shaw is authorized to cooperate with law enforcement authorities in the investigation of criminal violations, including supplying information identifying a subscriber *in accordance with its Privacy Policy*. The provision reads as follows:

You hereby authorize Shaw to cooperate with (i) law enforcement authorities in the investigation of suspected criminal violations, and/or (ii) system administrators at other Internet service providers or other network or computing facilities in order to enforce this Agreement. Such cooperation may include Shaw providing the username, IP address or other identifying information about a subscriber, in accordance with the guidelines set out in Shaw's Privacy Policy. [Emphasis added.]

[59] The Privacy Policy in the record (last updated on November 12, 2008) states that Shaw is committed to protecting personal information, which is defined as information about an identifiable individual. One of the ten principles set out in the Privacy Policy deals with limiting the disclosure of personal information (principle 5). The policy limits the circumstances under which personal information will be disclosed without the customer's knowledge or consent to "exceptional circumstances, as permitted by law". Shaw may disclose information to its partners in order to provide its services and, in such cases, the information is governed by "strict confidentiality standards and policies" to keep the information secure and to ensure it is treated in accordance with *PIPEDA*. The Privacy Policy also provides that "Shaw may disclose Customer's Personal Information to: . . . a third party or parties, where the Customer has given Shaw Consent to such disclosure or if disclosure is required by law, in accordance with *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act*" (emphasis added).

[60] Whether or not disclosure of personal information by Shaw is "permitted" or "required by law" in turn depends on an analysis of the applicable statutory framework. The contractual provisions, read as a whole, are confusing and equivocal

in terms of their impact on a user's reasonable expectation of privacy in relation to police initiated requests for subscriber information. The statutory framework provided by *PIPEDA* is not much more illuminating.

[61] Shaw's collection, use, and disclosure of the personal information of its subscribers is subject to *PIPEDA* which protects personal information held by organizations engaged in commercial activities from being disclosed without the knowledge or consent of the person to whom the information relates: Sch. 1, clause 4.3. Section 7 contains several exceptions to this general rule and permits organizations to disclose personal information without consent. The exception relied on in this case is s. 7(3)(c.1)(ii). It permits disclosure to a government institution that has requested the disclosure for the purpose of law enforcement and has stated its "lawful authority" for the request. The provisions of *PIPEDA* are not of much help in determining whether there is a reasonable expectation of privacy in this case. They lead us in a circle.

[62] Section 7(3)(c.1)(ii) allows for disclosure without consent to a government institution where that institution has identified its *lawful authority* to obtain the information. But the issue is whether there was such lawful authority which in turn depends in part on whether there was a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. *PIPEDA* thus cannot be used as a factor to weigh against the existence of a reasonable expectation of privacy since the proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable

expectation of privacy exists. Given that the purpose of *PIPEDA* is to establish rules governing, among other things, disclosure “of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information” (s. 3), it would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*’s general prohibition on the disclosure of personal information without consent.

[63] I am aware that I have reached a different result from that reached in similar circumstances by the Ontario Court of Appeal in *Ward*, where the court held that the provisions of *PIPEDA* were a factor which weighed against finding a reasonable expectation of privacy in subscriber information. This conclusion was based on two main considerations. The first was that an ISP has a legitimate interest in assisting in law enforcement relating to crimes committed using its services: para. 99. The second was the grave nature of child pornography offences, which made it reasonable to expect that an ISP would cooperate with a police investigation: paras. 102-3. While these considerations are certainly relevant from a policy perspective, they cannot override the clear statutory language of s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, which permits disclosure only if a request is made by a government institution with “lawful authority” to request the disclosure. It is reasonable to expect that an organization bound by *PIPEDA* will respect its statutory obligations with respect to personal information. The Court of Appeal in *Ward* held that s. 7(3)(c.1)(ii) must be read in light of s. 5(3), which states that “[a]n organization may collect, use

or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances”. This rule of “reasonable disclosure” was used as a basis to invoke considerations such as allowing ISPs to cooperate with the police and preventing serious crimes in the interpretation of *PIPEDA*. Section 5(3) is a guiding principle that underpins the interpretation of the various provisions of *PIPEDA*. It does not allow for a departure from the clear requirement that a requesting government institution possess “lawful authority” and so does not resolve the essential circularity of using s. 7(3)(c.1)(ii) as a factor in determining whether a reasonable expectation of privacy exists.

[64] I also note with respect to an ISP’s legitimate interest in preventing crimes committed through its services that entirely different considerations may apply where an ISP itself detects illegal activity and of its own motion wishes to report this activity to the police. Such a situation falls under a separate, broader exemption in *PIPEDA*, namely s. 7(3)(d). The investigation in this case was begun as a police investigation and the disclosure of the subscriber information arose out of the request letter sent by the police to Shaw.

[65] The overall impression created by these terms is that disclosure at the request of the police would be made only where required or permitted by law. Such disclosure is only permitted by *PIPEDA* in accordance with the exception in s. 7, which in this case would require the requesting police to have “lawful authority” to request the disclosure. For reasons that I will set out in the next section, this request

had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. I conclude that, if anything, the contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy, since the Privacy Policy narrowly circumscribes Shaw's right to disclose the personal information of subscribers.

[66] In my view, in the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. The disclosure of this information will often amount to the identification of a user with intimate or sensitive activities being carried out online, usually on the understanding that these activities would be anonymous. A request by a police officer that an ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

[67] The intervener the Attorney General of Alberta raised a concern that if the police were not permitted to request disclosure of subscriber information, then other routine inquiries that might reveal sensitive information about a suspect would also be prohibited, and this would unduly impede the investigation of crimes. For example, when the police interview the victim of a crime, core biographical details of a suspect's lifestyle might be revealed. I do not agree that this result follows from the principles set out in these reasons. Where a police officer requests disclosure of information relating to a suspect from a third party, whether there is a search depends on whether, in light of the totality of the circumstances, the suspect has a reasonable expectation of privacy in that information: *Plant*, at p. 293; *Gomboc*, at paras. 27-30,

per Deschamps J. In *Duarte*, the Court distinguished between a person repeating a conversation with a suspect to the police and the police procuring an audio recording of the same conversation. The Court held that the danger is “not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: at pp. 43-44. Similarly in this case, the police request that the ISP disclose the subscriber information was in effect a request to link Mr. Spencer with precise online activity that had been the subject of monitoring by the police and thus engaged a more significant privacy interest than a simple question posed by the police in the course of an investigation.

B. *Was the Search Lawful?*

[68] A warrantless search, such as the one that occurred in this case, is presumptively unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The Crown bears the burden of rebutting this presumption. A search will be reasonable if (a) it was authorized by law; (b) the law itself was reasonable; and (c) the search was carried out in a reasonable manner: p. 278. Mr. Spencer has not challenged the constitutionality of the laws that purportedly authorized the search. He did raise concerns about the reasonableness of the manner, but in my view, these are groundless. Accordingly, we need only consider whether the search was authorized by law.

[69] The Crown supports the conclusions of Caldwell and Cameron J.J.A. in the Court of Appeal that any search was lawful, relying on the combined effect of s. 487.014 of the *Criminal Code* and s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. I respectfully do not agree.

[70] Section 487.014(1) of the *Criminal Code* provides that a peace officer does not need a production order “to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing”. *PIPEDA* prohibits disclosure of the information unless the requirements of the law enforcement provision are met, including that the government institution discloses a lawful authority *to obtain*, not simply to ask for the information: s. 7(3)(c.1)(ii). On the Crown’s reading of these provisions, *PIPEDA*’s protections become virtually meaningless in the face of a police request for personal information: the “lawful authority” is a simple request without power to compel and, because there was a simple request, the institution is no longer prohibited by law from disclosing the information.

[71] “Lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA* must be contrasted with s. 7(3)(c), which provides that personal information may be disclosed without consent where “required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records”. The reference to “lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) must mean something other than a “subpoena or

[search] warrant”. “Lawful authority” may include several things. It may refer to the common law authority of the police to ask questions relating to matters that are not subject to a reasonable expectation of privacy. It may refer to the authority of police to conduct warrantless searches under exigent circumstances or where authorized by a reasonable law: *Collins*. As the intervener the Privacy Commissioner of Canada submitted, interpreting “lawful authority” as requiring more than a bare request by law enforcement gives this term a meaningful role to play in the context of s. 7(3) and should be preferred over alternative meanings that do not do so. In short, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Ward* on this point that neither s. 487.014(1) of the *Code*, nor *PIPEDA* creates any police search and seizure powers: para. 46.

[72] I recognize that this conclusion differs from that of the Saskatchewan Court of Appeal in *Trapp*, at para. 66, and the British Columbia Supreme Court in *R. v. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII), at para. 43. The Court of Appeal in *Trapp* read s. 487.014(1) together with s. 29(2)(g) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, an analogous provision to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, although one from which the “lawful authority” requirement is absent. The court held that s. 487.014(1) gave the police a power to make any inquiries that were not otherwise prohibited by law. The court in *McNeice* took the same approach, although that case concerned s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, the same provision at issue in this case.

[73] With respect, I cannot accept that this conclusion applies to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries, as indicated by the fact that the section begins with the phrase “[f]or greater certainty”: see *Ward*, at para. 49. *PIPEDA* is a statute whose purpose, as set out in s. 3, is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, I do not see how they could gain a new search power through the combination of a declaratory provision and a provision enacted to promote the protection of personal information.

[74] The subscriber information obtained by police was used in support of the Information to Obtain which led to the issuance of a warrant to search Ms. Spencer’s residence. Without that information, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant, and the search of the residence was therefore unlawful. I conclude, therefore, that the conduct of the search of Ms. Spencer’s residence violated the *Charter: Plant*, at p. 296; *Hunter v. Southam*, at p. 161. Nothing in these reasons addresses or diminishes any existing powers of the police to obtain subscriber information in exigent circumstances such as, for example, where the information is required to prevent imminent bodily harm. There were no such circumstances here.

C. *Should the Evidence Have Been Excluded*

[75] Neither the trial judge nor the Court of Appeal found a breach of s. 8 in this case and, therefore, did not have to consider the question of whether the evidence obtained in a manner that violated Mr. Spencer's *Charter* rights should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The question is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I accept, as both Mr. Spencer and the Crown agree, that we can determine this issue on the record before us. However, I disagree with Mr. Spencer's submission that the evidence should be excluded. In my view, it should not.

[76] The test for applying s. 24(2) is set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The court must "assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct . . . (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused . . . and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits": para. 71.

[77] Turning first to the seriousness of the state conduct, my view is that it cannot be characterized as constituting either "[w]ilful or flagrant disregard of the *Charter*": *Grant*, at para. 75. Det. Sgt. Parisien testified that he believed the request to Shaw was authorized by law and that Shaw could consent to provide the information to him. He also testified, however, that he was aware that there were decisions both ways on the issue of whether this was a legally acceptable practice. While I would

not want to be understood to be encouraging the police to act without warrants in “gray areas”, in light of the fact that the trial judge and three judges of the Court of Appeal concluded that Det. Sgt. Parisien had acted lawfully, his belief was clearly reasonable. In short, the police were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. There is no challenge to any other aspect of the information to obtain the search warrant. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute.

[78] The second *Grant* factor is the impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Spencer’s *Charter*-protected interests. That impact here was serious. As discussed above, anonymity is an important safeguard for privacy interests online. The violation of that anonymity exposed personal choices made by Mr. Spencer to be his own and subjected them to police scrutiny as such. This weighs in favour of excluding the evidence.

[79] That brings me to the final factor, society’s interest in an adjudication on the merits. As explained in *Grant*,

while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high. [para. 84]

[80] The offences here are serious and carry minimum prison sentences. Society has both a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. If the evidence is excluded, the Crown will effectively have no case. The impugned evidence (the electronic files containing child pornography) is reliable and was admitted by the defence at trial to constitute child pornography. Society undoubtedly has an interest in seeing a full and fair trial based on reliable evidence, and all the more so for a crime which implicates the safety of children.

[81] Balancing the three factors, my view is that exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute, and I would uphold its admission.

D. The Fault Element of the “Making Available” Offence

[82] The Court of Appeal ordered a new trial on the “making available” count on the basis that the trial judge had erred in his analysis of the fault requirement for the offence. It found that the trial judge had erred by finding that the making available offence required that Mr. Spencer knew that some positive act on his part facilitated access by others to the pornography. This error, in the Court of Appeal’s view, led the judge to fail to consider whether Mr. Spencer had been wilfully blind to the fact that the pornography was being made available to others through the shared folder. I respectfully agree with the Court of Appeal on both points and would affirm the order for a new trial.

[83] There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require, however, as the trial judge suggested, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. I accept Caldwell J.A.'s conclusion that the offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to others. As he put it,

[i]n the context of a file sharing program, the *mens rea* element of making available child pornography under s. 163.1(3) requires proof of the intent to make computer files containing child pornography available to others using that program or actual knowledge that the file sharing program makes files available to others. [para. 87]

While the trial judge's reasons may perhaps be open to more than one interpretation on this point, reading his reasons as a whole, I also agree with Caldwell J.A. that the trial judge erred in deciding that a positive act was required to satisfy the *mens rea* component of the making available offence: para. 81.

[84] I further agree with Caldwell J.A. that wilful blindness was a live issue on the evidence and that it was because of the trial judge's error in relation to positive facilitation that he did not turn his mind to the evidence that could support an inference of wilful blindness. Wilful blindness is a substitute for knowledge. As explained by Charron J. in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 21,

[w]ilful blindness does not define the *mens rea* required for particular offences. Rather, it can substitute for actual knowledge whenever knowledge is a component of the *mens rea*. The doctrine of wilful blindness imputes knowledge to an accused whose suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but deliberately chooses not to make those inquiries. See *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. As Sopinka J. succinctly put it in *Jorgensen* (at para. 103), “[a] finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge?” [Emphasis added.]

[85] The evidence calling for consideration of wilful blindness included, for example, evidence that in Mr. Spencer’s statement to police he acknowledged that LimeWire is a file sharing program; that he had changed at least one default setting in LimeWire; that when LimeWire is first installed on a computer, it displays information notifying the user that it is a file sharing program; that at the start of each session, LimeWire notifies the user that it is a file sharing program and warns of the ramifications of file sharing; and that LimeWire contains built-in visual indicators that show the progress of the uploading of files by others from the user’s computer: paras. 88-89.

[86] Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge’s error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, I agree with Caldwell J.A. that the error could reasonably be thought to have had a bearing on his decision to acquit: para. 93; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14.

III. Disposition

[87] I would dismiss the appeal, affirm the conviction on the possession count and uphold the Court of Appeal's order for a new trial on the making available count.

APPENDIX

PERSONAL INFORMATION PROTECTION AND ELECTRONIC DOCUMENTS

ACT, S.C. 2000, C. 5

7. ...

(3) [Disclosure without knowledge or consent] For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

...

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

(c.1) made to a government institution or part of a government institution that has made a request for the information, identified its lawful authority to obtain the information and indicated that

...

(ii) the disclosure is requested for the purpose of enforcing any law of Canada, a province or a foreign jurisdiction, carrying out an investigation relating to the enforcement of any such law or gathering intelligence for the purpose of enforcing any such law, or

...

(d) made on the initiative of the organization to an investigative body, a government institution or a part of a government institution and the organization

(i) has reasonable grounds to believe that the information relates to a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada, a province or a foreign jurisdiction that has been, is being or is about to be committed, or

(ii) suspects that the information relates to national security, the defence of Canada or the conduct of international affairs;

...

Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46

163.1

...

(3) [Distribution, etc. of child pornography] Every person who transmits, makes available, distributes, sells, advertises, imports, exports or possesses for the purpose of transmission, making available, distribution, sale, advertising or exportation any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

487.014 (1) [Power of peace officer] For greater certainty, no production order is necessary for a peace officer or public officer enforcing or administering this or any other Act of Parliament to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

*Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan,
Regina.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public
Prosecution Service of Canada, Edmonton and Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney
General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney
General of Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of
Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties
Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of
Ontario: Dawe & Dineen, Toronto; Schreck Presser, Toronto.*

Case Name:

Royal Bank of Canada v. Trang

Between

**Royal Bank of Canada, Plaintiff (Appellant), and
Phat Trang and Phuong Trang a.k.a.
Phuong Thi Trang, Defendants, and
Bank of Nova Scotia, Respondent**

[2014] O.J. No. 5873

2014 ONCA 883

Docket: C57306

Ontario Court of Appeal

**A. Hoy A.C.J.O., J.I. Laskin, R.J. Sharpe,
E.A. Cronk and R.A. Blair JJ.A.**

Heard: June 16, 2014.

Judgment: December 9, 2014.

(136 paras.)

Government law -- Access to information and privacy -- Access to information -- Protection of privacy -- Disclosure or release of information -- Consent to disclosure or release -- Statutory exceptions or exemptions -- Appeal by plaintiff from decision dismissing its motion for order that respondent produce mortgage discharge statement dismissed -- Appellant sought to enforce a judgment obtained against defendants by selling their home -- Sherriff refused to sell house without mortgage discharge statement from respondent mortgagee -- Respondent refused to produce discharge statement on ground that Personal Information Protection and Electronic Documents Act precluded disclosure -- Current mortgage balance was debtors' personal information of the debtors -- Sensitivity of information and defendants' reasonable expectations supported respondent's refusal to disclose mortgage discharge statement to appellant without defendants' express consent.

Appeal by the plaintiff from a decision of a motion judge dismissing its motion for an order that the respondent produce a mortgage discharge statement. The appellant had obtained a judgment against

the defendants in an action for repayment of a loan. The appellant had requested the Sherriff to sell the defendants' property to collect on its judgment. The Sherriff refused to sell the property without a mortgage discharge statement from the respondent mortgagee. The respondent alleged that the Personal Information Protection and Electronic Documents Act precluded it from producing a mortgage discharge statement to the appellant without the defendants' consent. The defendants had not provided such consent. The appellant argued that the mortgage discharge statement was not personal information of the defendants. It also argued that the information in a mortgage discharge statement was less sensitive information such that the defendants could be taken to have impliedly consented to its disclosure.

HELD: Appeal dismissed. The mortgage discharge statement was personal information of the debtors. Although the financial details of the defendants' mortgage, when it was registered, were on the public record in the Land Registry System, current mortgage balances were not publicly available information and constituted personal information of a mortgagor under the Act. The defendants had not waived any privacy interest in their current mortgage balances simply because the details of their mortgage at the time of registration were on the public record. Both the sensitivity of the information and the defendants' reasonable expectations supported the respondent's refusal to disclose the mortgage discharge statement to the appellant without the defendants' express consent. The sensitivity of the information in the mortgage statement must be assessed in the overall context of the relationship between the respondent and the defendants. The balance owing on a person's mortgage could be an important piece of private information that opened a window to many aspects of that person's financial profile. In many contexts, the disclosure of this seemingly innocuous information to a third party without consent could affect a person's interests adversely. Disclosure was also not sought by the mortgagee, but by a stranger to the mortgage relationship. In that context, information about the state of the defendants' mortgage was sensitive information. It was information about the debtors themselves and about their financial situation. To disclose that information to a judgment creditor without a court order requires their express consent. Even if a current mortgage balance could be considered less sensitive information, disclosure of a discharge statement to a judgment creditor was not within the reasonable expectations of a mortgagor. This information was collected and used by the Banks for purposes of administering the mortgage. It was not collected or used for purposes of facilitating another judgment creditor's execution on its judgment. Although the appellant did not obtain the defendants' consent in its loan agreement, it could still seek to obtain the mortgage discharge statement by a motion under Rule 60.18(6)(a) of the Rules of Civil Procedure.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Execution Act, R.S.O. 1990, c. E.24, s. 28

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 3, s. 5(1), s. 5(3), s. 6, s. 7, s. 7(3), s. 7(3)(c), s. 7(3)(i), s. 9, Schedule 1

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 34.10(2)(b), Rule 34.10(3), Rule 60.18(6)(a)

Appeal From:

On appeal from the order of Justice Douglas K. Gray of the Superior Court of Justice, dated June 18, 2013, with reasons reported at 2013 ONSC 4198.

Counsel:

James Satin and Justin Winch, for the appellant.

No one appearing for the respondent.

Megan Brady and Kate Wilson, the Privacy Commissioner of Canada, appearing as *amicus curiae*.

Reasons for judgment were delivered by J.I. Laskin J.A., concurred in by E.A. Cronk J.A. and R.A. Blair J.A. Separate dissenting reasons were delivered by A. Hoy A.C.J.O., concurred in by R.J. Sharpe J.A.

J.I. LASKIN J.A.:--

A. OVERVIEW

1 This appeal raises important issues about the interpretation and application of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* ("*PIPEDA*").¹

2 The appellant, Royal Bank of Canada ("RBC"), has a judgment against the defendants, Phat and Phuong Trang. The Trangs own a property, which they have mortgaged to the respondent, Bank of Nova Scotia ("Scotiabank"). RBC wants the Sheriff to sell the Trangs' property so it can collect its judgment. The Sheriff, however, refuses to sell the property without a mortgage discharge statement from Scotiabank. RBC twice sought to obtain this statement by examining the Trangs as judgment debtors, but they did not appear for either examination. RBC also asked the mortgagee, Scotiabank, to produce a mortgage statement. Scotiabank said *PIPEDA* precluded it from doing so.

3 RBC brought a motion for an order that Scotiabank produce a mortgage discharge statement. The motion judge dismissed the motion, relying on this court's judgment in *Citi Cards Canada Inc. v. Pleasance*, 2011 ONCA 3, 103 O.R. (3d) 241. RBC now appeals the motion judge's order to this court. Its general position is that *Citi Cards* was wrongly decided or is distinguishable and that *PIPEDA* should not be applied to frustrate or unnecessarily increase the costs of enforcing a

judgment lawfully obtained.

4 In support of its position, RBC makes five specific submissions. First, the mortgage discharge statement RBC seeks is not "personal information" of the debtors under *PIPEDA*.

5 Second, cl. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA* permits Scotiabank to produce the mortgage discharge statement because that statement contains "less sensitive" information, which the Trangs impliedly consented to disclose. RBC contends that the decision in *Citi Cards* is wrong and should be overruled or that it was *per incuriam* because the court did not consider cl. 4.3.6 of Schedule 1 and had it done so, it would have decided the case differently.

6 Third, in the alternative, s. 3 of *PIPEDA* authorizes disclosure of the mortgage discharge statement. Fourth, s. 28 of the *Execution Act*,² which permits a judgment creditor to sell a mortgagor's equity of redemption, authorizes disclosure of the discharge statement. Fifth, *Citi Cards* is distinguishable because RBC, unlike the creditor in that case, has exhausted all other means to obtain the statement.

7 Because we have been asked to overrule *Citi Cards*, we sat as a panel of five, in accordance with our court's practice when we are asked to overrule one of our previous decisions.

8 Neither the Trangs nor Scotiabank participated in this appeal. To ensure that their positions were properly represented, Hoy A.C.J.O. appointed the Privacy Commissioner of Canada as *amicus curiae*. *Amicus* submits that in *Citi Cards* this court correctly interpreted *PIPEDA*, and that neither s. 3 nor cl. 4.3.6 of Schedule 1 of the Act permits Scotiabank to produce the mortgage discharge statement. *Amicus* contends, however, that RBC could obtain the statement by a court-ordered examination in aid of execution of Scotiabank under rule 60.18(6)(a) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.

B. BACKGROUND

9 The facts and chronology giving rise to this litigation are brief and undisputed.

* The Trangs own a property at 334 Sentinel Road, Toronto.

* Scotiabank holds the first mortgage on the property. The mortgage was registered on November 21, 2005, for the face amount of \$262,500.

* In April 2008, RBC loaned the Trangs approximately \$35,000. The loan went into default, and on December 17, 2010, RBC obtained a judgment against the Trangs for \$26,122.76 plus interest and costs.

* RBC filed a writ of seizure and sale with the Sheriff in Toronto. The writ has been filed for more than a year.

* RBC served the Trangs with notices of examination in aid of execution for April 5, 2011. The Trangs did not appear.

* On November 15, 2011, RBC requested a mortgage discharge statement from Scotiabank. RBC advised Scotiabank that the Sheriff would not sell the property without the statement. On November 23, 2011, Scotiabank advised RBC that unless the Trangs consented, *PIPEDA* precluded it from producing the statement. The Trangs have not consented.

* RBC then obtained an order for another examination of the Trangs in aid of execution. This examination was scheduled for February 17, 2012. Again the Trangs did not appear.

* In May 2012, RBC brought a motion to compel Scotiabank to produce a mortgage discharge statement. On June 6, 2012, the motion judge dismissed RBC's motion. He held that he was bound by *Citi Cards*.

* RBC appealed the motion judge's order. On December 21, 2012, this court quashed RBC's appeal on the ground that the motion judge's order was interlocutory. The order was interlocutory because it did not finally dispose of the question whether RBC could obtain an order requiring Scotiabank to produce the mortgage statement. The panel said that RBC could seek to examine a Scotiabank representative under rule 60.18(6)(a).

* On February 21, 2013, following the panel's order quashing its appeal, RBC examined a representative of Scotiabank, its senior legal counsel. Significantly, however, the Scotiabank representative appeared *voluntarily*, not by court order. At the examination, she said the bank was "prohibited from voluntarily disclosing [a mortgage discharge statement] under ... *PIPEDA*".

* RBC then brought another motion to compel Scotiabank to produce the mortgage statement. On June 18, 2013, the motion judge dismissed the motion. He held: "I remain of the view that *PIPEDA*, as interpreted by the Court of

Appeal in *Citi Cards*, prohibits the release of the requested information. Any change must come from the Court of Appeal, and not from me." It is this decision from which RBC appeals.³

C. *PIPEDA*

10 *PIPEDA* is a federal statute, enacted nearly 15 years ago in recognition of the era of technology in which we now live. It is, as this court said in *Royal Bank of Canada v. Welton*,⁴ a "privacy statute." Subject to specified exemptions, it protects individuals' right to privacy in their personal information, defined simply and very broadly as "information about an identifiable individual". Part 1 of *PIPEDA*, which is the part of the Act relevant to this appeal, deals with "protection of personal information in the private sector."

11 Although *PIPEDA* is federal legislation, it applies across Canada unless it has been displaced by provincial legislation that the Governor-in-Council by order has declared is substantially similar to *PIPEDA*. Ontario has not enacted a substantially similar privacy law of general application in the private sector. Thus *PIPEDA* governs the commercial activities of all Ontario lending institutions, whether provincially regulated or federally regulated as are RBC and Scotiabank.

12 Section 3 of *PIPEDA* sets out the purpose of Part 1:

3. The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

13 The Supreme Court of Canada has recognized the important role of privacy in our society. In commenting on the similarly worded purpose of Alberta's *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, the court said:

The focus is on providing an individual with some measure of control over his or her personal information: Gratton, at pp. 6 ff. The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as "quasi-constitutional" because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society.

See *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 19.

14 The overarching purpose of Part 1 of *PIPEDA*, set out in s. 3, is reproduced as an express requirement in s. 5(3) of the Act:

5. (3) An organization may collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances.

15 In other words, *PIPEDA* seeks to balance individuals' right to privacy in their personal information with organizations' need to collect, use and disclose that information in their commercial activities. See *Englander v. Telus Communications Inc.*, 2004 FCA 387, [2005] 2 F.C.R. 572, at paras. 38-40.

16 Consent is a cornerstone of *PIPEDA*. Collection, use or disclosure of personal information ordinarily requires an individual's knowledge and consent. An organization may collect, use or disclose personal information without an individual's knowledge or consent only in the limited circumstances enumerated in s. 7 of the Act. So, for example, s. 7(3) sets out the circumstances in which an organization may disclose personal information without an individual's knowledge or consent. The exemptions in ss. 7(3)(c) and (i) were the two exemptions argued in *Citi Cards*:

7. (3) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

...

- (c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

...

- (i) required by law.

These limited exceptions in s. 7 attempt to strike the appropriate balance, reflected in s. 3, between privacy rights and organizational needs.

17 The provisions of the Act must be read together with Schedule 1, which lists ten key principles for the protection of personal information.⁵ The principles contain both obligations and recommendations for organizations. Under s. 5(1) of the Act, and subject to ss. 6 to 9, organizations must comply with the obligations set out in the Schedule.

18 Clause 4.3 of the Schedule deals with principle three -- consent. This principle and the other nine principles are not written in typically legal language. Clause 4.3.1 provides that consent is required for the disclosure of personal information and that usually an organization will seek that consent at the time of collection:

4.3.1 Consent is required for the collection of personal information and the subsequent use or disclosure of this information. Typically, an organization will seek consent for the use or disclosure of the information at the time of collection. In certain circumstances, consent with respect to use or disclosure may be sought after the information has been collected but before use (for example, when an organization wants to use information for a purpose not previously identified).

19 Clause 4.3.5 provides that "[i]n obtaining consent, the reasonable expectations of the individual are also relevant."

20 Clause 4.3.6 is the clause of the Schedule RBC relies on in this court. That clause distinguishes between "sensitive" and "less sensitive" information and introduces the notion of implied consent for less sensitive information:

4.3.6 The way in which an organization seeks consent may vary, depending on the circumstances and the type of information collected. An organization should generally seek express consent when the information is likely to be considered sensitive. Implied consent would generally be appropriate when the information is less sensitive. Consent can also be given by an authorized representative (such as a legal guardian or a person having power of attorney).

I will return to this provision when I discuss RBC's main ground of appeal.

D. THIS COURT'S DECISION IN *CITI CARDS*

21 The fact situation in *Citi Cards* is similar to the fact situation in the present appeal. Citi Cards held a judgment against Mr. Pleasance for a credit card debt. It sought to enforce that judgment by a Sheriff's sale of the Pleasance home, owned jointly by Mr. Pleasance and his wife. The Sheriff would not sell the home without mortgage discharge statements from the two mortgagees of the home, both banks.⁶ Neither mortgagee would produce a statement because of *PIPEDA*.

22 Unlike in the appeal before us, Citi Cards did not seek to examine the judgment debtor or his wife. Instead it simply brought a motion for an order that the banks produce discharge statements. The motion judge dismissed the motion. He ruled that the statements contained "personal information" of Mr. Pleasance and that *PIPEDA* prohibited the banks from releasing that information. He also ruled that Citi Cards had an alternative remedy -- a motion under rule 60.18(6) to examine Bibi Pleasance, the debtor's wife.

23 Citi Cards appealed and this court dismissed its appeal. Blair J.A. wrote the reasons of the panel. He, too, concluded that *PIPEDA* prevented the banks from disclosing the mortgage discharge statements.

24 In this court, Citi Cards relied on two exemptions in s. 7(3) of *PIPEDA* to obtain disclosure of the mortgage discharge statements: where disclosure is required to comply with a court order under s. 7(3)(c); and where disclosure is "required by law" under s. 7(3)(i).

25 Before addressing these two exemptions, Blair J.A. discussed whether the information Citi Cards sought was "personal information" of Mr. Pleasance and whether the purpose of *PIPEDA*, as stated in s. 3, contemplated balancing the interests of a third party in Citi Cards' position. Blair J.A. held that the mortgage discharge statements Citi Cards sought were "personal information" of Mr. Pleasance. He wrote, at para. 22 of his reasons:

This is a very elastic definition and should be interpreted in that fashion to give effect to the purpose of the Act. There can be no doubt that financial information pertaining to a debtor, collected and used by a financial institution in the course of a mortgage transaction -- including the particulars of and the balance owing on the debtor's mortgage -- is "information about an identifiable individual". Current mortgage balances are not information that is publicly available.

26 On the purpose of the statute, he said, at para. 23 of his reasons:

As the purpose of the Act -- expressed in s. 3 cited above -- indicates, what is balanced is the individual's right to privacy in his or her personal information, on the one hand, and the organization's need to collect or use the information, on the other hand. *The Act does not contemplate a balancing between the privacy rights of the individual and the interests of a third-party organization that may by happenstance have commercial dealings with the individual that make the targeted information attractive to it.* [Emphasis added.]

27 Blair J.A. then turned to the two exemptions Citi Cards relied on. He concluded that neither applied.

28 The "court order" Citi Cards relied on to come within s. 7(3)(c) was the order it sought on the motion. Blair J.A. held, at para. 25:

The "order" requiring compliance, upon which Citi Cards relies, is the order sought on this application. It is circular to argue that the Banks are required to disclose the mortgage statements because disclosure is required by an order not yet made. Even a liberal interpretation of the legislation cannot lead to such a pliant result.

29 To come within the "required by law" exemption, Citi Cards argued that as Mr. Pleasance would be required by law to disclose the balances outstanding on his two mortgages, so too should the banks. In rejecting that argument, Blair J.A. said, at para. 32, that the disclosure "required by law" must be required independently of *PIPEDA*. And he knew "of no law requiring a financial institution to disclose mortgage statements to an unsecured judgment creditor seeking to enforce its remedy by way of sheriff's sale in the absence of default under the mortgage and steps taken by the mortgagee to enforce the mortgage by way of Notice of Sale".

30 Nonetheless, Blair J.A. recognized the difficulty that *PIPEDA* posed for a judgment creditor in Citi Cards' position. He allowed that a mortgagee could, in some circumstances, be ordered to produce a discharge statement to the judgment creditor on a motion under rule 60.18(6)(a). Under that rule, a creditor who has difficulty in enforcing a judgment may obtain an order from the court to examine a person who has knowledge of the debtor's means to satisfy the judgment. But Blair J.A. concluded that the motion judge did not err in exercising his discretion not to order disclosure and to require Citi Cards to pursue another remedy. The motion judge, Blair J.A. held, was "rightly concerned" about the privacy rights of Mr. Pleasance, and of Ms. Pleasance, who was a joint owner of the property Citi Cards sought to sell.

E. ANALYSIS

31 In this court, apart from its submission on the *Execution Act*, RBC does not rely on either of the two exemptions in s. 7(3) of *PIPEDA*, which were at issue in *Citi Cards*. Instead it relies mainly on cl. 4.3.6 of Schedule 1 and s. 3 of the Act to authorize Scotiabank to disclose the mortgage discharge statement. It also argues that *Citi Cards* is distinguishable because unlike the judgment creditor in that case, RBC has pursued all of its alternative remedies. And it first contends that the mortgage discharge statement is not even "personal information" of the debtors.

First Issue: Is the mortgage discharge statement "personal information" of the debtors?

32 In oral argument, RBC took the position that the mortgage discharge statement it seeks was not even "personal information" of the Trangs. It pointed out that all the details of the Trangs' mortgage -- the principal amount, the rate of interest, the payment periods and the due date -- were made publicly available when the mortgage was registered. Therefore the Trangs could not claim a privacy interest in the mortgage discharge statement as that statement would simply set out the current principal and interest owing on the mortgage at the time RBC asked the Sheriff to sell the property.⁷

33 I do not agree with RBC's position. I accept that the financial details of the Trangs' mortgage, when it was registered, are on the public record in the Ontario Land Registry System. That they are is authorized both by Ontario regulation and by *PIPEDA*. The Ontario legislature decided to make the details of a mortgage publicly available at the time a mortgage is registered, that is at the beginning of the mortgagor/mortgagee relationship: see O. Reg. 19/99 (Electronic Registration), s. 6, passed under the *Land Registration Reform Act*.⁸

34 In turn, s. 7(3)(h.1) of *PIPEDA* recognizes that consent is not required for the disclosure "of information that is publicly available and is specified by the regulations." But under s. 1(c) of the *Regulations Specifying Publicly Available Information*,⁹ the only information that is considered publicly available for the purpose of s. 7(3)(h.1) of the statute is "personal information that appears in a registry collected under a statutory authority and to which a right of public access is authorized by law".

35 Thus mortgagors, such as the Trangs, cannot claim a privacy interest in the financial details of their mortgage at the time their mortgage is registered. Provincial regulation requires those financial details be made publicly available, and their public availability is authorized by *PIPEDA* and the regulations under it.

36 Current mortgage balances, however, are not publicly available information in the Ontario Land Registry System or under *PIPEDA*. Yet it can hardly be denied that a current mortgage balance is, under *PIPEDA*, personal information of a mortgagor -- it is "information about an identifiable individual." Nor can it be said that the Trangs have waived any privacy interest in their current mortgage balances simply because the details of their mortgage at the time of registration are on the public record. For these reasons, RBC's argument that the mortgage discharge statement is not personal information of the Trangs must fail.

Second Issue: Does cl. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA* permit Scotiabank to provide a mortgage discharge statement to RBC?

37 This is the main issue in this appeal. RBC's submission on this issue has two branches: the first branch is that this court's decision in *Citi Cards* was *per incuriam* because it did not consider cl. 4.3.6 of Schedule 1. Therefore *stare decisis* does not bind us to follow *Citi Cards*; we are free to come to a different decision. The second branch is that even if the *per incuriam* exception to *stare decisis* does not apply, *Citi Cards* is wrong because it failed to give effect to cl. 4.3.6 of Schedule 1. RBC argues that in accordance with that clause, Scotiabank had the Trangs' implied consent to disclose the mortgage discharge statement to a judgment creditor. We should therefore overrule our court's previous decision. I am not persuaded by either branch of RBC's submission.

(a) The *per incuriam* exception to *stare decisis* does not apply

38 Strictly applied, the principle of *stare decisis* -- "stand by things decided" -- means we ought to follow *Citi Cards* even if we disagree with it. *Per incuriam* is a well-recognized exception to *stare decisis*. Literally, *per incuriam* means "through lack of care"; in law, it means a decision made without regard to a statutory provision or earlier binding authority.

39 Under the *per incuriam* exception, the court may depart from one of its previous decisions if two conditions are met:

* The panel deciding the earlier case did not advert to judicial or statutory

authority binding on it; and

* If the panel had considered this authority, it would have decided the case differently.

See *David Polowin Real Estate Ltd v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 107-11, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 390.

40 The reasons in *Citi Cards* do not refer to cl. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA*. That does not automatically mean the panel failed to consider the clause. But even assuming that the first condition for applying the *per incuriam* exception has been met, the second condition has not. Clause 4.3.6 would not have changed the result in *Citi Cards* because it does not permit a mortgagee to disclose a discharge statement to a judgment creditor of the mortgagor. The mortgagee does not have the mortgagor's implied consent to do so.

(b) Scotiabank does not have the Trangs' implied consent to disclose a mortgage discharge statement to RBC

41 RBC makes two arguments why we should find that the Trangs impliedly consented to disclose a mortgage discharge statement: the statement contains "less sensitive" information; and to refuse disclosure would frustrate, inconvenience and unnecessarily increase the cost of enforcing a lawfully obtained judgment.

42 *Amicus* responds by arguing that a mortgage discharge statement contains sensitive financial information for which express consent for disclosure is required, that implied consent to disclose is not within the reasonable expectations of the mortgagor, and that RBC had other means to obtain the statement.

(i) Implied consent

43 Under cl. 4.3.1 of Schedule 1, consent is required for the disclosure of personal information. The Trangs have not expressly consented to disclosure of a mortgage discharge statement to RBC. Clause 4.3.6 of Schedule 1, however, includes the notion of implied consent for the disclosure of personal information. For convenience, I reproduce the clause:

4.3.6 The way in which an organization seeks consent may vary, depending on the circumstances and the type of information collected. An organization should generally seek express consent when the information is likely to be considered sensitive. Implied consent would generally be appropriate when the information is less sensitive. Consent can also be given by an authorized representative (such as a legal guardian or a person having power of attorney).

44 To determine whether an individual impliedly consents to disclosure, two considerations are relevant: the sensitivity of the information in question; and the reasonable expectations of the individual. The first consideration is found in cl. 4.3.6 itself; the second consideration is found in cl. 4.3.5.¹⁰

(ii) Sensitivity of the information

45 *PIPEDA* does not define "sensitive" and "less sensitive" information, or the circumstances in which consent may be implied. Clause 4.3.6 of Schedule 1 does, however, establish a link between the sensitivity of the information and the appropriate form of consent.

46 Where information is likely sensitive, an organization should seek express consent. And under cl. 4.3.4 of Schedule 1, any information can be sensitive depending on the context:

4.3.4 The form of the consent sought by the organization may vary, depending upon the circumstances and the type of information. In determining the form of consent to use, organizations shall take into account the sensitivity of the information. Although some information (for example, medical records and income records) is almost always considered to be sensitive, any information can be sensitive, depending on the context...

47 Where information is less sensitive, consent may be implied. But even less sensitive information may, depending on the context, require express consent. The important point, however, is that the sensitivity of the information must be assessed in the overall context of the relationship between the organization and the individual -- here, between Scotiabank and the Trangs. In assessing that sensitivity, the relationship between the Trangs and RBC has no role to play. As Blair J.A. said in *Citi Cards*, at para. 23, "[t]he Act does not contemplate a balancing between the privacy rights of the individual and the interests of a third-party organization".

48 Nonetheless, RBC submits that the information in a mortgage discharge statement is less sensitive information. Therefore the Trangs can be taken to have impliedly consented to its disclosure. RBC contends that as the details of the mortgage at the beginning of the mortgagor/mortgagee relationship are publicly available, the details during the course of that relationship can hardly be considered sensitive information.

49 It is tempting to agree with RBC's submission and conclude that any mortgagor must be taken to have impliedly consented to the disclosure to a judgment creditor of the money owing on one of the mortgagor's assets. After all, as RBC points out, earlier disclosure is mandated by regulation. Disclosure at a later time would reflect the balance owing on the same asset; only the amount would differ. And not to imply consent would seem to serve no purpose other than to assist the Trangs, and mortgagors in their position, in avoiding payment of a lawfully obtained judgment against them.

50 This temptation, however, runs up against the very broad protection the Act affords to the

privacy of an individual's personal information. Undoubtedly, the amount the Trangs owe on their mortgage is, to them, personal information, even though it seems to be just a number.

51 Yet it is not just a number. The balance owing on a person's mortgage can be an important piece of private information that opens a window to many aspects of that person's financial profile. It indicates financial worth. It measures how a person deals with financial liabilities. It opens a portal to a person's financial stability or instability. In many contexts, the disclosure of this seemingly innocuous information to a third party without consent may affect a person's interests adversely. Even the timing of the disclosure could be sensitive.

52 And, how is Scotiabank to assess the sensitivity of the information so that it can say its customers, the Trangs, impliedly consented to disclosure to another bank? It is one thing for Scotiabank to invoke implied consent to advance its own needs. It is quite another for Scotiabank to invoke implied consent to advance the needs of a third party.

53 This temptation to find implied consent also runs up against the language and scheme of the Act. The language of the consent principle in the Schedule does not support RBC's position. For example, as is evident from cl. 4.3.4, income records of an individual are almost always considered sensitive information. A mortgage discharge statement is like an income record in the sense that it contains personal financial information of the mortgagor, often of a significant financial asset. And, as I have said, both express and implied consent under the Schedule focus on the relationship between the organization and the individual, not on a stranger to that relationship.

54 Thus I do not agree with RBC's submission. It seems to me that the information in a mortgage discharge statement is sensitive information for which the mortgagee would need the mortgagor's express consent to disclose to a third party, such as a judgment creditor. And, Scotiabank does not have the Trangs' express consent to do so.

55 A current mortgage balance is not publicly available information. Just because the legislature chose to make the details of a mortgage publicly available at the beginning of the mortgage relationship does not strip a mortgage balance during the course of a mortgage relationship of the sensitivity it would ordinarily have -- a sensitivity for which implying consent to disclosure would be inappropriate. As the Supreme Court said in the *Alberta (Information and Privacy Commissioner)* case: "The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy."

56 Moreover, the context in which disclosure is sought increases the sensitivity of the information. Disclosure is not sought by the "organization", in this case by the mortgagee, Scotiabank, but by a stranger to the mortgage relationship: RBC, a third party judgment creditor. In that context, information about the state of the Trangs' mortgage is sensitive information. In reality it is information about the debtors themselves and about their financial situation. To disclose that information to a judgment creditor without a court order requires their express consent.

(ii) Reasonable expectations of the individual

57 Clause 4.3.5 of Schedule 1 provides that "[i]n obtaining consent, the reasonable expectations of the individual are also relevant." Even if a current mortgage balance can be considered "less sensitive" information, disclosure of a discharge statement to a judgment creditor is not within the reasonable expectations of a mortgagor.

58 An individual's reasonable expectations must be assessed objectively. That objective assessment flows from s. 5(3) of the statute, which provides that an organization may "disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances." But, to repeat what Blair J.A. noted in *Citi Cards*, that assessment must focus on the relationship between the individual and the organization -- here between the Trangs and Scotiabank. The reasonable expectations of RBC, a stranger to that relationship, are irrelevant in deciding whether implying consent to disclosure is appropriate.

59 What then are the reasonable expectations of a mortgagor who gives a mortgage to a bank? I think the Trangs could reasonably expect two things from Scotiabank. First, they could expect the protection of their personal information afforded by the common law. And the common law has long recognized that a bank owes a duty to keep a customer's personal information confidential. A bank ought not to disclose that information without the customer's consent, unless required to do so by law, court order or some overriding public duty,¹¹ or unless the bank's own interests require disclosure. See M.H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Irwin Law, 2013), at pp. 324-38; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.).

60 Under this last exception, Scotiabank could collect, use and disclose personal information concerning the Trangs to administer and, if necessary, enforce its mortgage. In doing so, Scotiabank would be legitimately protecting its own interests.

61 Second, the Trangs could also reasonably expect that if Scotiabank were going to disclose their personal information for a purpose unrelated to the administration or enforcement of the mortgage, it would obtain the Trangs' consent. In other words, personal information legitimately collected for one purpose should not be disclosed for an entirely different purpose without the individual's consent. Indeed, cl. 4.2.4 of Schedule 1 to *PIPEDA* so provides:

4.2.4 When personal information that has been collected is to be used for a purpose not previously identified, the new purpose shall be identified prior to use. Unless the new purpose is required by law, the consent of the individual is required before information can be used for that purpose...

62 Thus I agree with Blair J.A.'s comment, at para. 23 of his reasons in *Citi Cards*: "This information is collected and used by the Banks for purposes of administering the mortgage; it is not collected or used for purposes of facilitating another judgment creditor's execution on its judgment."

63 In summary, both the sensitivity of the information and the Trangs' reasonable expectations supported Scotiabank's refusal to disclose the mortgage discharge statement to RBC without the Trangs' express consent.

(iv) Costs, inconvenience and other means to obtain the discharge statement

64 RBC had two ways to obtain the mortgage discharge statement from Scotiabank: by a term in its loan agreement with the Trangs or by a court-ordered examination under rule 60.18(6)(a) of the *Rules of Civil Procedure*. The first would have eliminated any costs or inconvenience to RBC; the second would impose some modest costs and inconvenience. I will discuss these two alternatives in more detail after addressing RBC's other grounds of appeal.

Third Issue: Does s. 3 of PIPEDA permit Scotiabank to provide a mortgage discharge statement to RBC?

65 RBC relies on s. 3 of the Act, which for convenience I reproduce here:

3. The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

66 RBC emphasizes the concluding words of s. 3 -- "for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances." And as I have said, those words also appear in s. 5(3) of the Act. RBC submits that "a reasonable person would believe it to be reasonable to order the disclosure of the balance owing on a mortgage when the alternative would be frustrating the enforcement of a judgment which has been lawfully obtained through court process."

67 Even if one were to accept the "reasonableness" of RBC's position, its submission on s. 3 or s. 5 cannot succeed. Neither is an independent basis for authorizing disclosure under *PIPEDA*. Section 3 emphasizes that the purposes for which an organization may collect, use or disclose information are those that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances. And s. 5(3) obligates an organization to collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

68 Indeed, by its wording, s. 5(3) applies in addition to the requirement of consent. But neither s. 3 nor s. 5(3) is an alternative to obtaining consent or an exception to the need for consent. An organization that collects, uses or discloses personal information for a purpose consistent with ss. 3 and 5(3) will nonetheless contravene *PIPEDA* if it fails to obtain the affected individual's consent, unless an exception to the requirement for consent applies.

69 I would not give effect to this ground of appeal.

Fourth Issue: Does s. 28 of the *Execution Act* authorize Scotiabank to provide a mortgage discharge statement to RBC?

70 In his initial reasons, the motion judge suggested that a judgment creditor is entitled, in law, to disclosure of a mortgage statement from a mortgagee because the judgment creditor needs the statement to exercise its right to sell the equity of redemption in the judgment debtor's real property -- a right expressly recognized under s. 28 of the *Execution Act*.

71 RBC has taken up the motion judge's suggestion. It submits, in substance, that a mortgagee is required by law to disclose a mortgage discharge statement, as without it the judgment creditor cannot assess the value of the equity of redemption, and the Sheriff will not sell the debtor's property.

72 Although RBC's submission seems to make practical sense, no provision of the *Execution Act* requires disclosure of a mortgage statement, and thus no provision of that Act satisfies the "required by law" exception in s. 7(3)(i) of *PIPEDA*. Accordingly I would not give effect to this ground of appeal.

Fifth Issue: Is *Citi Cards* distinguishable?

73 In *Citi Cards*, the motion judge held, and Blair J.A. agreed, that the judgment creditor had not exhausted its alternate remedies because it had not tried to examine the debtor's wife. In this appeal, RBC submits that it has exhausted its alternate remedies because it has twice tried to examine the Trangs, each time without success. It therefore submits that because it took reasonable steps to obtain the mortgage statement from the debtors, it should be entitled to that statement from Scotiabank.

74 The motion judge rejected this submission. In his view, that RBC had exhausted other means to obtain the statement did not add to its substantive argument that it was entitled to the statement under *PIPEDA*. Although I agree with the motion judge, as Blair J.A. noted in *Citi Cards*, and as I will discuss, where a judgment creditor has exhausted other means to obtain a mortgage statement, that will be a relevant consideration when a court decides whether to exercise its discretion to order the mortgagee to produce the statement on a motion under rule 60.18(6). Subject to this caveat, I would not give effect to this ground of appeal.

Means to obtain the mortgage discharge statement

75 RBC could have obtained the mortgage discharge statement in one of two ways: either by a term in its loan agreement with the Trangs or by a motion under rule 60.18(6)(a) of the *Rules of Civil Procedure*.

(a) **The loan agreement**

76 With foresight, RBC could have obtained the Trangs' consent to the disclosure of a mortgage discharge statement by a term in its loan agreement. For example, the term might have provided that if the Trangs defaulted on their loan and RBC obtained a judgment against them, then for the purpose of enforcing the judgment, the Trangs would agree that any mortgagee of their property could deliver a mortgage discharge statement to RBC. The Trangs' express consent to disclosure of the discharge statement in the loan agreement would be sufficient to meet the requirements of *PIPEDA* and for Scotiabank to deliver the discharge statement to RBC. However, RBC did not obtain the Trangs' consent in its loan agreement.

(b) **A motion under rule 60.18(6)(a)**

77 Although RBC did not obtain the Trangs' consent in its loan agreement, it can still seek to obtain the mortgage discharge statement by a motion under rule 60.18(6)(a) of the *Rules of Civil Procedure*. That rule states:

60.18 (6) Where any difficulty arises concerning the enforcement of an order, the court may,

- (a) make an order for the examination of any person who the court is satisfied may have knowledge of the matters set out in subrule (2).

Under rule 1.03(1), an order includes a judgment. To obtain an order under rule 60.18(6), the party seeking the order must show a "difficulty" in enforcing its judgment. What is a "difficulty" for the purpose of the rule? I think "difficulty" will have to be assessed case by case. But the refusal of the Sheriff to sell without a discharge statement is not a "difficulty" that entitles the execution creditor to go directly to rule 60.18(6) before at least attempting other means to obtain the information. In exercising their discretion under rule 60.18(6), courts should be reticent to require strangers to the litigation to appear on a motion.

78 Our court has already endorsed this approach in commenting on Rule 591, the predecessor to rule 60.18(6). In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Sutton* (1981), 34 O.R. (2d) 482, at p. 484, Lacourcière J.A. wrote:

Caution, however, should be exercised by a judge before whom an application is made so that persons who are strangers to the litigation are not unduly harassed by examinations. The relatives of a judgment debtor or a stranger should not be ordered to be examined unless the judgment creditor has exhausted all means available before resorting to an application of this kind. However, the wording of the Rule leaves it to the discretion of the court to make an order where a difficulty arises in the execution or enforcement of a judgment.

79 Here, RBC can show "difficulty" in enforcing its judgment, both because the Trangs failed to appear for two judgment debtor examinations and because Scotiabank will not produce a discharge statement. Therefore, RBC can resort to a rule 60.18(6)(a) motion. It can seek an order to examine a representative of Scotiabank.

80 Moreover, under rules 34.10(2)(b) and (3), Scotiabank would be required to bring to the examination and produce a discharge statement:

34.10 (2) The person to be examined shall bring to the examination and produce for inspection,

...

(b) on any examination, including an examination for discovery, all documents and things in his or her possession, control or power that are not privileged and that the notice of examination or summons to witness requires the person to bring.

(3) Unless the court orders otherwise, the notice of examination or summons to witness may require the person to be examined to bring to the examination and produce for inspection,

(a) all documents and things relevant to any matter in issue in the proceeding that are in his or her possession, control or power and are not privileged; or

(b) such documents or things described in clause (a) as are specified in the notice or summons.

81 An order made under rules 60.18(6)(a) and 34.10 is an order that would permit Scotiabank to disclose the mortgage discharge statement to RBC without the Trangs' consent. It would satisfy the exemption in s. 7(3)(c) of *PIPEDA*.¹² The motion that RBC twice brought to compel Scotiabank to produce a discharge statement would not satisfy that exemption.

82 Section 7(3)(c) of *PIPEDA* authorizes an organization (Scotiabank) to disclose personal information (a mortgage discharge statement) without the individual's (Trangs') knowledge and consent if disclosure is required to comply with a court order or the rules of court relating to the production of records. By its wording, s. 7(3)(c) does not itself authorize disclosure. Instead, it authorizes disclosure without consent if the order for disclosure is based on an authority or rule separate from *PIPEDA*. This distinction is important because it gives effect to *PIPEDA*'s objective: to protect an individual's right of privacy and to permit only narrow exceptions to that right.

83 This important distinction is evident in this case. RBC did not obtain an order on a motion under rule 60.18(6)(a). Instead, it simply brought a motion -- not once, but twice -- to require Scotiabank to produce the discharge statement. It could succeed on that motion only if the exemption in s. 7(3)(c) authorized disclosure. But it does not. It is, as Blair J.A. wrote in *Citi Cards*, at para. 25, "circular" to say Scotiabank is required to disclose a discharge statement "because disclosure is required by an order not yet made."¹³

84 In contrast, an order made on a motion under rules 60.18(6)(a) and 34.10 is a court order made on the basis of a separate authority or "rules of court" -- our *Rules of Civil Procedure*. An order under these rules does not engage "circular" reasoning.¹⁴ It is grounded in specific procedural rules, which satisfy the exemption in s. 7(3)(c) of *PIPEDA*. On a successful motion under rules 60.18(6)(a) and 34.10, Scotiabank would be required, in the words of the exemption, "to comply with ... an order made by a court ... to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records".

85 My colleague suggests that "[i]t would fly in the face of increasing concerns about access to justice in Canada to dismiss this appeal and require RBC to bring yet another motion." Respectfully, I do not agree that RBC's access to justice has been imperilled. *PIPEDA* is a privacy statute. By passing it, Parliament has recognized the high value Canadians place on the privacy of their personal information. Exceptions, which allow our personal information to be disclosed without our knowledge or consent, are carefully and narrowly tailored. A party seeking disclosure without consent must satisfy the court that one of the narrow exceptions applies.

86 RBC, which is hardly an unsophisticated lender, had a procedural route available to come within the exception in s. 7(3)(c) and obtain the discharge statement. In *Citi Cards*, Blair J.A. identified that procedural route as a motion under rule 60.18(6)(a). Instead, however, RBC twice sought to short-circuit this route by bringing a motion *Citi Cards* had already said would not satisfy the exception. And when RBC finally sought to examine Scotiabank, it did not bring a rule 60.18(6)(a) motion to obtain a court order, which is a prerequisite to coming within the exception. Instead, it asked only that a representative of Scotiabank appear for an examination voluntarily. Although a Scotiabank representative did so, she properly indicated that *PIPEDA* prevented her from disclosing the discharge statement without a court order or the Trangs' consent.

87 A motion under rule 60.18(6)(a) undoubtedly would increase RBC's cost and inconvenience in enforcing its judgment. Because RBC failed to obtain the Trangs' express consent, that cost and inconvenience seem to be a small price to pay for protecting the Trangs' privacy rights.

88 As important, under rule 60.18(6)(a), the court has discretion whether to make the order requested. Because of this discretion, the court can act as a gatekeeper for the disclosure of personal information. That it has this role is entirely appropriate because it is in the best position to balance the interests of the various affected parties and determine whether disclosure is justified.

89 In exercising its discretion, the court may, for example, take into account whether, as between

the execution creditor and the judgment debtor, the information is sensitive, and whether the judgment creditor has exhausted other means to enforce its judgment. Here, that RBC has twice sought without success to examine the Trangs would be a relevant consideration. In other cases -- and *Citi Cards* is an example -- the court may be concerned to protect the interests of a spouse or co-mortgagor who is not a debtor.

F. CONCLUSION

90 RBC may still bring a motion for an order to examine a representative of Scotiabank under rule 60.18(6)(a). On the record before us, however, I would dismiss RBC's appeal. As *amicus* does not seek costs, I would make no order for costs.

J.I. LASKIN J.A.

E.A. CRONK J.A.:-- I agree.

R.A. BLAIR J.A.:-- I agree.

A. HOY A.C.J.O. (dissenting):--

A. OVERVIEW

91 I agree with Laskin J.A. that a mortgage discharge statement (a "Statement") constitutes "personal information" of the Trangs. I also agree that neither s. 3 nor s. 5(3) of *PIPEDA* is an alternative to obtaining consent to disclosure of personal information or an exception to the need for consent. Finally, I agree that s. 28 of the *Execution Act* does not satisfy the "required by law" exception in s. 7(3)(i) of *PIPEDA*. However, I would allow this appeal, and would order Scotiabank to produce the Statement to RBC. In my view, there are two bases for doing so.

92 First, an order requiring a mortgagee to disclose a Statement to a creditor need not have been sought under rule 60.18(6)(a) to constitute "an order made by a court" within the meaning of s. 7(3)(c) of *PIPEDA*. Respectfully, *Citi Cards* is wrong to the extent that it holds otherwise. Unlike my colleague, I do not believe a further motion by RBC is required before disclosure can be ordered. It is clear from the motion judge's thorough and careful reasons that he would have ordered disclosure had he thought he could, and, in my view, it would have been appropriate to do so. (Indeed, it is also clear that my colleague would order disclosure of the Statement if RBC had simply labelled its motion as one under rule 60.18(6)(a).) I would accordingly order disclosure of the Statement.

93 Second, a court order is unnecessary in any event because the Trangs' consent to the disclosure of the Statement can be implied. The Statement constitutes "less sensitive" information for the purposes of s. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA*, and disclosure accords with the reasonable expectations of an individual in the Trangs' position. Had this court in *Citi Cards* considered s. 4.3.6, it would have -- or at least should have -- come to a different result.

94 Below, I elaborate on these two bases. I then comment on my colleague's view (expressed at para. 76 of his reasons) that with foresight RBC could have obtained disclosure of the Statement by a term in its loan agreement. Finally, I explain why this court should overrule *Citi Cards*. My colleague's reasons set out in detail the facts and chronology giving rise to this litigation. I will not repeat them.

B. "AN ORDER MADE BY A COURT" WITHIN THE MEANING OF SECTION 7(3)(C) OF PIPEDA

95 I differ from my colleague in relation to the "order made by a court" requirement in two respects.

96 First, as I indicate above, I would not require RBC to bring another motion in order to obtain disclosure of the Statement. Whether RBC purported to move under rule 60.18(6)(a) or simply asked the court for an order requiring the mortgagee to disclose the Statement is immaterial. In either case, the relief sought is substantively identical. Requiring a further motion would not be just, and it certainly would not be expeditious. It would cause RBC to incur further expenses that are unwarranted and disproportionate to the amount at issue.

97 Second, I would take a less cautious approach to when a motion judge can reasonably order an examination of a mortgagee under rule 60.18(6)(a).

98 I deal with this second point of difference first.

Creditors like RBC should not be required to overcome unnecessary hurdles before resorting to rule 60.18(6)(a) to obtain a Statement

99 At para. 77 of his reasons, my colleague refers to rule 60.18(6)(a):

60.18(6) Where any difficulty arises concerning the enforcement of an order, the court may

- (a) make an order for the examination of any person who the court is satisfied may have knowledge of the matters set out in subrule (2).

He then writes:

Under rule 1.03(1), an order includes a judgment. To obtain an order under rule 60.18(6), the party seeking the order must show a "difficulty" in enforcing its judgment. What is a "difficulty" for the purpose of the rule? I think "difficulty" will have to be assessed case by case. But the refusal of the Sheriff to sell without a discharge statement is not a "difficulty" that entitles the execution creditor to go directly to rule 60.18(6) before at least attempting other means to obtain the

information. In exercising their discretion under rule 60.18(6), courts should be reticent to require strangers to the litigation to appear on a motion.

100 In response to the question of what constitutes a "difficulty" for the purpose of rule 60.18(6), I would say this. Where an execution creditor seeks a Statement from a mortgagee, the prerequisites to a rule 60.18(6)(a) examination order should be simple and expeditious. In my view, it could be reasonable for a motion judge to order an examination of the mortgagee under rule 60.18(6)(a) if the debtor failed to attend a single judgment debtor examination, or simply did not respond to a written request that he or she sign a form consenting to the provision of a Statement to the creditor.

101 In some cases, a judgment creditor may wish to examine the debtor. However, in other cases the creditor's only objective may be to obtain a Statement. If the debtor does not respond to a written request that he or she sign a form consenting to the provision of a Statement to the creditor, it should not be necessary for the creditor to seek to examine the judgment debtor and any co-mortgagor before bringing a motion for an order requiring the mortgagee to disclose the Statement -- provided, of course, that the execution creditor serves the judgment debtor and any co-mortgagor with the motion. And it certainly should not be necessary to wait until the judgment debtors have failed to attend at two scheduled judgment debtor examinations, and an order to compel the debtor's attendance has been obtained. Requiring multiple motions results in unwarranted delay and expense and does not foster access to justice. Further, simply being in a position to tell a debtor that a motion (with potential cost consequences) may be brought to secure the Statement may be sufficient to encourage the debtor's cooperation in obtaining the Statement.

102 My colleague says that courts should be reticent to require a stranger to the litigation to appear on a motion under rule 60.18(6)(a). For this principle, he cites p. 484 of *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Sutton* (1981), 34 O.R. (2d) 482:

Caution, however, should be exercised by a judge before whom an application is made so that persons who are strangers to the litigation are not unduly harassed by examinations. The relatives of a judgment debtor or a stranger should not be ordered to be examined unless the judgment creditor has exhausted all means available before resorting to an application of this kind. However, the wording of the Rule leaves it to the discretion of the Court to make an order where a difficulty arises in the execution or enforcement of a judgment.

103 In *Sutton*, the "stranger" was the defendant's sister, and the court upheld an order that she be examined.

104 In my view, where an examination of a mortgagee is sought to obtain a Statement, a mortgagee is not a "stranger to the litigation" in the sense contemplated by *Sutton*. Only the mortgagee can produce the Statement, whether with the debtor's consent, or pursuant to court order. As the motion judge observed at para. 31 of *Royal Bank of Canada v. Trang*, 2012 ONSC 3272, 20 R.P.R. (5th) 79 (his "First Judgment"), the state of account between a mortgagor and a mortgagee

does not simply govern the rights between those parties. As he wrote, "It also defines the value of the equity of redemption, and will affect priorities as among mortgagees and creditors." Section 28 of the *Execution Act* gives RBC the right to sell the Trangs' equity of redemption. That right cannot be exercised without knowing what the equity is worth.

105 Further, a court order that a mortgagee produce a Statement would in my view not "unduly harass" the mortgagee -- the concern expressed in *Sutton*. As I note above, only mortgagees can produce Statements, and the production of Statements by mortgagees is commonplace.

106 I am accordingly of the view that where an examination of a mortgagee is sought under rule 60.18(6)(a) in order to obtain a Statement, less caution need be exercised by a motion judge than in the case of examinations of other persons, for other purposes. In a proper case, a motion judge should be able to order the mortgagee to produce the Statement, without the creditor having brought any prior motions, and without having to wait until the judgment debtors have failed to attend at one or more judgment debtor examinations.

In this case, it is immaterial whether the motion is brought under rule 60.18(6)(a) or otherwise

107 This takes me to my second, and more significant, point of difference. Given the fact that the effect of a motion under rule 60.18(6)(a) -- when combined with rule 34.10(2) -- is that the mortgagee is required to produce the Statement, it should not matter whether the execution creditor purports to move under rule 60.18(6)(a), or simply asks for an order requiring the mortgagee to disclose the Statement. RBC sought the same relief in this case as my colleague agrees would result from a motion brought and granted under rule 60.18(6)(a): disclosure of the Statement.

108 The following oft-cited passage at para. 25 of *Citi Cards* emphasizes the purported circularity of relying on an "order not yet made":

The "order" requiring compliance, upon which Citi Cards relies, is the order sought on this application. It is circular to argue that the Banks are required to disclose the mortgage statements because disclosure is required by an order not yet made. Even a liberal interpretation of the legislation cannot lead to such a pliant result.

109 Yet when a motion is brought for an order under rule 60.18(6)(a) that, if granted, will result in the disclosure of a Statement, an order has "not yet [been] made" at the time the motion is brought. In that respect, it is no different than a motion for disclosure brought on any other basis. The following comment by the motion judge in this case, at para. 22 of his First Judgment, is apt: "[I]f the substantive provisions of *PIPEDA* prohibit the disclosure of the information it is difficult to see how the procedural provisions of rule 60.18(6)(a) can permit them to be overridden. This would seem to have the same degree of circularity referred to by Blair J.A. at paras. 25 and 33 of *Citi Cards*."¹⁵

110 Respectfully, any distinction between a motion brought under rule 60.18(6)(a) with the objective of obtaining a Statement and any other motion brought, in accordance with the *Rules of Civil Procedure*, for the same purpose is artificial. In both cases, an execution creditor is asking a court to exercise its discretion to determine if an order to disclose a Statement is justified. The only difference is the label attached to the motion.

111 While motions with the objective of obtaining a Statement for the sole purpose of satisfying the requirement that there be "an order made by a court" within the meaning of s. 7(3)(c) of *PIPEDA* would usually be brought under rule 60.18(6), the failure to advert to or move under such rule should not in and of itself disentitle the moving party to relief. I note that in *Citi Cards*, the motion judge proceeded on the basis that the motion had been brought under rule 60.18(6)(a), even though it was not clear that it had been.

112 In this case, had the motion judge thought he could order disclosure of the Statement, it is clear from his reasons that he would have done so. It is also clear that it would have been appropriate to do so. The facts in this case are different from the facts in *Citi Cards*. In *Citi Cards*, the execution creditor obtained a judgment against the husband alone. The house was jointly owned by the husband and wife. The husband could not be located, and the execution creditor made no attempt to add the wife as a party or examine her as a non-party under rule 60.18(6)(a) before seeking disclosure from the mortgagor. Here, the Trangs are both judgment debtors. All affected parties were aware of the relief sought. RBC twice served them with Notices of Examination. It obtained an order requiring them to attend and to produce all relevant documents that the Trangs did not comply with.

113 It would fly in the face of increasing concerns about access to justice in Canada to dismiss this appeal and require RBC to bring yet another motion. A legal system which is unnecessarily complex and rule-focused is antithetical to access to justice. RBC has brought two motions and made two trips to this court over a several year period -- simply to discern how much remains outstanding on the Trangs' mortgage to enforce a valid judgment. The principal amount of this judgment is only \$26,122.76.

114 My colleague would require RBC to bring yet another motion. I cannot agree. Form should not triumph over substance. Many creditors are not as sophisticated as RBC, and can ill-afford the expense of being in and out of court to enforce a valid judgment for a relatively modest amount. Further, as I explain below in my discussion of the second basis on which I would allow this appeal, Scotiabank was (and is) entitled to provide a Statement to RBC without the necessity of an order.

115 I now turn to that second basis.

C. THE OUTSTANDING BALANCE ON THE MORTGAGE IS "LESS SENSITIVE" INFORMATION AND THE TRANGS' CONSENT TO DISCLOSURE OF THE STATEMENT TO RBC IS IMPLIED

116 As my colleague explains, s. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA* includes the notion of implied consent for the disclosure of "less sensitive" information. He concludes that a Statement is not "less sensitive" personal information and, even if it were, its disclosure to a judgment creditor is not within the reasonable expectations of a mortgagor. Therefore, the Trangs cannot have impliedly consented to its disclosure.

117 I disagree. In my view the Statement constitutes "less sensitive" information, and the Trangs' consent to its disclosure can be implied. Therefore, s. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA* permits Scotiabank to provide this information to RBC without the necessity of a court order. Had the court in *Citi Cards* considered s. 4.3.6 it would have -- or at least in my view should have -- come to a different result.

The Statement constitutes "less sensitive" information

118 The fact that all the details of the Trangs' mortgage -- the principal amount, the rate of interest, the payment periods and the due date -- were made publicly available when the mortgage was registered makes the current balance outstanding on that mortgage "less sensitive" personal information. Indeed, absent pre-payments or defaults under the mortgage, a third party could calculate the current balance outstanding on the mortgage from the details that were made publicly available when the mortgage was registered. The current mortgage balance is generally no more sensitive than the amount of the mortgage publically disclosed at the time that the mortgage was registered.

119 As the motion judge points out in his First Judgment at paras. 5 and 12, as a practical matter, this issue only arises where the mortgage that enjoys priority is in good standing. If the mortgage is in significant arrears, there is a strong likelihood that the mortgagee will have initiated its own enforcement proceedings, that subsequent encumbrancers -- including execution creditors -- will have been duly served or notified, and that the details of the state of the mortgage will have been revealed.

120 And as the motion judge noted at para. 28 of his First Judgment, the provision of Statements "was formerly a commonplace, and, in the case of mortgagees who are not under federal legislation, it remains so. It seems odd that Parliament would have intended to protect a debtor who is subject to a final judgment of the Court in this way, and prevent the judgment creditor from realizing on the judgment that the Court has awarded."

121 Even if the outstanding balance on the Trangs' mortgage were "sensitive" personal information, it became "less sensitive" information when RBC became a "creditor" of the Trangs, within the meaning of Rule 60.18(1) of the *Rules of Civil Procedure*,¹⁶ and first scheduled an examination in aid of execution pursuant to rule 60.18(2).¹⁷ Just as Scotiabank would be required to bring the Statement to an examination under rule 60.18(6)(a) and produce it to RBC, under rules 34.10(2)(b) and (3),¹⁸ the Trangs were *required* to bring the Statement to their rule 60.18(2) examination and to produce it to RBC.

The Trangs' consent to disclosure to RBC of the outstanding balance on their mortgage can be implied

122 I agree with my colleague that to determine whether, for the purposes of *PIPEDA*, an individual impliedly consents to disclosure both the sensitivity of the information in question and the reasonable expectations of the individual are relevant. In determining the reasonable expectations of an individual, s. 3 of *PIPEDA* invites us to analyze whether the information is to be disclosed "for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances".

123 As I explain above, the statement of account between a mortgagor and mortgagee affects the rights of other creditors. In my view, a reasonable mortgagor would consider it appropriate that his or her mortgagee be entitled to provide a Statement to affected third parties. The mortgagor in these cases has engaged in a transaction knowing that detailed information about the transaction is publicly available. The mortgagor knows that information about the transaction is highly relevant to the legal rights of creditors should the mortgagor fail to pay his or her debts. It would be unreasonable for the mortgagor to think that any privacy rights he or she might enjoy in the information as to the current state of the mortgage could stand in the way of creditors enforcing their legal rights. That is particularly so because, as I indicate above, if the mortgage is in arrears (presumably making the information more sensitive), it will almost certainly be revealed in the mortgagee's enforcement proceedings.¹⁹

124 And even if that were not the case, a reasonable mortgagor would certainly consider it appropriate that his or her mortgagee provide a Statement to his or her "creditor", within the meaning of rule 60.18(1), once that creditor scheduled an examination of the mortgagor in aid of execution under rule 60.18(2). As I also explain above, the mortgagor is required to produce the Statement at his or her examination in aid of execution. By providing the Statement, the mortgagee would simply facilitate the fulfillment of the mortgagor's obligations at the examination in aid of execution. To conclude otherwise would accept that a *reasonable* mortgagor in a society governed by the rule of law intends to frustrate his or her creditors and to flout his or her obligations under the *Rules of Civil Procedure*. An unreasonable mortgagor might do so. A reasonable one would not.

125 I am mindful of s. 4.3.8 of Schedule 1 to *PIPEDA* in concluding that the Trangs can be taken to have impliedly consented to the production of a Statement by Scotiabank to RBC. That section provides: "An individual may withdraw consent at any time, subject to legal or contractual restrictions *and reasonable notice*" [emphasis added]. In my view, the Trangs did not withdraw their consent to the production of a Statement to execution creditors such as RBC by failing to attend at two scheduled judgment debtor examinations. They have not given notice to Scotiabank, as required by s. 4.3.8 of Schedule 1 to *PIPEDA*.

126 Therefore, the Trangs' consent to the provision by Scotiabank of a Statement to RBC can be implied, and Scotiabank was permitted to provide the Statement to RBC without a court order.

D. THE NOTION THAT RBC COULD HAVE OBTAINED THE TRANGS'

EXPRESS CONSENT

127 My colleague posits that, with foresight, RBC could have obtained the Trangs' express consent to the disclosure of the Statement by a term in its loan agreement. That may be so. However, creditors are not always sophisticated financial institutions with in-house counsel and comprehensive, standard loan documentation. Creditors may be family members, neighbours, or small businesses who have lent relatively small amounts without the benefit of legal advice or legal documentation. My colleague's suggestion may therefore not be implemented by many creditors.

E. *CITI Cards* Should be overruled

128 Because I would overrule *Citi Cards*, it is not necessary for me to consider whether it is open to this court to depart from *Citi Cards* on the basis of the *per incuriam* doctrine.

129 There are, in my view, several factors favouring overruling *Citi Cards*.

130 First, the result in *Citi Cards* has been the subject of unfavourable comments in this jurisdiction: see *EnerWorks Inc. v. Glenbarra Energy Solutions Inc.*, 2012 ONSC 748, 39 C.P.C. (7th) 190 where, in reference to *Citi Cards*, Master Short wrote, at para. 7, "[h]owever, what often does required something approaching rocket science is recovering the amount of a judgment once it has been awarded." The motion judge in this case also struggled with the effect of, and reasoning in, *Citi Cards*. And the reasoning in *Citi Cards* has been questioned in another jurisdiction: see *Toronto Dominion Bank v. Sawchuk*, 2011 ABQB 757, 86 C.B.R. (5th) 1.²⁰ This was identified as a relevant consideration in *Polowin*, at para. 131.

131 Second, the value of certainty fostered by adherence to precedent has little application in this case: see *Polowin* at para. 139, quoting Justice Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1960) at p. 151: "There should be greater readiness to abandon an untenable position when the rule to be discarded may not reasonably be supposed to have determined the conduct of litigants." It is difficult to see how any party could have relied on *Citi Cards* in planning its affairs. Indeed, by allowing creditors to have ready access to the information they need to enforce their claims, this court would fulfil, rather than disappoint or frustrate, the reasonable expectations of both borrowers and lenders.

132 Third, *Citi Cards* is of relatively recent vintage: see *Polowin* at para. 140: "Better then to correct an error early than to let it settle in."

133 Fourth, the manner in which the case was argued in *Citi Cards* is a relevant consideration in assessing whether the decision should be overruled: see *Polowin* at para. 141. It is apparent that the argument made before the court in this case, based on the concept of implied consent enshrined in s. 4.3.6 of Schedule 1 to *PIPEDA*, was not made in *Citi Cards*. Here, all relevant provisions of *PIPEDA* were presented to the court. And the specific issue of implied consent -- the issue upon which the second basis on which I would allow this appeal is based -- was not before the court in

Citi Cards.

134 Fifth, as I have already explained in my analysis of the first basis on which I would allow this appeal, and as the circumstances of this case reveal, the roadblock erected by *Citi Cards* is a source of considerable cost, inconvenience and unnecessary litigation. The appellant, trying to enforce a modest claim of under \$30,000, has been forced to bring multiple motions and is now before this court for the second time. Overruling *Citi Cards* removes the need for a further court attendance in this case and the need for a court order in similar circumstances. This equates to the elimination of a non-trivial barrier to justice, particularly for creditors trying to enforce relatively modest claims.

135 In my respectful view, *Citi Cards* was wrongly decided and it should be overruled.

F. DISPOSITION

136 For the foregoing reasons, I would allow the appeal and order Scotiabank to produce the Statement to RBC.

A. HOY A.C.J.O.

R.J. SHARPE J.A.:-- I agree.

1 S.C. 2000, c. 5.

2 R.S.O. 1990, c. E.24.

3 The motion judge gave brief reasons. But he gave more extensive reasons in his June 6, 2012, decision.

4 2009 ONCA 48, 93 O.R. (3d) 403, at para. 22, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] S.C.C.A. No. 111.

5 These principles reproduce the Model Code for Protection of Personal Information, previously adopted by the Canadian Standards Association.

6 The two mortgagees were The Toronto-Dominion Bank and The Canada Trust Company. Although the latter was not technically a bank, for simplicity I refer to both financial institutions as "banks".

7 We were not provided with the typical mortgage discharge statement. I assume that the

statement at least would show the principal balance outstanding, the rate of interest and whether the mortgage was in good standing.

8 R.S.O. 1990, c. L.4.

9 S.O.R./2001-7.

10 See para. 19 of these reasons.

11 For example, to prevent a fraud or other crime.

12 See para. 16 of these reasons.

13 Blair J.A.'s interpretation has been followed in several cases: *Mountain Province Diamonds Inc. v. DeBeers Canada Inc.*, 2014 ONSC 2026, 25 B.L.R. (5th) 141, at para. 61; *Douglas v. Loch Lomond Ski Area*, 2010 ONSC 6483, at para. 18; and *Aecon Industrial Western v. International Brotherhood of Boilermakers, Iron Ship Builders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, Local Lodge No. 146*, 2013 ABQB 122, 558 A.R. 108, at para. 11.

14 Perrel J. made the same point in *Mountain Province Diamonds*, at para. 64: "I read s. 7(3)(c) of *PIPEDA* as requiring a court order for disclosure [pursuant to some jurisdiction found outside of *PIPEDA*] to be made first and it would then not be circular reasoning for that order to trigger the exception under *PIPEDA*".

15 Para. 33 of Blair J.A.'s reasons addresses the exception to the requirement of consent to disclosure in s. 7(3)(i) of *PIPEDA*, namely where the disclosure is "required by law": The appellant suggests, again, that because rule 60.18(6)(a) permits the court to make an order in aid of execution for the examination of a person other than a debtor "who the court is satisfied may have knowledge of the [debtor's debts]", the application judge had a lawful basis and the authority to order the Banks to provide the mortgage statement and, therefore, that they should be "required by law" to do so. But it does not follow that because the Banks might be ordered to disclose, they are presently "required by law" to do so. This argument, again, has the tinge of circularity to it that was rejected in another context above.

16 RBC has obtained a judgment against the Trangs and has filed a writ of seizure and sale with the Sheriff in Toronto. It is a "creditor" and each of the Trangs is a "debtor", as those terms are defined in Rule 60.18(1):

- (1) Definitions -- In subrules (2) to (6),
 - a. "creditor" includes a person entitled to obtain or enforce a writ of possession, delivery or sequestration;

- b. "debtor" includes a person against whom a writ of possession, delivery or sequestration may be or has been issued.

17 That rule provides:

(2) Examination of debtor -- A creditor may examine the debtor in relation to,

...

- (b) the debtor's income and property;
- (c) the debts owed to and by the debtor;

...

- (e) the debtor's present, past and future means to satisfy the order;

The Notices of Examination specifically required the Trangs to bring with them and produce at their examination "all documents relating to [their] assets".

18 Rules 34.10(2)(b) and (3) provide:

34.10(2) The person to be examined shall bring to the examination and produce for inspection,

(b) on any examination, including an examination for discovery, all documents and things in his or her possession, control or power that are not privileged and that the notice of examination or summons to witness requires the person to bring.

- (2) Unless the court orders otherwise, the notice of examination or

summons to witness may require the person to be examined to bring to the examination and produce for inspection

- (a) all documents and things relevant to any matter in issue in the proceeding that are in his or her possession, control or power and are not privileged; or
- (b) such documents or things described in clause (a) as are specified in the notice or summons.

19 See *Aecon Industrial Western*, referred to by my colleague at note 13 of his reasons. In that case, Master Schlosser observed that an individual has less of an expectation of privacy in a Statement than in the information about a union member that he ordered to be disclosed. He wrote, at para. 9: "It might also be said that in a foreclosure context, the amount of outstanding indebtedness is not information collected *from* an individual in the same sense that the information is collected here. In other words, the individual is not providing the bank, in a foreclosure context, with information that an individual would ordinarily (and otherwise) could expect to keep private. It is the bank's own record of the state of affairs between it and the debtor."

20 None of the cases cited by my colleague at notes 13 and 14 of his reasons involve the disclosure of a Statement to an execution creditor. Further, as I explain below, in *Aecon Industrial Western* the Court expressed concern about the position of Ontario execution creditors under *Citi Cards*; and *Douglas v. Loch Lomond Ski Area* predates *Citi Cards* and considers an application for disclosure under PIPEDA on its merits.

In *Mountain Province Diamonds Inc.*, Perell J. concluded, based on *Citi Cards*, that he did not have jurisdiction to order the disclosure of payroll records of one joint venturer to the other because "a disclosure order has not yet been made pursuant to some jurisdiction found outside of *PIPEDA*": para. 65. *Mountain Province Diamonds Inc.* did not concern the disclosure of a Statement.

In *Aecon Industrial Western*, Master Schlosser concluded that the Alberta *Personal Information Protection Act*, R.S.A. 2003, c. P-6.5 permitted him to order a union to disclose employment information about a union member to an execution creditor. In a footnote to that decision, Master Schlosser commented: "Execution creditors in Ontario may be in a corner unless *Citi Cards* is revisited or *PIPEDA* is amended."

Douglas v. Loch Lomond Ski Area pre-dates *Citi Cards*. In *Douglas*, an individual injured at a ski club brought a Norwich application seeking photos of all female ski club members between the ages of 12 and 20 years of age to help him try to determine the identity of the female snowboarder who had crashed into him on the ski hill. The motion judge concluded that such an order was not appropriate. He characterized the disclosure sought as "an overt fishing expedition" -- he was not persuaded that providing the requested disclosure would result in the identification of the tortfeasor. The applicant's interests therefore did not outweigh the privacy interests of the female members. The motion judge did not decline to order disclosure because a disclosure order had not yet been made pursuant to some jurisdiction outside of *PIPEDA*.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Canadian Newspapers Company Limited
Respondent

and

**The Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

and

**Women's Legal Education and Action Fund,
Ontario Coalition of Rape Crisis Centres,
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,
Women's College Hospital Sexual Assault
Care Centre Team, Metropolitan Toronto
Special Committee on Child Abuse, Metro
Action Committee on Public Violence
Against Women and Children, Broadside
Communications, Ltd., and Women
HealthSharing, Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN NEWSPAPERS CO. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19298.

1988: March 2; 1988: September 1.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Lamer,
Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of the press — Mandatory ban on publication of identity
of a complainant in sexual case when request made
by complainant — Whether s. 442(3) of the Criminal
Code violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights
and Freedoms — If so, whether such violation justifi-
able under s. 1 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to
a public hearing — Mandatory ban on publication of
identity of a complainant in sexual case when request
made by complainant — Whether s. 442(3) of the
Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Chart-
er of Rights and Freedoms — If so, whether such
violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

* Estey J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Canadian Newspapers Company Limited
a Intimée

et

**Le procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques pour
les femmes, Ontario Coalition of Rape Crisis
Centres, Barbra Schlifer Commemorative
Clinic, Women's College Hospital Sexual
Assault Care Centre Team, Metropolitan
Toronto Special Committee on Child Abuse,
Metro Action Committee on Public Violence
Against Women and Children, Broadside
Communications, Ltd., et Women
HealthSharing, Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADIAN NEWSPAPERS CO. c. CANADA
e (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 19298.

1988: 2 mars; 1988: 1^{er} septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*,
McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

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

*g Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
de la presse — Interdiction impérative de publier
l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque
le plaignant en fait la demande — L'article 442(3) du
Code criminel viole-t-il l'art. 2b) de la Charte cana-
dienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative,
cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article
premier de la Charte?*

*h Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
une audience publique — Interdiction impérative de
publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle
lorsque le plaignant en fait la demande — L'article
442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la
Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'af-
firmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de
l'article premier de la Charte?*

* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

An accused was charged with sexual assault; contrary to s. 246.2(a) of the *Criminal Code*. The complainant, the accused's wife, applied for an order under s. 442(3) of the *Code* directing that her identity and any information that could disclose it should not be published in any newspaper or broadcast. Such an order is mandatory under that section when the applicant is the complainant. Respondent, appearing at the accused's trial, opposed the complainant's application on the basis that s. 442(3) violated the right of freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge made an interim order granting the complainant's application. The respondent then made a civil application for a declaration that s. 442(3) is unconstitutional. The trial judge upheld the validity of s. 442(3), dismissed the application and ordered a publication ban. He also rejected the accused's argument raised informally that s. 11(d) was violated. On appeal, the Court of Appeal held that s. 442(3) infringed s. 2(b) of the *Charter* and that the government had failed to demonstrate the need for a mandatory prohibition section, and as a result, severed from s. 442(3) the words "or if application is made by the complainant or prosecutor, shall". The Court held also that s. 442(3) did not violate the right to a fair and public hearing contained in s. 11(d) of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Section 442(3) of the *Code* infringes the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Freedom of the press is an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom.

The limit imposed by s. 442(3) on the freedom of the press is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 442(3) purports to foster complaints by victims of sexual assault by protecting them from the trauma of widespread publication resulting in embarrassment and humiliation. Encouraging victims to come forward and complain facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. The overall objective of the publication ban imposed by s. 442(3) is to favour the suppression of crime and to improve the administration of justice. This objective undoubtedly bears on a "pressing and substantial concern" and is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. The provision has a rational connection to the objective it is

L'accusé a été inculpé d'avoir commis une agression sexuelle contrairement à l'al. 246.2a) du *Code criminel*. En vertu du par. 442(3) du *Code*, la plaignante, la femme de l'accusé, a demandé une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision son identité ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. Aux termes dudit paragraphe, cette ordonnance est impérative lorsque c'est le plaignant qui la demande. L'intimée a comparu au procès de l'accusé où elle s'est opposée à la demande de la plaignante pour le motif que le par. 442(3) viole le droit à la liberté de la presse garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rendu une ordonnance provisoire faisant droit à la demande de la plaignante. L'intimée a alors présenté au civil une demande de jugement déclarant le par. 442(3) inconstitutionnel. Le juge du procès a conclu à la validité du par. 442(3), a rejeté la demande et a imposé une interdiction de publication. Il a en outre rejeté l'argument, avancé de façon informelle par l'accusé, voulant qu'il y ait eu violation de l'al. 11d). En appel, la Cour d'appel a conclu que le par. 442(3) violait l'al. 2b) de la *Charte* et que le gouvernement n'était pas parvenu à prouver la nécessité d'un article prévoyant une interdiction impérative; elle a en conséquence retranché du par. 442(3) les mots «ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit». La Cour a décidé également que le par. 442(3) ne portait pas atteinte au droit à un procès public et équitable énoncé à l'al. 11d) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 442(3) du *Code* porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La liberté de la presse est un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté.

La restriction qu'impose le par. 442(3) à la liberté de la presse est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 442(3) a pour but d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui en résulteraient si l'affaire recevait une grande publicité. En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en rend la poursuite et la condamnation plus faciles. L'objectif général visé par l'interdiction de publication prévue au par. 442(3) est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice. Cet objectif se rapporte certainement à une «préoccupation urgente et réelle» et revêt une importance suffisante pour qu'il supplante un droit constitu-

designed to serve and imposes only minimal limits on the media's rights. Section 442(3) applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the victim's identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. Therefore, it cannot be said that the effects of s. 442(3) are such an infringement on the media's rights that the legislative objective is outweighed by the abridgement of freedom of the press. A discretionary provision under which a judge would retain the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would not be effective in attaining Parliament's pressing goal, since it would deprive the complainants of the assurance that, upon request, their identity would not be disclosed, an important factor in their decision to report the crime.

Section 442(3) of the *Code* does not infringe the accused's right to a public hearing guaranteed by s. 11(d) of the *Charte*. The mandatory ban on publication does not prevent the public or the press from attending trial proceedings; it only restricts publication of facts disclosing the complainant's identity.

The question as regards the accused's right to a fair hearing should not be answered since it was not an issue properly raised before this Court.

Cases Cited

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.2 [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 442(3) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 44; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 25].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 49 O.R. (2d) 557, 7 O.A.C. 161, 16 D.L.R. (4th) 642, 17 C.C.C. (3d) 385, 44 C.R. (3d) 97, 14 C.R.R. 276, allowing in part

tionnel. La disposition en question a un lien rationnel avec l'objectif qu'elle vise et n'impose que des limites minimales aux droits des médias. Le paragraphe 442(3) ne s'applique qu'aux agressions sexuelles. Il restreint la publication de faits révélant l'identité de la victime. Loin de prévoir une interdiction générale, il se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande qu'une ordonnance soit rendue ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de rendre une ordonnance. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risquent de révéler l'identité du plaignant. On ne saurait donc pas prétendre que le par. 442(3) porte à tel point atteinte aux droits des médias que l'objectif législatif doit céder le pas devant cette restriction de la liberté de la presse. Une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication s'avérerait inefficace pour atteindre le but urgent visé par le législateur puisqu'elle priverait le plaignant de la certitude que, si demande en était faite, son identité ne serait pas divulguée, facteur important de signaler ou de ne pas signaler le crime.

Le paragraphe 442(3) du *Code* ne constitue pas une violation du droit de l'accusé à un procès public, droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. L'interdiction impérative de publication n'empêche ni le public ni la presse d'être présents au procès; elle a pour seul effet de limiter la publication de faits permettant de découvrir l'identité du plaignant.

La question concernant le droit de l'accusé à un procès équitable ne doit pas recevoir de réponse parce qu'elle n'a pas été dûment soulevée devant la Cour.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêt mentionné:** *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11d), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.2 [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 442(3) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 44; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 25].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 49 O.R. (2d) 557, 7 O.A.C. 161, 16 D.L.R. (4th) 642, 17 C.C.C. (3d) 385, 44 C.R. (3d) 97, 14 C.R.R. 276, qui a accueilli en

respondent's appeal from an order of Osborne J., dismissing respondent's civil application for a declaration that s. 442(3) of the *Criminal Code* is unconstitutional. Appeal allowed.

J. E. Thompson, for the appellant.

Sheila R. Block and *James C. Tory*, for the respondent.

David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *France Bonsaint*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Elizabeth J. Shilton Lennon and *Helena P. Orton*, for the interveners Women's Legal Education and Action Fund *et al.*

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

The Facts

A man was tried in Ontario for committing a sexual assault, contrary to s. 246.2(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. At the outset of the trial, the complainant, who was the accused's wife, applied through counsel for an order under s. 442(3) of the *Code*, directing that the identity of the complainant and any information that could disclose it not be published in any newspaper or broadcast. At the time, that is in October of 1983, s. 442(3) read as follows:

442. ...

(3) Where an accused is charged with an offence mentioned in section 246.4, the presiding judge, magistrate or justice may, or if application is made by the complainant or prosecutor, shall, make an order directing that the identity of the complainant and any information that could disclose the identity of the complainant shall not be published in any newspaper or broadcast.

Howland C.J.O., writing for the Court, has, in his reasons for judgment ((1985), 17 C.C.C. (3d) 385), set out with great clarity and precision the

partie l'appel interjeté par l'intimée contre une ordonnance du juge Osborne qui avait rejeté la demande civile de l'intimée visant à l'obtention d'un jugement déclarant inconstitutionnel le par. 442(3) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

J. E. Thompson, pour l'appelante.

Sheila R. Block et *James C. Tory*, pour l'intimée.

David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *France Bonsaint*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Elizabeth J. Shilton Lennon et *Helena P. Orton*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Un homme a été jugé en Ontario pour avoir commis une agression sexuelle, contrairement à l'al. 246.2a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Dès le début du procès, la plaignante, qui était la femme de l'accusé, a, par l'intermédiaire de son avocat, demandé en vertu du par. 442(3) du *Code* une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité de la plaignante ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. À l'époque en question, c'est-à-dire en octobre 1983, le par. 442(3) portait:

442. ...

(3) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée à l'article 246.4, le juge qui préside le procès, le magistrat ou le juge de paix peut, ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité du plaignant ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.

Le juge en chef Howland, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario ((1985), 17 C.C.C. (3d) 385), expose avec beau-

various proceedings and phases thereof that took place below. One of these proceedings has not been appealed to us, and some questions below have ceased to be in issue. I will accordingly refer only to that which needs be considered in order to dispose of the issues that are properly before us.

Respondent, appearing at the accused's trial, opposed the application on the basis that s. 442(3) violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 2(b) reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The trial judge adjourned the proceedings to a later date and, for reasons irrelevant to this appeal, eventually ordered a mistrial. At the time of the adjournment, he granted the application under s. 442(3) on an interim basis.

In the meantime, respondent made a civil application for a declaration that s. 442(3) is unconstitutional, returnable before the trial judge at the date the trial was to resume. Respondent also asked to be granted leave to intervene in the criminal proceedings. At trial, counsel for the accused adopted respondent's position and expanded its argument by emphasizing the accused's right to a fair and public hearing. The judge dismissed the civil application, refused leave to intervene in the criminal proceeding and ordered a publication ban.

I should say right now that at no time did the accused make an application under s. 24(1) of the *Charter* invoking a violation of his right to a fair and public hearing, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*; nor did he attack the validity of s. 442(3) claiming an unjustified restriction of his right to a fair and public trial. The accused merely raised the matter in argument when he was called upon to make submissions. As a result, at trial

coup de clarté et de précision les différentes procédures et leurs étapes devant les tribunaux d'instance inférieure. L'une de ces procédures ne fait pas l'objet d'un pourvoi devant nous et certaines questions soumises aux tribunaux d'instance inférieure ne sont plus en litige. Je m'en tiendrai donc aux points se rapportant aux questions qui ont été dûment soulevées en cette Cour.

L'intimée a comparu au procès de l'accusé où elle s'est opposée à la demande pour le motif que le par. 442(3) violait l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 2b) est ainsi rédigé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Le juge du procès a ajourné les procédures à une date ultérieure et, pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, il a fini par prononcer la nullité du procès. Au moment de l'ajournement, il a fait droit à titre provisoire à la demande fondée sur le par. 442(3).

Entre-temps, l'intimée a fait au civil une demande en jugement déclarant le par. 442(3) inconstitutionnel, demande qui devait être rapportée devant le juge du procès à la date de la reprise du procès. L'intimée a sollicité en outre l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles. Au procès, l'avocat de l'accusé a adopté la position de l'intimée et a élargi la portée de l'argument de celle-ci en soulignant le droit de l'accusé à un procès public et équitable. Le juge a rejeté la demande civile, a refusé d'accorder l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles et a imposé une interdiction de publication.

Je devrais préciser immédiatement qu'à aucun moment l'accusé n'a présenté une demande en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en alléguant la violation de son droit à un procès public et équitable, garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, pas plus qu'il n'a attaqué la validité du par. 442(3) en affirmant que celui-ci constituait une restriction injustifiée de ce droit. Il a simplement soulevé la question lorsqu'il a plaidé à l'audience. Par consé-

level, s. 11(d) was not formally invoked to challenge the constitutional validity of s. 442(3).

Respondent appealed the dismissal of the civil application and the refusal of leave to intervene in the criminal proceeding, and both appeals were heard together. Asked whether they wanted to be heard on the merits, counsel for the accused and for the complainant advised the Court of Appeal that they did not wish to make submissions in either of the appeals. The Attorney General for Ontario moved to have both appeals quashed. The Court quashed the appeal in the criminal proceeding and allowed the appeal in part in the civil proceeding. The Crown now comes to us in the civil proceeding, but not in the criminal proceeding.

The Judgments Below

In the Supreme Court of Ontario, Osborne J. held that s. 442(3) clearly infringed the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The sole issue was to determine whether s. 442(3) was a reasonable limitation justified in a free and democratic society. The trial judge thus narrowed down his analysis to s. 1 of the *Charter*.

Osborne J. found that the objective of s. 442(3) was to facilitate disclosure by sexual assault victims, by making it easier for the complainant to participate in the prosecution of offenders. In his view, given the purpose of the impugned provision, the mandatory ban on publication was more than reasonable. He considered that a mere discretion in the trial judge would not be an effective remedy to the problem s. 442(3) seeks to resolve, since the complainant would have no assurance that the order sought would be issued upon request. Moreover, Osborne J. stated that the issuance of an order under s. 442(3) did not preclude the public from being present at trial, nor did it prevent publication of information about the hearing. The judge also rejected the argument raised informally by the accused that s. 11(d) was violated. In his opinion, s. 442(3) was a protection for complainants which had no adverse effects on the fairness

quent, au procès, l'al. 11d) n'a pas été formellement invoqué pour contester la constitutionnalité du par. 442(3).

L'intimée a interjeté appel du rejet de la demande civile et du refus d'accorder l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles. Les deux appels ont été entendus ensemble. Quand on leur a demandé s'ils désiraient présenter des arguments sur le fond, l'avocat de l'accusé et celui de la plaignante ont fait savoir à la Cour d'appel qu'ils ne voulaient le faire dans aucun des deux appels. Le procureur général de l'Ontario ayant demandé l'annulation des deux appels, la cour a accédé à cette demande en ce qui concerne l'appel en matière criminelle, mais a accueilli en partie l'appel interjeté dans le cadre des procédures civiles. Le ministère public nous saisit maintenant d'un pourvoi en matière civile, mais non en matière criminelle.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

En Cour suprême de l'Ontario, le juge Osborne a conclu que le par. 442(3) violait manifestement la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il n'avait donc qu'à déterminer si le par. 442(3) constituait une limite raisonnable justifiée dans une société libre et démocratique. L'analyse du juge du procès ne porte en conséquence que sur l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 442(3), a estimé le juge Osborne, vise à permettre aux victimes d'agression sexuelle de faire plus facilement des dénonciations, en facilitant la participation du plaignant aux poursuites intentées contre les agresseurs. De l'avis du juge Osborne, étant donné l'objectif de la disposition attaquée, l'interdiction impérative de publication est éminemment raisonnable. Selon lui, investir le juge du procès d'un simple pouvoir discrétionnaire ne serait pas une solution efficace au problème que le par. 442(3) cherche à régler, car le plaignant n'aurait aucune garantie qu'une ordonnance serait rendue s'il en faisait la demande. De plus, ajoute le juge Osborne, la délivrance d'une ordonnance en vertu du par. 442(3) n'entraîne pas l'exclusion du public au procès ni n'empêche la publication d'informations à ce sujet. Le juge a en outre rejeté l'argument, avancé de façon informelle par l'accusé, voulant qu'il y ait eu violation de l'al. 11d).

or public nature of the trial. Osborne J. concluded that s. 442(3) was a reasonable limit on freedom of the press justified in a free and democratic society, and he dismissed the application.

On appeal, Howland C.J.O. emphasized the importance of freedom of the press with respect to the integrity of judicial proceedings. He agreed with Osborne J. that s. 442(3) *prima facie* infringed the freedom of the press, under s. 2(b) of the *Charter*, to report what transpired at a public trial. On the s. 1 issue, Howland C.J.O. applied the test laid down in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and held that the party seeking to uphold the legislation must show that the limits imposed are not more extensive than are necessary to protect social values of superordinate importance. In his view, s. 442(3) did protect a social value of superordinate importance.

Howland C.J.O. however took issue with the mandatory aspect of the publication ban. He noted that in some instances the complainant might have made false allegations, or might have previously accused a number of persons without justification. In these cases, publication of the complainant's name may bring forth other witnesses to testify on behalf of the accused. In light of this and of the fact that in other countries similar provisions retained some discretion in the trial judge, the government had failed to demonstrate the need for a mandatory prohibition section. As a result, Howland C.J.O. severed from s. 442(3) the words "or if application is made by the complainant or prosecutor, shall" and left untouched the rest of the section.

Howland C.J.O. also dealt briefly with the right to a fair and public hearing under s. 11(d) of the *Charter*, noting that s. 442(3) did not preclude the media from attending the trial in open court. He concluded that there was no violation of s. 11(d)

D'après le juge Osborne, le par. 442(3) protège les plaignants sans pour autant nuire au caractère équitable ou public du procès. Il a conclu que le par. 442(3) constitue une limite raisonnable imposée à la liberté de la presse qui se justifie dans une société libre et démocratique, et il a rejeté la demande.

En appel, le juge en chef Howland a souligné l'importance de la liberté de la presse relativement à l'intégrité des procédures judiciaires. Comme le juge Osborne, il a estimé que, *prima facie*, le par. 442(3) viole la liberté dont jouit la presse en vertu de l'al. 2b) de la *Charte* de relater ce qui se passe à un procès public. Pour ce qui est de la question de l'article premier, le juge en chef Howland a appliqué le critère posé dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et a conclu qu'il incombe à la partie qui défend la validité d'une loi de démontrer que les limites imposées ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour protéger des valeurs sociales d'une importance supérieure. À son avis, c'est précisément ce genre de valeur que protège le par. 442(3).

Le juge en chef Howland a cependant reproché à l'interdiction de publication son caractère impératif. Dans certains cas, a-t-il fait remarquer, le plaignant pourrait avoir fait des allégations fausses ou avoir déjà porté des accusations injustifiées contre plusieurs personnes. Dans ces situations, la publication du nom du plaignant pourrait amener d'autres témoins à se présenter pour déposer en faveur de l'accusé. Compte tenu de cela et étant donné que dans d'autres pays des dispositions analogues confèrent un certain pouvoir discrétionnaire au juge du procès, le gouvernement n'est pas parvenu à prouver la nécessité d'un article prévoyant une interdiction impérative. Le juge en chef Howland a en conséquence retranché du par. 442(3) les mots «ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit» sans toucher au reste du paragraphe.

Le juge en chef Howland a également traité brièvement du droit à un procès public et équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, soulignant que le par. 442(3) n'empêche pas les représentants des médias d'assister à un procès tenu en audience

since this provision protected the right of a person charged with an offence to a fair and public hearing and not the media's right to report proceedings.

The Issues

Dickson C.J.C. stated the following constitutional questions:

1. Does section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny:

(a) the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
or

(b) the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if so,

2. Is section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Both courts below held that s. 442(3) infringes the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In this Court, appellant conceded that point. Freedom of the press is indeed an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom. Therefore, the main issue before us is whether the impugned provision can be salvaged under s. 1 of the *Charter*, which states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The test to be applied has been set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. In order to justify a limitation of a *Charter* right in a free and democratic society, two requirements must be met. The first one is related to the

publique. Il a conclu qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 11d) parce que celui-ci protège le droit d'un inculpé à un procès public et équitable et non pas le droit des médias de relater les procédures.

a Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

b 1. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, constitue-t-il une violation ou une négation

a) de la liberté de la presse garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ou

c b) du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, à l'issue d'un procès public et équitable, droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Et dans l'affirmative,

d 2. le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, est-il justifié sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

e L'un et l'autre tribunal d'instance inférieure ont décidé que le par. 442(3) porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. En cette Cour, l'appelante a concédé ce point. Certes, la liberté de la presse représente un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté. La question principale sur laquelle nous avons à nous pencher est donc de savoir si la disposition attaquée peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, dont voici le texte:

f g h 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

i Le critère applicable est énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et reformulé dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Pour qu'une restriction apportée à un droit garanti par la *Charte* soit justifiée dans une société libre et démocratique, deux exigences

importance of the legislative objective which the limitation is designed to achieve. In the present case, the impugned provision purports to foster complaints by victims of sexual assault by protecting them from the trauma of wide-spread publication resulting in embarrassment and humiliation. Encouraging victims to come forward and complain facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. Ultimately, the overall objective of the publication ban imposed by s. 442(3) is to favour the suppression of crime and to improve the administration of justice. This objective undoubtedly bears on a "pressing and substantial concern" and respondent conceded that it is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. The first requirement under s. 1 is thus satisfied and we must now turn to the second part of the *Oakes* test.

To determine whether the means chosen in furtherance of the recognized objective are reasonable and demonstrably justified, a proportionality test balancing the various interests involved must be applied. The proportionality requirement has three aspects: the existence of a rational link between the means and the objective, a minimal impairment on the right or freedom asserted, and a proper balance between the effects of the limiting measures and the legislative objective. As to the first aspect, respondent conceded that there is a rational connection between s. 442(3) and the objective it is designed to serve, and I agree.

Respondent contended that s. 442(3) cannot be justified because a mandatory ban on publication is not a measure that impairs freedom of the press as little as possible. It submitted that only a provision which gives to the trial judge a discretion to determine if publication is appropriate in the circumstances of the case would satisfy the second criterion of the proportionality test. Respondent also argued that appellant had failed to adduce any evidence demonstrating that a mandatory ban impairs the right as little as possible. The Court of Appeal agreed, but this was predicated upon the

doivent être remplies. La première concerne l'importance de l'objectif législatif visé par la restriction. En l'espèce, la disposition attaquée a pour but d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui en résulteraient si l'affaire recevait une grande publicité. En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en facilite la poursuite et la condamnation. En dernière analyse, l'objectif général visé par l'interdiction de publication prévue au par. 442(3) est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice. Or, cet objectif se rapporte certainement à une «préoccupation urgente et réelle». L'intimée a d'ailleurs reconnu que son importance est suffisante pour qu'il prenne le pas sur un droit constitutionnel. Il s'ensuit qu'on a satisfait à la première exigence de l'article premier et nous devons maintenant passer au second volet du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*.

Pour déterminer si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnables et si leur justification peut se démontrer, il faut appliquer un critère de proportionnalité par laquelle on soupèse les différents intérêts en jeu. Cette exigence de proportionnalité comporte trois aspects: l'existence d'un lien rationnel entre les moyens et l'objectif, la nécessité de réduire au minimum les atteintes au droit ou à la liberté invoqués et l'établissement d'un juste équilibre entre les effets des mesures limitatives et l'objectif législatif. Quant au premier aspect, l'intimée concède qu'il y a un lien rationnel entre le par. 442(3) et l'objectif qu'il vise. Je suis du même avis.

L'intimée a toutefois soutenu que le par. 442(3) ne saurait se justifier parce qu'une interdiction impérative de publication ne constitue pas une mesure qui porte le moins possible atteinte à la liberté de la presse. Selon l'intimée, seule une disposition attribuant au juge du procès un pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient de permettre la publication dans un cas donné satisferait au deuxième volet du critère de proportionnalité. Elle a fait valoir aussi que l'appelante n'avait produit aucun élément de preuve démontrant qu'une interdiction impérative porte le moins pos-

fact that the only evidence brought forward by the Attorney General of Canada was the testimony of Doreen Carole Boucher, the co-ordinator of a rape crisis center. The Court further held that this witness had testified that she was aware of some instances where a rape was imagined and the alleged victim wanted to humiliate a person. With respect, the Court of Appeal, probably as a result of an oversight, failed to consider other material that was before the Court. Indeed, contrary to what Howland C.J.O. wrote, Carole Boucher's testimony was not the only evidence adduced before the trial judge, as the Attorney General also tendered in evidence various studies and reports on sexual assaults and other criminal offences. Moreover, with respect, the Court of Appeal misread what Carole Boucher said. While acknowledging that there may be cases whereby the person charged with the offence is falsely accused, the witness never stated that these false allegations were intended to humiliate the accused. During cross-examination, Carole Boucher answered:

Q. So it is quite conceivable that there are cases whereby the real victim is the person accused by the alleged victim.

A. Yes, I could say yes to that.

Q. Therefore you have been exposed to cases where an alleged victim wanted to humiliate a person—

A. —Well I don't know whether the intention was to humiliate the person, but the proportion that we have had is very small in proportion to the actual rapes.

Q. Oh I agree.

A. But there has been a small percentage, not only here but in other centres. [Emphasis added.]

When considering all of the evidence adduced by appellant, it appears that, of the most serious crimes, sexual assault is one of the most unreported. The main reasons stated by those who do not report this offence are fear of treatment by police or prosecutors, fear of trial procedures and fear of

sible atteinte au droit en question. La Cour d'appel a retenu ce point de vue, mais en se fondant sur le fait que la seule preuve présentée par le procureur général du Canada était le témoignage de Doreen Carole Boucher, coordinatrice d'un centre d'aide aux victimes de viol. La Cour a dit en outre qu'il ressortait de la déposition de ce témoin qu'elle connaissait des cas où il s'agissait d'un viol fictif et où la prétendue victime voulait humilier quelqu'un. Avec égards, la Cour d'appel, probablement par inadvertance, n'a pas pris en considération d'autres preuves qui avaient été produites. De fait, contrairement à ce qu'a écrit le juge en chef Howland, le témoignage de Carole Boucher n'était pas la seule preuve dont disposait le juge du procès, car le procureur général avait présenté en outre diverses études et différents rapports ayant trait aux agressions sexuelles et à d'autres infractions criminelles. De plus, j'estime avec égards que la Cour d'appel a mal interprété les propos de Carole Boucher. Bien que reconnaissant la possibilité qu'il y ait des cas où une personne soit faussement accusée, ce témoin n'a jamais affirmé que ces allégations non fondées soient destinées à humilier l'accusé. Au cours du contre-interrogatoire, Carole Boucher a répondu:

[TRADUCTION]

Q. Alors il est tout à fait concevable qu'il y ait des cas où la véritable victime est la personne accusée par la prétendue victime.

R. Oui, je peux dire que c'est vrai.

Q. Vous êtes donc au courant de cas où une prétendue victime a voulu humilier quelqu'un...

R. ... Bien, je ne sais pas s'il y a eu intention d'humilier, mais la proportion de ces cas est très petite par rapport au nombre de viols réellement commis.

Q. Ah oui, j'en conviens.

R. Mais il y a eu un faible pourcentage de cas de ce genre, non seulement ici mais dans d'autres centres. [Je souligne.]

Au vu de l'ensemble de la preuve produite par l'appellante, il appert que, parmi les crimes très graves, l'agression sexuelle est l'un de ceux qui est le moins souvent signalé. D'après les personnes qui se sont abstenues de dénoncer cette infraction, les principales raisons en sont la crainte quant au

publicity or embarrassment. Section 442(3) is one of the measures adopted by Parliament to remedy this situation, the rationale being that a victim who fears publicity is assured, when deciding whether to report the crime or not, that the judge must prohibit upon request the publication of the complainant's identity or any information that could disclose it. Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it.

With respect, there seems to be a certain inconsistency in respondent's position. While it concedes the importance of the objective and the existence of a rational link between that objective and s. 442(3), respondent argues that the judge should retain a discretion. It is difficult to reconcile these submissions, because once these concessions are made, one is forced to admit that an absolute ban on publication is the only means to reach the desired objective. Respondent goes even further by contending that a case-by-case approach should be adopted to ensure that publication will not be banned, except where the social values competing with freedom of the press are of superordinate importance. If we were to adopt this submission, the legislative objective embodied in s. 442(3) would never be met, because publication would be the rule and a sexual assault victim could rarely predict whether the circumstances of the case would be viewed as an exception warranting a non-publication order. As a result, while it might impair less the freedom of the press, the discretion-

traitement que leur réserverait la police ou la poursuite, la crainte des procédures judiciaires ainsi que la crainte de la publicité ou de l'humiliation. Le paragraphe 442(3) est l'une des mesures qu'a adoptées le Parlement pour remédier à cette situation. L'idée est de faire en sorte qu'une victime qui craint la publicité puisse être certaine, lorsqu'elle décide si elle va ou non dénoncer le crime, que le juge est tenu d'interdire sur demande la publication de l'identité du plaignant ou de renseignements permettant de la découvrir. De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur.

Avec égards, la position prise par l'intimée comporte un certain élément de contradiction. Elle reconnaît l'importance de l'objectif et l'existence d'un lien rationnel entre celui-ci et le par. 442(3), mais elle prétend en même temps que le juge devrait conserver un pouvoir discrétionnaire. Ces points de vue sont difficilement conciliables parce que, dès qu'on fait les concessions susmentionnées, force est de reconnaître que ce n'est que par une interdiction absolue de publication que l'objectif visé peut être atteint. L'intimée va en fait encore plus loin en soutenant qu'il convient de procéder cas par cas afin de s'assurer que la publication ne sera pas interdite, à moins que les valeurs sociales rivalisant avec la liberté de la presse ne soient d'une importance supérieure. Or, si nous devons retenir cet argument, l'objectif législatif consacré par le par. 442(3) ne serait jamais atteint parce que la publication serait la règle et une victime d'agression sexuelle pourrait rarement prévoir si les circonstances de l'affaire seraient considérées comme constituant une exception justifiant une

ary ban is not an option as it is not effective in attaining Parliament's pressing goal.

While freedom of the press is nonetheless an important value in our democratic society which should not be hampered lightly, it must be recognized that the limits imposed by s. 442(3) on the media's rights are minimal. The section applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the complainant's identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. Therefore, it cannot be said that the effects of s. 442(3) are such an infringement on the media's rights that the legislative objective is outweighed by the abridgement of freedom of the press.

Respondent further argued that s. 442(3) has a potential chilling effect on the media because in any given case it is difficult to ascertain what evidence could disclose the identity of the complainant. There is thus a risk that the press will choose not to publish any meaningful report on some trials. In my view, it is sufficient to say that media people are certainly competent enough to determine which information is subject to the ban; if not, the judge in his or her order can clarify the matters which cannot be published.

To support his opinion that a judicial discretion is a lesser impairment of freedom of the press than a mandatory ban, Howland C.J.O. stated (at p. 405):

Doreen Carole Boucher testified that she was aware of some instances where a rape was imagined and the alleged victim wanted to humiliate a person. There may also be instances where an alleged victim has accused a

ordonnance de non-publication. Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire de prononcer l'interdiction, bien qu'il puisse limiter l'atteinte à la liberté de la presse, n'est pas une solution puisque ce n'est pas un moyen efficace d'atteindre le but urgent visé par le législateur fédéral.

La liberté de la presse représente néanmoins une valeur importante dans notre société démocratique, et on ne doit pas y toucher à la légère. Il faut toutefois reconnaître que les limites imposées aux droits des médias par le par. 442(3) sont minimes. En effet, le paragraphe ne s'applique qu'aux agressions sexuelles, il restreint la publication de faits révélant l'identité du plaignant et, loin de prévoir une interdiction générale, elle se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande une ordonnance ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de le faire. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant. On ne saurait donc pas prétendre que le par. 442(3) porte à tel point atteinte aux droits des médias que l'objectif législatif doit céder le pas devant cette restriction de la liberté de la presse.

L'intimée a fait valoir en outre que le par. 442(3) risque de museler les médias parce que, dans certains cas, il est difficile de déterminer quels éléments de preuve permettraient de découvrir l'identité du plaignant. Il y a donc danger que la presse choisisse de ne pas publier de reportage valable sur certains procès. À mon avis, il suffit de dire à cet égard que les journalistes sont certainement assez compétents pour décider quels renseignements font l'objet de l'interdiction et, dans l'hypothèse contraire, le juge peut préciser dans son ordonnance ce qui ne doit pas être publié.

À l'appui de son opinion selon laquelle un pouvoir discrétionnaire accordé aux juges constitue une atteinte moins grave à la liberté de la presse qu'une interdiction impérative, le juge en chef Howland affirme, à la p. 405:

[TRADUCTION] Doreen Carole Boucher a témoigné qu'elle connaissait des cas où le viol était fictif et où la prétendue victime désirait humilier quelqu'un. Il peut exister également des situations où une prétendue vic-

number of persons previously of sexual offences without justification. The publication of the name of the complainant may in some cases bring forth other witnesses whose testimony may be helpful.

With respect, this is of relevance, indeed of vital importance, when determining the degree of impairment of an accused's right to a fair trial, or to a full answer and defence, as guaranteed by s. 11(d) and s. 7. But I fail to see its relevance when weighing the degree of impairment of freedom of the press against the attainment of the objective embodied in s. 442(3).

The impairment, if any, by s. 442(3) of the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence is not properly in issue before this Court. Indeed, as I have said at the outset, the accused has never applied to any court for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, or for a declaration of unconstitutionality under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I am not prepared in this case to decide whether anyone other than an accused has standing, under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, to challenge the constitutionality of s. 442(3) by invoking a violation of the rights guaranteed by s. 11(d) or s. 7. However, assuming without deciding that respondent had standing to attack the validity of s. 442(3) on these grounds, the impairment of the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence was not formally raised below by Canadian Newspapers. I am thus of the view that, since the impugned provision was not formally attacked before the trial judge and on appeal on the basis that it restricted the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence, that issue is not properly before us and should be left to be considered in the appropriate setting. By that, I mean if and when the provision is challenged under s. 11(d) or s. 7 of the *Charter*, the Attorney General of Canada and others will be alerted to that issue, and have the appropriate opportunity to adduce evidence. In the case at bar, the notice of motion served upon the Attorney General of Canada invokes only a violation of s. 2(b) of the *Charter*. This is the challenge the Attorney General was called upon to meet. It would be unfair to Parliament and unwise for the Court to consider in the abstract the impairment

time a déjà, sans justification, accusé des personnes d'infractions sexuelles. La publication du nom du plaignant peut parfois amener d'autres témoins à venir faire des dépositions qui pourront s'avérer utiles.

^a Avec égards, ces facteurs sont pertinents, voire capitaux, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure il a été porté atteinte au droit d'un accusé à un procès équitable ou à son droit de présenter une défense pleine et entière, garantis par l'al. 11d) et par l'art. 7. Je ne vois cependant pas en quoi ils peuvent être pertinents lorsqu'on soupèse l'atteinte à la liberté de la presse et la réalisation de l'objectif visé au par. 442(3).

^c La question de savoir si le par. 442(3) porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à celui de présenter une défense pleine et entière n'a pas été dûment soumise à cette Cour. ^a De fait, comme je l'ai dit au début des présents motifs, l'accusé ne s'est adressé à aucun tribunal pour obtenir réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ni pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je ne suis pas prêt en l'espèce à décider si quelqu'un d'autre qu'un accusé a qualité aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour contester la constitutionnalité du par. 442(3) en faisant valoir la violation des droits garantis par l'al. 11d) ou l'art. 7. Toutefois, à supposer, sans en décider, que l'intimée avait qualité pour attaquer la validité du par. 442(3) pour ces motifs, l'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à son droit de présenter une défense pleine et entière n'a pas été formellement soulevée par Canadian Newspapers devant les tribunaux d'instance inférieure. J'estime en conséquence que, comme ni devant le juge du procès ni en appel on n'a pas formellement attaqué la disposition parce qu'elle restreindrait le droit de l'accusé à un procès équitable ou celui de présenter une défense pleine et entière, cette Cour n'est pas légitimement saisie de la question et que celle-ci devrait de préférence être abordée dans un contexte approprié. J'entends par là qu'advenant le cas où la disposition serait contestée en vertu de l'al. 11d) ou de l'art. 7 de la *Charte*, le procureur général du Canada et autres en seraient avisés et auraient la possibilité de produire des preuves. En l'espèce, l'avis de requête signifié au procureur

of an accused's rights and to rule on the matter absent evidence tendered by the parties addressing the issue.

Section 11(d) of the *Charter* holds that an accused has a right to a fair and public hearing. Accordingly, the reasoning set out above also applies to the "public hearing" issue. I propose, however, to address that point now because it was raised below, argued by the parties and adjudicated upon by the Court of Appeal. Indeed, as was said by Howland C.J.O., at p. 409, "a public hearing is one in open court which the public, including the representatives of the media, are entitled to attend". The mandatory ban on publication, provided for in s. 442(3), does not prevent the public or the press from attending trial proceedings; it only restricts publication of facts disclosing the complainant's identity. Therefore, s. 442(3) does not in any way infringe the accused's right to a public hearing.

Before concluding I should mention that this case has been argued and decided throughout on the assumption that what is being weighed is a restriction to the freedom of the press in order to ensure to victims of sexual assaults that their identity will not be disclosed through the media, if that is their wish. The section, however, enables an application to be made by the "prosecutor" alone. Obviously, the arguments invoked and successfully so under s. 1 in this case would not necessarily carry the day in a situation where the prosecutor was not acting on behalf of the complainant. As this is not our case, we need not and should not decide the matter. However, it must be understood that the answers to the constitutional questions and the disposition of this appeal apply only to a case where under the section, the application has been made by or on behalf of the complainant.

général du Canada n'allègue qu'une violation de l'al. 2b) de la *Charte*. C'était là la contestation à laquelle le procureur général avait à répondre. Il serait donc injuste envers le législateur et peu ^a judicieux de la part de la Cour d'examiner dans l'abstrait l'atteinte portée aux droits d'un accusé et de statuer sur la question en l'absence de preuves produites par les parties à cet égard.

^b L'alinéa 11d) de la *Charte* reconnaît aux accusés le droit à un procès équitable et public. Il s'ensuit que le raisonnement exposé ci-dessus s'applique également à la question d'un «procès public». Je me propose cependant de me pencher sur ce point maintenant parce qu'il a été soulevé devant les tribunaux d'instance inférieure, plaidé par les parties et tranché par la Cour d'appel. Comme l'a dit le juge en chef Howland, à la p. ^d 409, [TRADUCTION] «un procès public est un procès auquel peuvent assister les membres du public, y compris les représentants des médias». L'interdiction impérative de publication prévue au par. 442(3) n'empêche ni le public ni la presse ^e d'être présents au procès; elle a pour seul effet de limiter la publication de faits permettant de découvrir l'identité du plaignant. Cela étant, le par. 442(3) ne porte nullement atteinte au droit de ^f l'accusé à un procès public.

Avant de conclure, je dois mentionner que cette affaire a été plaidée devant toutes les cours et jugée par elles comme si ce que l'on soupèse est ^g une restriction de la liberté de la presse afin d'assurer aux victimes d'agression sexuelle que leur identité ne sera pas dévoilée par les médias, si tel est leur choix. L'article permet toutefois au «poursuivant» seul de présenter une demande. Il est clair que les arguments invoqués avec succès en vertu de l'article premier en l'espèce n'auraient pas nécessairement le même résultat dans le cas où le poursuivant n'agit pas au nom du plaignant. ⁱ Comme ce n'est pas le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'en décider et il faut s'en abstenir. Toutefois, il faut bien comprendre que les réponses aux questions constitutionnelles et la conclusion du ^j pourvoi ne s'appliquent qu'à une affaire où, en vertu de l'article, la demande a été présentée par le plaignant ou en son nom.

I would thus allow the appeal and set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal. Addressing the constitutional questions, I would answer them in the following way:

1. Does section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny:

(a) the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

(b) the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Section 442(3) does not infringe or deny the accused's right to a public hearing; as regards the accused's right to a fair hearing, I would not answer the question, since it is not an issue properly raised before this Court.

2. Is section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, if the application is made by or on behalf of the complainant, to the extent it infringes the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund et al.: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Quant aux questions constitutionnelles, j'y répondrais de la manière suivante:

1. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, constitue-t-il une violation ou une négation

a) de la liberté de la presse garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

b) du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, à l'issue d'un procès public et équitable, droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Le paragraphe 442(3) ne constitue ni une violation ni une négation du droit de l'accusé à un procès public; quant à son droit à un procès équitable, je suis d'avis de ne pas répondre à la question parce qu'elle n'a pas été dûment soulevée en cette Cour.

2. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, est-il justifié sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, si la demande est présentée par le plaignant ou en son nom, dans la mesure où le paragraphe porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

**Atomic Energy of Canada
Limited** *Appellant*

v.

Sierra Club of Canada *Respondent*

and

**The Minister of Finance of Canada, the
Minister of Foreign Affairs of Canada,
the Minister of International Trade of
Canada and the Attorney General of
Canada** *Respondents*

**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA
(MINISTER OF FINANCE)**

Neutral citation: 2002 SCC 41.

File No.: 28020.

2001: November 6; 2002: April 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci,
Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Practice — Federal Court of Canada — Filing of confidential material — Environmental organization seeking judicial review of federal government’s decision to provide financial assistance to Crown corporation for construction and sale of nuclear reactors — Crown corporation requesting confidentiality order in respect of certain documents — Proper analytical approach to be applied to exercise of judicial discretion where litigant seeks confidentiality order — Whether confidentiality order should be granted — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government’s decision to provide financial assistance to Atomic Energy of Canada Ltd. (“AECL”), a Crown corporation, for the construction and sale to China of two CANDU reactors. The reactors are currently under construction in China, where AECL is the main contractor and project manager. Sierra Club maintains that the authorization of financial assistance

**Énergie atomique du Canada
Limitée** *Appelante*

c.

Sierra Club du Canada *Intimé*

et

**Le ministre des Finances du Canada, le
ministre des Affaires étrangères du Canada,
le ministre du Commerce international
du Canada et le procureur général du
Canada** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA
(MINISTRE DES FINANCES)**

Référence neutre : 2002 CSC 41.

N° du greffe : 28020.

2001 : 6 novembre; 2002 : 26 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et
LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Pratique — Cour fédérale du Canada — Production de documents confidentiels — Contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental de la décision du gouvernement fédéral de donner une aide financière à une société d’État pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires — Ordonnance de confidentialité demandée par la société d’État pour certains documents — Analyse applicable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire sur une demande d’ordonnance de confidentialité — Faut-il accorder l’ordonnance? — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

Un organisme environnemental, Sierra Club, demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à Énergie atomique du Canada Ltée (« ÉACL »), une société de la Couronne, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs CANDU. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où ÉACL est l’entrepreneur principal et le gestionnaire de projet. Sierra Club soutient que

by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act* (“CEAA”), requiring an environmental assessment as a condition of the financial assistance, and that the failure to comply compels a cancellation of the financial arrangements. AECL filed an affidavit in the proceedings which summarized confidential documents containing thousands of pages of technical information concerning the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities. AECL resisted Sierra Club’s application for production of the confidential documents on the ground, *inter alia*, that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have the authority to disclose them. The Chinese authorities authorized disclosure of the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, under which they would only be made available to the parties and the court, but with no restriction on public access to the judicial proceedings. AECL’s application for a confidentiality order was rejected by the Federal Court, Trial Division. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed and the confidentiality order granted on the terms requested by AECL.

In light of the established link between open courts and freedom of expression, the fundamental question for a court to consider in an application for a confidentiality order is whether the right to freedom of expression should be compromised in the circumstances. The court must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles because a confidentiality order will have a negative effect on the s. 2(b) right to freedom of expression. A confidentiality order should only be granted when (1) such an order is necessary to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings. Three important elements are subsumed under the first branch of the test. First, the risk must be real and substantial, well grounded in evidence, posing a serious threat to the commercial interest in question. Second, the important commercial interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality, where there is a general principle at stake. Finally, the judge is required to consider not only whether reasonable alternatives are available to such an order but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

l’autorisation d’aide financière du gouvernement déclenche l’application de l’al. 5(1)b) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (« LCÉE ») exigeant une évaluation environnementale comme condition de l’aide financière, et que le défaut d’évaluation entraîne l’annulation des ententes financières. ÉACL dépose un affidavit qui résume des documents confidentiels contenant des milliers de pages d’information technique concernant l’évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises. ÉACL s’oppose à la communication des documents demandée par Sierra Club pour la raison notamment qu’ils sont la propriété des autorités chinoises et qu’elle n’est pas autorisée à les divulguer. Les autorités chinoises donnent l’autorisation de les communiquer à la condition qu’ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité n’y donnant accès qu’aux parties et à la cour, mais n’imposant aucune restriction à l’accès du public aux débats. La demande d’ordonnance de confidentialité est rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale. La Cour d’appel fédérale confirme cette décision.

Arrêt : L’appel est accueilli et l’ordonnance demandée par ÉACL est accordée.

Vu le lien existant entre la publicité des débats judiciaires et la liberté d’expression, la question fondamentale pour la cour saisie d’une demande d’ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d’expression. La cour doit s’assurer que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’accorder est conforme aux principes de la *Charte* parce qu’une ordonnance de confidentialité a des effets préjudiciables sur la liberté d’expression garantie à l’al. 2b). On ne doit l’accorder que (1) lorsqu’elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige, en l’absence d’autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) lorsque ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l’emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d’expression qui, dans ce contexte, comprend l’intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires. Trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l’analyse. Premièrement, le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement l’intérêt commercial en question. Deuxièmement, l’intérêt doit pouvoir se définir en termes d’intérêt public à la confidentialité, mettant en jeu un principe général. Enfin le juge doit non seulement déterminer s’il existe d’autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l’ordonnance autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt commercial en question.

Applying the test to the present circumstances, the commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality, which is sufficiently important to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met. The information must have been treated as confidential at all relevant times; on a balance of probabilities, proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by disclosure of the information; and the information must have been accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential. These requirements have been met in this case. Disclosure of the confidential documents would impose a serious risk on an important commercial interest of AECL, and there are no reasonably alternative measures to granting the order.

Under the second branch of the test, the confidentiality order would have significant salutary effects on AECL's right to a fair trial. Disclosure of the confidential documents would cause AECL to breach its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. If a confidentiality order is denied, AECL will be forced to withhold the documents in order to protect its commercial interests, and since that information is relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders AECL's capacity to make full answer and defence. Although in the context of a civil proceeding, this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial is a fundamental principle of justice. Further, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the confidential documents, and permit cross-examination based on their contents, assisting in the search for truth, a core value underlying freedom of expression. Finally, given the technical nature of the information, there may be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

The deleterious effects of granting a confidentiality order include a negative effect on the open court principle, and therefore on the right to freedom of expression. The more detrimental the confidentiality order would be to the core values of (1) seeking the truth and the common good, (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit, and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons, the harder it will be to justify the confidentiality order. In the hands of the parties and their experts, the confidential documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the highly technical nature of the documents, the important value of the search for the truth which underlies

En l'espèce, l'intérêt commercial en jeu, la préservation d'obligations contractuelles de confidentialité, est suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse, pourvu que certaines conditions soient remplies : les renseignements ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels; il est raisonnable de penser que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation compromettrait des droits exclusifs, commerciaux et scientifiques; et les renseignements ont été recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteraient confidentiels. Ces conditions sont réunies en l'espèce. La divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de ÉACL et il n'existe pas d'options raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité.

À la deuxième étape de l'analyse, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques considérables sur le droit de ÉACL à un procès équitable. Si ÉACL divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Le refus de l'ordonnance obligerait ÉACL à retenir les documents pour protéger ses intérêts commerciaux et comme ils sont pertinents pour l'exercice des moyens de défense prévus par la *LCÉE*, l'impossibilité de les produire empêcherait ÉACL de présenter une défense pleine et entière. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale. L'ordonnance permettrait aux parties et au tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu, favorisant ainsi la recherche de la vérité, une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression. Il peut enfin y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ce type de renseignements techniques.

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires et donc sur la liberté d'expression. Plus l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales que sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun, (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées et (3) la participation de tous au processus politique, plus il est difficile de justifier l'ordonnance. Dans les mains des parties et de leurs experts, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, et donc pour aider la cour à parvenir à des conclusions de fait exactes. Compte tenu de leur nature hautement technique, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance demandée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui

both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the confidential documents under the order sought than it would by denying the order.

Under the terms of the order sought, the only restrictions relate to the public distribution of the documents, which is a fairly minimal intrusion into the open court rule. Although the confidentiality order would restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, the second core value of promoting individual self-fulfilment would not be significantly affected by the confidentiality order. The third core value figures prominently in this appeal as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. By their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection, so that the public interest is engaged here more than if this were an action between private parties involving private interests. However, the narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the confidential documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts. The core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. The salutary effects of the order outweigh its deleterious effects and the order should be granted. A balancing of the various rights and obligations engaged indicates that the confidentiality order would have substantial salutary effects on AECL's right to a fair trial and freedom of expression, while the deleterious effects on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal.

Cases Cited

Applied: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and*

sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le refus de l'ordonnance.

Aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions ont trait à la distribution publique des documents, une atteinte relativement minime à la règle de la publicité des débats judiciaires. Même si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, la deuxième valeur fondamentale, l'épanouissement personnel, ne serait pas touchée de manière significative. La troisième valeur joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection, de sorte que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés. Toutefois la portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. Ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, et il y a lieu de l'accorder. Selon la pondération des divers droits et intérêts en jeu, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de l'ÉACL à un procès équitable et à la liberté d'expression, et ses effets préjudiciables sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés :** *AB Hassle c.*

Welfare), [2000] 3 F.C. 360, aff'g (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1)(b), 8, 54, 54(2)(b).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 312.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 4 F.C. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] F.C.J. No. 732 (QL), affirming a decision of the Trial Division, [2000] 2 F.C. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] F.C.J. No. 1633 (QL). Appeal allowed.

J. Brett Ledger and Peter Chapin, for the appellant.

Timothy J. Howard and Franklin S. Gertler, for the respondent Sierra Club of Canada.

Graham Garton, Q.C., and *J. Sanderson Graham*, for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ In our country, courts are the institutions generally chosen to resolve legal disputes as best they can through the application of legal principles to the facts of the case involved. One of the underlying principles of the judicial process is public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution. However, some material can be made the subject of a confidentiality order. This appeal raises the important

Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [2000] 3 C.F. 360, conf. [1998] A.C.F. n° 1850 (QL); *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1)b), 8, 54, 54(2) [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 37].
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 312.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 4 C.F. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] A.C.F. n° 732 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] A.C.F. n° 1633 (QL). Pourvoi accueilli.

J. Brett Ledger et Peter Chapin, pour l'appelante.

Timothy J. Howard et Franklin S. Gertler, pour l'intimé Sierra Club du Canada.

Graham Garton, c.r., et *J. Sanderson Graham*, pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans notre pays, les tribunaux sont les institutions généralement choisies pour résoudre au mieux les différends juridiques par l'application de principes juridiques aux faits de chaque espèce. Un des principes sous-jacents au processus judiciaire est la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les éléments pertinents à la solution du litige. Certains de ces éléments peuvent toutefois faire l'objet d'une ordonnance de confidentialité. Le

issues of when, and under what circumstances, a confidentiality order should be granted.

For the following reasons, I would issue the confidentiality order sought and accordingly would allow the appeal.

II. Facts

The appellant, Atomic Energy of Canada Limited (“AECL”) is a Crown corporation that owns and markets CANDU nuclear technology, and is an intervener with the rights of a party in the application for judicial review by the respondent, the Sierra Club of Canada (“Sierra Club”). Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government’s decision to provide financial assistance in the form of a \$1.5 billion guaranteed loan relating to the construction and sale of two CANDU nuclear reactors to China by the appellant. The reactors are currently under construction in China, where the appellant is the main contractor and project manager.

The respondent maintains that the authorization of financial assistance by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA”), which requires that an environmental assessment be undertaken before a federal authority grants financial assistance to a project. Failure to undertake such an assessment compels cancellation of the financial arrangements.

The appellant and the respondent Ministers argue that the CEAA does not apply to the loan transaction, and that if it does, the statutory defences available under ss. 8 and 54 apply. Section 8 describes the circumstances where Crown corporations are required to conduct environmental assessments. Section 54(2)(b) recognizes the validity of an environmental assessment carried out by a foreign authority provided that it is consistent with the provisions of the CEAA.

In the course of the application by Sierra Club to set aside the funding arrangements, the appellant

pourvoi soulève les importantes questions de savoir à quel moment et dans quelles circonstances il y a lieu de rendre une ordonnance de confidentialité.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rendre l’ordonnance de confidentialité demandée et par conséquent d’accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L’appelante, Énergie atomique du Canada Limitée (« ÉACL »), société d’État propriétaire et vendeuse de la technologie nucléaire CANDU, est une intervenante ayant reçu les droits de partie dans la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé, Sierra Club du Canada (« Sierra Club »), un organisme environnemental. Sierra Club demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière, sous forme de garantie d’emprunt de 1,5 milliard de dollars, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs nucléaires CANDU par l’appelante. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où l’appelante est entrepreneur principal et gestionnaire de projet.

L’intimé soutient que l’autorisation d’aide financière du gouvernement déclenche l’application de l’al. 5(1)(b) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCÉE »), qui exige une évaluation environnementale avant qu’une autorité fédérale puisse fournir une aide financière à un projet. Le défaut d’évaluation entraîne l’annulation des ententes financières.

Selon l’appelante et les ministres intimés, la LCÉE ne s’applique pas à la convention de prêt et si elle s’y applique, ils peuvent invoquer les défenses prévues aux art. 8 et 54 de cette loi. L’article 8 prévoit les circonstances dans lesquelles les sociétés d’État sont tenues de procéder à des évaluations environnementales. Le paragraphe 54(2) reconnaît la validité des évaluations environnementales effectuées par des autorités étrangères pourvu qu’elles soient compatibles avec les dispositions de la LCÉE.

Dans le cadre de la requête de Sierra Club en annulation des ententes financières, l’appelante a

2

3

4

5

6

filed an affidavit of Dr. Simon Pang, a senior manager of the appellant. In the affidavit, Dr. Pang referred to and summarized certain documents (the “Confidential Documents”). The Confidential Documents are also referred to in an affidavit prepared by Mr. Feng, one of AECL’s experts. Prior to cross-examining Dr. Pang on his affidavit, Sierra Club made an application for the production of the Confidential Documents, arguing that it could not test Dr. Pang’s evidence without access to the underlying documents. The appellant resisted production on various grounds, including the fact that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have authority to disclose them. After receiving authorization by the Chinese authorities to disclose the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, the appellant sought to introduce the Confidential Documents under Rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, and requested a confidentiality order in respect of the documents.

7 Under the terms of the order requested, the Confidential Documents would only be made available to the parties and the court; however, there would be no restriction on public access to the proceedings. In essence, what is being sought is an order preventing the dissemination of the Confidential Documents to the public.

8 The Confidential Documents comprise two Environmental Impact Reports on Siting and Construction Design (the “EIRs”), a Preliminary Safety Analysis Report (the “PSAR”), and the supplementary affidavit of Dr. Pang which summarizes the contents of the EIRs and the PSAR. If admitted, the EIRs and the PSAR would be attached as exhibits to the supplementary affidavit of Dr. Pang. The EIRs were prepared by the Chinese authorities in the Chinese language, and the PSAR was prepared by the appellant with assistance from the Chinese participants in the project. The documents contain a mass of technical information and comprise thousands of pages. They describe the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities under Chinese law.

déposé un affidavit de M. Simon Pang, un de ses cadres supérieurs. Dans l’affidavit, M. Pang mentionne et résume certains documents (les « documents confidentiels ») qui sont également mentionnés dans un affidavit de M. Feng, un expert d’ÉACL. Avant de contre-interroger M. Pang sur son affidavit, Sierra Club a demandé par requête la production des documents confidentiels, au motif qu’il ne pouvait vérifier la validité de sa déposition sans consulter les documents de base. L’appelante s’oppose pour plusieurs raisons à la production des documents, dont le fait qu’ils sont la propriété des autorités chinoises et qu’elle n’est pas autorisée à les divulguer. Après avoir obtenu des autorités chinoises l’autorisation de communiquer les documents à la condition qu’ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, l’appelante a cherché à les produire en invoquant la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, et a demandé une ordonnance de confidentialité à leur égard.

Aux termes de l’ordonnance demandée, seules les parties et la cour auraient accès aux documents confidentiels. Aucune restriction ne serait imposée à l’accès du public aux débats. On demande essentiellement d’empêcher la diffusion des documents confidentiels au public.

Les documents confidentiels comprennent deux Rapports d’impact environnemental (« RIE ») sur le site et la construction, un Rapport préliminaire d’analyse sur la sécurité (« RPAS ») ainsi que l’affidavit supplémentaire de M. Pang qui résume le contenu des RIE et du RPAS. S’ils étaient admis, les rapports seraient joints en annexe de l’affidavit supplémentaire de M. Pang. Les RIE ont été préparés en chinois par les autorités chinoises, et le RPAS a été préparé par l’appelante en collaboration avec les responsables chinois du projet. Les documents contiennent une quantité considérable de renseignements techniques et comprennent des milliers de pages. Ils décrivent l’évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises en vertu des lois chinoises.

As noted, the appellant argues that it cannot introduce the Confidential Documents into evidence without a confidentiality order, otherwise it would be in breach of its obligations to the Chinese authorities. The respondent's position is that its right to cross-examine Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits would be effectively rendered nugatory in the absence of the supporting documents to which the affidavits referred. Sierra Club proposes to take the position that the affidavits should therefore be afforded very little weight by the judge hearing the application for judicial review.

The Federal Court of Canada, Trial Division refused to grant the confidentiality order and the majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal. In his dissenting opinion, Robertson J.A. would have granted the confidentiality order.

III. Relevant Statutory Provisions

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

IV. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division, [2000] 2 F.C. 400*

Pelletier J. first considered whether leave should be granted pursuant to Rule 312 to introduce the supplementary affidavit of Dr. Pang to which the Confidential Documents were filed as exhibits. In his view, the underlying question was that of relevance, and he concluded that the documents were relevant to the issue of the appropriate remedy. Thus, in the absence of prejudice to the respondent, the affidavit should be permitted to be served and filed. He noted that the respondent would be prejudiced by delay, but since both parties had brought

Comme je le note plus haut, l'appelante prétend ne pas pouvoir produire les documents confidentiels en preuve sans qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, parce que ce serait un manquement à ses obligations envers les autorités chinoises. L'intimé soutient pour sa part que son droit de contre-interroger M. Pang et M. Feng sur leurs affidavits serait pratiquement futile en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent. Sierra Club entend soutenir que le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire devrait donc leur accorder peu de poids.

La Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a rejeté la demande d'ordonnance de confidentialité et la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge Robertson, dissident, était d'avis d'accorder l'ordonnance.

III. Dispositions législatives

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400*

Le juge Pelletier examine d'abord s'il y a lieu, en vertu de la règle 312, d'autoriser la production de l'affidavit supplémentaire de M. Pang auquel sont annexés les documents confidentiels. À son avis, il s'agit d'une question de pertinence et il conclut que les documents se rapportent à la question de la réparation. En l'absence de préjudice pour l'intimé, il y a donc lieu d'autoriser la signification et le dépôt de l'affidavit. Il note que des retards seraient préjudiciables à l'intimé mais que, puisque les deux parties ont présenté des requêtes

9

10

11

12

interlocutory motions which had contributed to the delay, the desirability of having the entire record before the court outweighed the prejudice arising from the delay associated with the introduction of the documents.

13 On the issue of confidentiality, Pelletier J. concluded that he must be satisfied that the need for confidentiality was greater than the public interest in open court proceedings, and observed that the argument for open proceedings in this case was significant given the public interest in Canada's role as a vendor of nuclear technology. As well, he noted that a confidentiality order was an exception to the rule of open access to the courts, and that such an order should be granted only where absolutely necessary.

14 Pelletier J. applied the same test as that used in patent litigation for the issue of a protective order, which is essentially a confidentiality order. The granting of such an order requires the appellant to show a subjective belief that the information is confidential and that its interests would be harmed by disclosure. In addition, if the order is challenged, then the person claiming the benefit of the order must demonstrate objectively that the order is required. This objective element requires the party to show that the information has been treated as confidential, and that it is reasonable to believe that its proprietary, commercial and scientific interests could be harmed by the disclosure of the information.

15 Concluding that both the subjective part and both elements of the objective part of the test had been satisfied, he nevertheless stated: "However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure" (para. 23).

16 A very significant factor, in his view, was the fact that mandatory production of documents was not in issue here. The fact that the application involved a voluntary tendering of documents to advance the

interlocutoires qui ont entraîné les délais, les avantages de soumettre le dossier au complet à la cour compensent l'inconvénient du retard causé par la présentation de ces documents.

Sur la confidentialité, le juge Pelletier conclut qu'il doit être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Il note que les arguments en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants vu l'intérêt du public envers le rôle du Canada comme vendeur de technologie nucléaire. Il fait aussi remarquer que les ordonnances de confidentialité sont une exception au principe de la publicité des débats judiciaires et ne devraient être accordées que dans des cas de nécessité absolue.

Le juge Pelletier applique le même critère que pour une ordonnance conservatoire en matière de brevets, qui est essentiellement une ordonnance de confidentialité. Pour obtenir l'ordonnance, le requérant doit démontrer qu'il croit subjectivement que les renseignements sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. De plus, si l'ordonnance est contestée, le requérant doit démontrer objectivement qu'elle est nécessaire. Cet élément objectif l'oblige à démontrer que les renseignements ont toujours été traités comme étant confidentiels et qu'il est raisonnable de croire que leur divulgation risque de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques.

Ayant conclu qu'il est satisfait à l'élément subjectif et aux deux volets de l'élément objectif du critère, il ajoute : « J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne » (par. 23).

Il estime très important le fait qu'il ne s'agit pas en l'espèce de production obligatoire de documents. Le fait que la demande vise le dépôt volontaire de documents en vue d'étayer la thèse de l'appelante,

appellant's own cause as opposed to mandatory production weighed against granting the confidentiality order.

In weighing the public interest in disclosure against the risk of harm to AECL arising from disclosure, Pelletier J. noted that the documents the appellant wished to put before the court were prepared by others for other purposes, and recognized that the appellant was bound to protect the confidentiality of the information. At this stage, he again considered the issue of materiality. If the documents were shown to be very material to a critical issue, "the requirements of justice militate in favour of a confidentiality order. If the documents are marginally relevant, then the voluntary nature of the production argues against a confidentiality order" (para. 29). He then decided that the documents were material to a question of the appropriate remedy, a significant issue in the event that the appellant failed on the main issue.

Pelletier J. also considered the context of the case and held that since the issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology was one of significant public interest, the burden of justifying a confidentiality order was very onerous. He found that AECL could expunge the sensitive material from the documents, or put the evidence before the court in some other form, and thus maintain its full right of defence while preserving the open access to court proceedings.

Pelletier J. observed that his order was being made without having perused the Confidential Documents because they had not been put before him. Although he noted the line of cases which holds that a judge ought not to deal with the issue of a confidentiality order without reviewing the documents themselves, in his view, given their voluminous nature and technical content as well as his lack of information as to what information was already in the public domain, he found that an examination of these documents would not have been useful.

par opposition à une production obligatoire, joue contre l'ordonnance de confidentialité.

En soupesant l'intérêt du public dans la divulgation et le préjudice que la divulgation risque de causer à ÉACL, le juge Pelletier note que les documents que l'appelante veut soumettre à la cour ont été rédigés par d'autres personnes à d'autres fins, et il reconnaît que l'appelante est tenue de protéger la confidentialité des renseignements. À cette étape, il examine de nouveau la question de la pertinence. Si on réussit à démontrer que les documents sont très importants sur une question cruciale, « les exigences de la justice militent en faveur du prononcé d'une ordonnance de confidentialité. Si les documents ne sont pertinents que d'une façon accessoire, le caractère facultatif de la production milite contre le prononcé de l'ordonnance de confidentialité » (par. 29). Il conclut alors que les documents sont importants pour résoudre la question de la réparation à accorder, elle-même un point important si l'appelante échoue sur la question principale.

Le juge Pelletier considère aussi le contexte de l'affaire et conclut que, puisque la question du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires est une importante question d'intérêt public, la charge de justifier une ordonnance de confidentialité est très onéreuse. Il conclut qu'ÉACL pourrait retrancher les éléments délicats des documents ou soumettre à la cour la même preuve sous une autre forme, et maintenir ainsi son droit à une défense complète tout en préservant la publicité des débats judiciaires.

Le juge Pelletier signale qu'il prononce l'ordonnance sans avoir examiné les documents confidentiels puisqu'ils n'ont pas été portés à sa connaissance. Bien qu'il mentionne la jurisprudence indiquant qu'un juge ne devrait pas se prononcer sur une demande d'ordonnance de confidentialité sans avoir examiné les documents eux-mêmes, il estime qu'il n'aurait pas été utile d'examiner les documents, vu leur volume et leur caractère technique, et sans savoir quelle part d'information était déjà dans le domaine public.

17

18

19

20 Pelletier J. ordered that the appellant could file the documents in current form, or in an edited version if it chose to do so. He also granted leave to file material dealing with the Chinese regulatory process in general and as applied to this project, provided it did so within 60 days.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 4 F.C. 426

(1) Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring)

21 At the Federal Court of Appeal, AECL appealed the ruling under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*, and Sierra Club cross-appealed the ruling under Rule 312.

22 With respect to Rule 312, Evans J.A. held that the documents were clearly relevant to a defence under s. 54(2)(b) which the appellant proposed to raise if s. 5(1)(b) of the *CEAA* was held to apply, and were also potentially relevant to the exercise of the court's discretion to refuse a remedy even if the Ministers were in breach of the *CEAA*. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the benefit to the appellant and the court of being granted leave to file the documents outweighed any prejudice to the respondent owing to delay and thus concluded that the motions judge was correct in granting leave under Rule 312.

23 On the issue of the confidentiality order, Evans J.A. considered Rule 151, and all the factors that the motions judge had weighed, including the commercial sensitivity of the documents, the fact that the appellant had received them in confidence from the Chinese authorities, and the appellant's argument that without the documents it could not mount a full answer and defence to the application. These factors had to be weighed against the principle of open access to court documents. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the weight to be attached to the public interest in open proceedings varied with context and held that, where a case raises issues of public significance, the principle of openness of judicial process carries greater weight as a factor in

Dans son ordonnance, le juge Pelletier autorise l'appelante à déposer les documents sous leur forme actuelle ou sous une version révisée, à son gré. Il autorise aussi l'appelante à déposer des documents concernant le processus réglementaire chinois en général et son application au projet, à condition qu'elle le fasse sous 60 jours.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 4 C.F. 426

(1) Le juge Evans (avec l'appui du juge Sharlow)

ÉACL fait appel en Cour d'appel fédérale, en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et Sierra Club forme un appel incident en vertu de la règle 312.

Sur la règle 312, le juge Evans conclut que les documents en cause sont clairement pertinents dans une défense que l'appelante a l'intention d'invoquer en vertu du par. 54(2) si la cour conclut que l'al. 5(1)(b) de la *LCÉE* doit s'appliquer, et pourraient l'être aussi pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser d'accorder une réparation dans le cas où les ministres auraient enfreint la *LCÉE*. Comme le juge Pelletier, le juge Evans est d'avis que l'avantage pour l'appelante et pour la cour d'une autorisation de déposer les documents l'emporte sur tout préjudice que le retard pourrait causer à l'intimé, et conclut par conséquent que le juge des requêtes a eu raison d'accorder l'autorisation en vertu de la règle 312.

Sur l'ordonnance de confidentialité, le juge Evans examine la règle 151 et tous les facteurs que le juge des requêtes a appréciés, y compris le secret commercial attaché aux documents, le fait que l'appelante les a reçus à titre confidentiel des autorités chinoises, et l'argument de l'appelante selon lequel, sans les documents, elle ne pourrait assurer effectivement sa défense. Ces facteurs doivent être pondérés avec le principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux. Le juge Evans convient avec le juge Pelletier que le poids à accorder à l'intérêt du public à la publicité des débats varie selon le contexte, et il conclut que lorsqu'une affaire soulève des questions de grande importance pour le public, le principe de la publicité des débats a plus de poids

the balancing process. Evans J.A. noted the public interest in the subject matter of the litigation, as well as the considerable media attention it had attracted.

In support of his conclusion that the weight assigned to the principle of openness may vary with context, Evans J.A. relied upon the decisions in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360 (C.A.), where the court took into consideration the relatively small public interest at stake, and *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 283, where the court ordered disclosure after determining that the case was a significant constitutional case where it was important for the public to understand the issues at stake. Evans J.A. observed that openness and public participation in the assessment process are fundamental to the CEAA, and concluded that the motions judge could not be said to have given the principle of openness undue weight even though confidentiality was claimed for a relatively small number of highly technical documents.

Evans J.A. held that the motions judge had placed undue emphasis on the fact that the introduction of the documents was voluntary; however, it did not follow that his decision on the confidentiality order must therefore be set aside. Evans J.A. was of the view that this error did not affect the ultimate conclusion for three reasons. First, like the motions judge, he attached great weight to the principle of openness. Secondly, he held that the inclusion in the affidavits of a summary of the reports could go a long way to compensate for the absence of the originals, should the appellant choose not to put them in without a confidentiality order. Finally, if AECL submitted the documents in an expunged fashion, the claim for confidentiality would rest upon a relatively unimportant factor, i.e., the appellant's claim that it would suffer a loss of business if it breached its undertaking with the Chinese authorities.

Evans J.A. rejected the argument that the motions judge had erred in deciding the motion without

comme facteur à prendre en compte dans le processus de pondération. Le juge Evans note l'intérêt du public à l'égard de la question en litige ainsi que la couverture médiatique considérable qu'elle a suscitée.

À l'appui de sa conclusion que le poids accordé au principe de la publicité des débats peut varier selon le contexte, le juge Evans invoque les décisions *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360 (C.A.), où la cour a tenu compte du peu d'intérêt du public, et *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 283, où la cour a ordonné la divulgation après avoir déterminé qu'il s'agissait d'une affaire constitutionnelle importante et qu'il importait que le public comprenne ce qui était en cause. Le juge Evans fait remarquer que la transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale pour la LCÉE, et il conclut qu'on ne peut prétendre que le juge des requêtes a accordé trop de poids au principe de la publicité des débats, même si la confidentialité n'est demandée que pour un nombre relativement restreint de documents hautement techniques.

Le juge Evans conclut que le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que la production des documents était volontaire mais qu'il ne s'ensuit pas que sa décision au sujet de la confidentialité doive être écartée. Le juge Evans est d'avis que l'erreur n'entâche pas sa conclusion finale, pour trois motifs. Premièrement, comme le juge des requêtes, il attache une grande importance à la publicité du débat judiciaire. Deuxièmement, il conclut que l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des rapports peut, dans une large mesure, compenser l'absence des rapports, si l'appelante décide de ne pas les déposer sans ordonnance de confidentialité. Enfin, si ÉACL déposait une version modifiée des documents, la demande de confidentialité reposerait sur un facteur relativement peu important, savoir l'argument que l'appelante perdrait des occasions d'affaires si elle violait son engagement envers les autorités chinoises.

Le juge Evans rejette l'argument selon lequel le juge des requêtes a commis une erreur en statuant

24

25

26

reference to the actual documents, stating that it was not necessary for him to inspect them, given that summaries were available and that the documents were highly technical and incompletely translated. Thus the appeal and cross-appeal were both dismissed.

(2) Robertson J.A. (dissenting)

27 Robertson J.A. disagreed with the majority for three reasons. First, in his view, the level of public interest in the case, the degree of media coverage, and the identities of the parties should not be taken into consideration in assessing an application for a confidentiality order. Instead, he held that it was the nature of the evidence for which the order is sought that must be examined.

28 In addition, he found that without a confidentiality order, the appellant had to choose between two unacceptable options: either suffering irreparable financial harm if the confidential information was introduced into evidence, or being denied the right to a fair trial because it could not mount a full defence if the evidence was not introduced.

29 Finally, he stated that the analytical framework employed by the majority in reaching its decision was fundamentally flawed as it was based largely on the subjective views of the motions judge. He rejected the contextual approach to the question of whether a confidentiality order should issue, emphasizing the need for an objective framework to combat the perception that justice is a relative concept, and to promote consistency and certainty in the law.

30 To establish this more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information, he turned to the legal rationale underlying the commitment to the principle of open justice, referring to *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. There, the Supreme Court of Canada held that open proceedings foster the search for the truth, and reflect the importance of public scrutiny of the courts.

sans avoir examiné les documents réels, affirmant que cela n'était pas nécessaire puisqu'il y avait des précis et que la documentation était hautement technique et partiellement traduite. L'appel et l'appel incident sont donc rejetés.

(2) Le juge Robertson (dissident)

Le juge Robertson se dissocie de la majorité pour trois raisons. En premier lieu, il estime que le degré d'intérêt du public dans une affaire, l'importance de la couverture médiatique et l'identité des parties ne devraient pas être pris en considération pour statuer sur une demande d'ordonnance de confidentialité. Selon lui, il faut plutôt examiner la nature de la preuve que protégerait l'ordonnance de confidentialité.

Il estime aussi qu'à défaut d'ordonnance de confidentialité, l'appelante doit choisir entre deux options inacceptables : subir un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels sont produits en preuve, ou être privée de son droit à un procès équitable parce qu'elle ne peut se défendre pleinement si la preuve n'est pas produite.

Finalement, il dit que le cadre analytique utilisé par les juges majoritaires pour arriver à leur décision est fondamentalement défectueux en ce qu'il est fondé en grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes. Il rejette l'approche contextuelle sur la question de l'ordonnance de confidentialité, soulignant la nécessité d'un cadre d'analyse objectif pour combattre la perception que la justice est un concept relatif et pour promouvoir la cohérence et la certitude en droit.

Pour établir ce cadre plus objectif appelé à régir la délivrance d'ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques, il examine le fondement juridique du principe de la publicité du processus judiciaire, en citant l'arrêt de notre Cour, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, qui conclut que la publicité des débats favorise la recherche de la vérité et témoigne de l'importance de soumettre le travail des tribunaux à l'examen public.

Robertson J.A. stated that although the principle of open justice is a reflection of the basic democratic value of accountability in the exercise of judicial power, in his view, the principle that justice itself must be secured is paramount. He concluded that justice as an overarching principle means that exceptions occasionally must be made to rules or principles.

He observed that, in the area of commercial law, when the information sought to be protected concerns “trade secrets”, this information will not be disclosed during a trial if to do so would destroy the owner’s proprietary rights and expose him or her to irreparable harm in the form of financial loss. Although the case before him did not involve a trade secret, he nevertheless held that the same treatment could be extended to commercial or scientific information which was acquired on a confidential basis and attached the following criteria as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order (at para. 13):

(1) the information is of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential; (2) the information for which confidentiality is sought is not already in the public domain; (3) on a balance of probabilities the party seeking the confidentiality order would suffer irreparable harm if the information were made public; (4) the information is relevant to the legal issues raised in the case; (5) correlatively, the information is “necessary” to the resolution of those issues; (6) the granting of a confidentiality order does not unduly prejudice the opposing party; and (7) the public interest in open court proceedings does not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The onus in establishing that criteria one to six are met is on the party seeking the confidentiality order. Under the seventh criterion, it is for the opposing party to show that a *prima facie* right to a protective order has been overtaken by the need to preserve the openness of the court proceedings. In addressing these criteria one must bear in mind two of the threads woven into the fabric of the principle of open justice: the search for truth and the preservation of the rule of law. As stated at the outset, I do not believe that the perceived degree of public importance of a case is a relevant consideration.

Selon le juge Robertson, même si le principe de la publicité du processus judiciaire reflète la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité dans l’exercice du pouvoir judiciaire, le principe selon lequel il faut que justice soit faite doit, à son avis, l’emporter. Il conclut que la justice vue comme principe universel signifie que les règles ou les principes doivent parfois souffrir des exceptions.

Il fait observer qu’en droit commercial, lorsque les renseignements qu’on cherche à protéger ont trait à des « secrets industriels », ils ne sont pas divulgués au procès lorsque cela aurait pour effet d’annihiler les droits du propriétaire et l’exposerait à un préjudice financier irréparable. Il conclut que, même si l’espèce ne porte pas sur des secrets industriels, on peut traiter de la même façon des renseignements commerciaux et scientifiques acquis sur une base confidentielle, et il établit les critères suivants comme conditions à la délivrance d’une ordonnance de confidentialité (au par. 13) :

1) les renseignements sont de nature confidentielle et non seulement des faits qu’une personne désire ne pas divulguer; 2) les renseignements qu’on veut protéger ne sont pas du domaine public; 3) selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentialité subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics; 4) les renseignements sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige; 5) en même temps, les renseignements sont « nécessaires » à la résolution de ces questions; 6) l’octroi d’une ordonnance de confidentialité ne cause pas un préjudice grave à la partie adverse; 7) l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne prime pas les intérêts privés de la partie qui sollicite l’ordonnance de confidentialité. Le fardeau de démontrer que les critères un à six sont respectés incombe à la partie qui cherche à obtenir l’ordonnance de confidentialité. Pour le septième critère, c’est la partie adverse qui doit démontrer que le droit *prima facie* à une ordonnance de non-divulgaration doit céder le pas au besoin de maintenir la publicité des débats judiciaires. En utilisant ces critères, il y a lieu de tenir compte de deux des fils conducteurs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires : la recherche de la vérité et la sauvegarde de la primauté du droit. Comme je l’ai dit au tout début, je ne crois pas que le degré d’importance qu’on croit que le public accorde à une affaire soit une considération pertinente.

31

32

33 In applying these criteria to the circumstances of the case, Robertson J.A. concluded that the confidentiality order should be granted. In his view, the public interest in open court proceedings did not override the interests of AECL in maintaining the confidentiality of these highly technical documents.

34 Robertson J.A. also considered the public interest in the need to ensure that site plans for nuclear installations were not, for example, posted on a Web site. He concluded that a confidentiality order would not undermine the two primary objectives underlying the principle of open justice: truth and the rule of law. As such, he would have allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

V. Issues

- 35 A. What is the proper analytical approach to be applied to the exercise of judicial discretion where a litigant seeks a confidentiality order under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*?
- B. Should the confidentiality order be granted in this case?

VI. Analysis

A. *The Analytical Approach to the Granting of a Confidentiality Order*

(1) The General Framework: Herein the Dagenais Principles

36 The link between openness in judicial proceedings and freedom of expression has been firmly established by this Court. In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, La Forest J. expressed the relationship as follows:

The principle of open courts is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b). Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the

Applicant ces critères aux circonstances de l'espèce, le juge Robertson conclut qu'il y a lieu de rendre l'ordonnance de confidentialité. Selon lui, l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires ne prime pas l'intérêt de ÉACL à préserver le caractère confidentiel de ces documents hautement techniques.

Le juge Robertson traite aussi de l'intérêt du public à ce qu'il soit garanti que les plans de site d'installations nucléaires ne seront pas, par exemple, affichés sur un site Web. Il conclut qu'une ordonnance de confidentialité n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux du principe de la publicité des débats judiciaires, savoir la vérité et la primauté du droit. Il aurait par conséquent accueilli l'appel et rejeté l'appel incident.

V. Questions en litige

- A. Quelle méthode d'analyse faut-il appliquer à l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire lorsqu'une partie demande une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*?
- B. Y a-t-il lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité en l'espèce?

VI. Analyse

A. *Méthode d'analyse applicable aux ordonnances de confidentialité*

(1) Le cadre général : les principes de l'arrêt Dagenais

Le lien entre la publicité des procédures judiciaires et la liberté d'expression est solidement établi dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480. Le juge La Forest l'exprime en ces termes au par. 23 :

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur

freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place.

Under the order sought, public access and public scrutiny of the Confidential Documents would be restricted; this would clearly infringe the public's freedom of expression guarantee.

A discussion of the general approach to be taken in the exercise of judicial discretion to grant a confidentiality order should begin with the principles set out by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Although that case dealt with the common law jurisdiction of the court to order a publication ban in the criminal law context, there are strong similarities between publication bans and confidentiality orders in the context of judicial proceedings. In both cases a restriction on freedom of expression is sought in order to preserve or promote an interest engaged by those proceedings. As such, the fundamental question for a court to consider in an application for a publication ban or a confidentiality order is whether, in the circumstances, the right to freedom of expression should be compromised.

Although in each case freedom of expression will be engaged in a different context, the *Dagenais* framework utilizes overarching *Canadian Charter of Rights and Freedoms* principles in order to balance freedom of expression with other rights and interests, and thus can be adapted and applied to various circumstances. As a result, the analytical approach to the exercise of discretion under Rule 151 should echo the underlying principles laid out in *Dagenais*, although it must be tailored to the specific rights and interests engaged in this case.

Dagenais dealt with an application by four accused persons under the court's common law jurisdiction requesting an order prohibiting the broadcast of a television programme dealing with the physical and sexual abuse of young boys at

le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2b), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux.

L'ordonnance sollicitée aurait pour effet de limiter l'accès du public aux documents confidentiels et leur examen public; cela porterait clairement atteinte à la garantie de la liberté d'expression du public.

L'examen de la méthode générale à suivre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance de confidentialité devrait commencer par les principes établis par la Cour dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Cette affaire portait sur le pouvoir discrétionnaire judiciaire, issu de la common law, de rendre des ordonnances de non-publication dans le cadre de procédures criminelles, mais il y a de fortes ressemblances entre les interdictions de publication et les ordonnances de confidentialité dans le contexte des procédures judiciaires. Dans les deux cas, on cherche à restreindre la liberté d'expression afin de préserver ou de promouvoir un intérêt en jeu dans les procédures. En ce sens, la question fondamentale que doit résoudre le tribunal auquel on demande une interdiction de publication ou une ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d'expression.

Même si, dans chaque cas, la liberté d'expression entre en jeu dans un contexte différent, le cadre établi dans *Dagenais* fait appel aux principes déterminants de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, et peut donc être adapté et appliqué à diverses circonstances. L'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime de la règle 151 devrait par conséquent refléter les principes sous-jacents établis par *Dagenais*, même s'il faut pour cela l'ajuster aux droits et intérêts précis qui sont en jeu en l'espèce.

L'affaire *Dagenais* porte sur une requête par laquelle quatre accusés demandaient à la cour de rendre, en vertu de sa compétence de common law, une ordonnance interdisant la diffusion d'une émission de télévision décrivant des abus physiques et

37

38

39

religious institutions. The applicants argued that because the factual circumstances of the programme were very similar to the facts at issue in their trials, the ban was necessary to preserve the accused's right to a fair trial.

40

Lamer C.J. found that the common law discretion to order a publication ban must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*. Since publication bans necessarily curtail the freedom of expression of third parties, he adapted the pre-*Charter* common law rule such that it balanced the right to freedom of expression with the right to a fair trial of the accused in a way which reflected the substance of the test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. At p. 878 of *Dagenais*, Lamer C.J. set out his reformulated test:

A publication ban should only be ordered when:

(a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and

(b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. [Emphasis in original.]

41

In *New Brunswick*, *supra*, this Court modified the *Dagenais* test in the context of the related issue of how the discretionary power under s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to exclude the public from a trial should be exercised. That case dealt with an appeal from the trial judge's order excluding the public from the portion of a sentencing proceeding for sexual assault and sexual interference dealing with the specific acts committed by the accused on the basis that it would avoid "undue hardship" to both the victims and the accused.

42

La Forest J. found that s. 486(1) was a restriction on the s. 2(b) right to freedom of expression in that it provided a "discretionary bar on public and media access to the courts": *New Brunswick*, at para. 33;

sexuels infligés à de jeunes garçons dans des établissements religieux. Les requérants soutenaient que l'interdiction était nécessaire pour préserver leur droit à un procès équitable, parce que les faits racontés dans l'émission ressemblaient beaucoup aux faits en cause dans leurs procès.

Le juge en chef Lamer conclut que le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'interdiction de publication doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte*. Puisque les ordonnances de non-publication restreignent nécessairement la liberté d'expression de tiers, il adapte la règle de common law qui s'appliquait avant l'entrée en vigueur de la *Charte* de façon à établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable, d'une façon qui reflète l'essence du critère énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À la page 878 de *Dagenais*, le juge en chef Lamer énonce le critère reformulé :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. [Souligné dans l'original.]

Dans *Nouveau-Brunswick*, précité, la Cour modifie le critère de l'arrêt *Dagenais* dans le contexte de la question voisine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion du public d'un procès en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agissait d'un appel d'une décision du juge du procès d'ordonner l'exclusion du public de la partie des procédures de détermination de la peine pour agression sexuelle et contacts sexuels portant sur les actes précis commis par l'accusé, au motif que cela éviterait un « préjudice indu » aux victimes et à l'accusé.

Le juge La Forest conclut que le par. 486(1) limite la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) en créant un « pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux

however he found this infringement to be justified under s. 1 provided that the discretion was exercised in accordance with the *Charter*. Thus, the approach taken by La Forest J. at para. 69 to the exercise of discretion under s. 486(1) of the *Criminal Code*, closely mirrors the *Dagenais* common law test:

(a) the judge must consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;

(b) the judge must consider whether the order is limited as much as possible; and

(c) the judge must weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

In applying this test to the facts of the case, La Forest J. found that the evidence of the potential undue hardship consisted mainly in the Crown's submission that the evidence was of a "delicate nature" and that this was insufficient to override the infringement on freedom of expression.

This Court has recently revisited the granting of a publication ban under the court's common law jurisdiction in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, and its companion case *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77. In *Mentuck*, the Crown moved for a publication ban to protect the identity of undercover police officers and operational methods employed by the officers in their investigation of the accused. The accused opposed the motion as an infringement of his right to a fair and public hearing under s. 11(d) of the *Charter*. The order was also opposed by two intervening newspapers as an infringement of their right to freedom of expression.

The Court noted that, while *Dagenais* dealt with the balancing of freedom of expression on the one hand, and the right to a fair trial of the accused on the other, in the case before it, both the right of the

tribunaux » (*Nouveau-Brunswick*, par. 33). Il considère toutefois que l'atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier pourvu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la *Charte*. Donc l'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, décrite par le juge La Forest au par. 69, concorde étroitement avec le critère de common law établi par *Dagenais* :

a) le juge doit envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;

b) il doit se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et

c) il doit comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels.

Appliquant cette analyse aux faits de l'espèce, le juge La Forest conclut que la preuve du risque de préjudice indu consiste principalement en la prétention de l'avocat du ministère public quant à la « nature délicate » des faits relatifs aux infractions et que cela ne suffit pas pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

La Cour a récemment réexaminé la question des interdictions de publication prononcées par un tribunal en vertu de sa compétence de common law dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, et l'arrêt connexe *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77. Dans *Mentuck*, le ministère public demandait l'interdiction de publication en vue de protéger l'identité de policiers banalisés et leurs méthodes d'enquête. L'accusé s'opposait à la demande en soutenant que l'interdiction porterait atteinte à son droit à un procès public et équitable protégé par l'al. 11d) de la *Charte*. Deux journaux intervenants s'opposaient aussi à la requête, en faisant valoir qu'elle porterait atteinte à leur droit à la liberté d'expression.

La Cour fait remarquer que *Dagenais* traite de la pondération de la liberté d'expression, d'une part, et du droit de l'accusé à un procès équitable, d'autre part, tandis que dans l'affaire dont elle est saisie, le

accused to a fair and public hearing, and freedom of expression weighed in favour of denying the publication ban. These rights were balanced against interests relating to the proper administration of justice, in particular, protecting the safety of police officers and preserving the efficacy of undercover police operations.

45

In spite of this distinction, the Court noted that underlying the approach taken in both *Dagenais* and *New Brunswick* was the goal of ensuring that the judicial discretion to order publication bans is subject to no lower a standard of compliance with the *Charter* than legislative enactment. This goal is furthered by incorporating the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test into the publication ban test. Since this same goal applied in the case before it, the Court adopted a similar approach to that taken in *Dagenais*, but broadened the *Dagenais* test (which dealt specifically with the right of an accused to a fair trial) such that it could guide the exercise of judicial discretion where a publication ban is requested in order to preserve any important aspect of the proper administration of justice. At para. 32, the Court reformulated the test as follows:

A publication ban should only be ordered when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

46

The Court emphasized that under the first branch of the test, three important elements were subsumed under the “necessity” branch. First, the risk in question must be a serious risk well grounded in the evidence. Second, the phrase “proper administration of justice” must be carefully interpreted so as not to

droit de l'accusé à un procès public et équitable tout autant que la liberté d'expression militent en faveur du rejet de la requête en interdiction de publication. Ces droits ont été soupesés avec l'intérêt de la bonne administration de la justice, en particulier la protection de la sécurité des policiers et le maintien de l'efficacité des opérations policières secrètes.

Malgré cette distinction, la Cour note que la méthode retenue dans *Dagenais* et *Nouveau-Brunswick* a pour objectif de garantir que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'ordonner des interdictions de publication n'est pas assujéti à une norme de conformité à la *Charte* moins exigeante que la norme applicable aux dispositions législatives. Elle vise cet objectif en incorporant l'essence de l'article premier de la *Charte* et le critère *Oakes* dans l'analyse applicable aux interdictions de publication. Comme le même objectif s'applique à l'affaire dont elle est saisie, la Cour adopte une méthode semblable à celle de *Dagenais*, mais en élargissant le critère énoncé dans cet arrêt (qui portait spécifiquement sur le droit de l'accusé à un procès équitable) de manière à fournir un guide à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans les requêtes en interdiction de publication, afin de protéger tout aspect important de la bonne administration de la justice. La Cour reformule le critère en ces termes (au par. 32) :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

La Cour souligne que dans le premier volet de l'analyse, trois éléments importants sont subsumés sous la notion de « nécessité ». En premier lieu, le risque en question doit être sérieux et bien étayé par la preuve. En deuxième lieu, l'expression « bonne administration de la justice » doit être interprétée

allow the concealment of an excessive amount of information. Third, the test requires the judge ordering the ban to consider not only whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the ban as far as possible without sacrificing the prevention of the risk.

At para. 31, the Court also made the important observation that the proper administration of justice will not necessarily involve *Charter* rights, and that the ability to invoke the *Charter* is not a necessary condition for a publication ban to be granted:

The [common law publication ban] rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. As the test is intended to “reflec[t] the substance of the *Oakes* test”, we cannot require that *Charter* rights be the only legitimate objective of such orders any more than we require that government action or legislation in violation of the *Charter* be justified exclusively by the pursuit of another *Charter* right. [Emphasis added.]

The Court also anticipated that, in appropriate circumstances, the *Dagenais* framework could be expanded even further in order to address requests for publication bans where interests other than the administration of justice were involved.

Mentuck is illustrative of the flexibility of the *Dagenais* approach. Since its basic purpose is to ensure that the judicial discretion to deny public access to the courts is exercised in accordance with *Charter* principles, in my view, the *Dagenais* model can and should be adapted to the situation in the case at bar where the central issue is whether judicial discretion should be exercised so as to exclude confidential information from a public proceeding. As in *Dagenais*, *New Brunswick* and *Mentuck*, granting the confidentiality order will have a negative effect on the *Charter* right to freedom of expression, as well as the principle of open and accessible court proceedings, and, as in those cases, courts must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles.

judicieusement de façon à ne pas empêcher la divulgation d'un nombre excessif de renseignements. En troisième lieu, le critère exige non seulement que le juge qui prononce l'ordonnance détermine s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu'il limite l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.

Au paragraphe 31, la Cour fait aussi l'importante observation que la bonne administration de la justice n'implique pas nécessairement des droits protégés par la *Charte*, et que la possibilité d'invoquer la *Charte* n'est pas une condition nécessaire à l'obtention d'une interdiction de publication :

Elle [la règle de common law] peut s'appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l'intérêt de l'administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. Comme on veut que le critère « reflète [. . .] l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », nous ne pouvons pas exiger que ces ordonnances aient pour seul objectif légitime les droits garantis par la *Charte*, pas plus que nous exigeons que les actes gouvernementaux et les dispositions législatives contrevenant à la *Charte* soient justifiés exclusivement par la recherche d'un autre droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

La Cour prévoit aussi que, dans les cas voulus, le critère de *Dagenais* pourrait être élargi encore davantage pour régir des requêtes en interdiction de publication mettant en jeu des questions autres que l'administration de la justice.

Mentuck illustre bien la souplesse de la méthode *Dagenais*. Comme elle a pour objet fondamental de garantir que le pouvoir discrétionnaire d'interdire l'accès du public aux tribunaux est exercé conformément aux principes de la *Charte*, à mon avis, le modèle *Dagenais* peut et devrait être adapté à la situation de la présente espèce, où la question centrale est l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure des renseignements confidentiels au cours d'une procédure publique. Comme dans *Dagenais*, *Nouveau-Brunswick* et *Mentuck*, une ordonnance de confidentialité aura un effet négatif sur le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, de même que sur le principe de la publicité des débats judiciaires et, comme dans ces affaires, les tribunaux doivent veiller à ce que le

47

48

However, in order to adapt the test to the context of this case, it is first necessary to determine the particular rights and interests engaged by this application.

(2) The Rights and Interests of the Parties

49 The immediate purpose for AECL's confidentiality request relates to its commercial interests. The information in question is the property of the Chinese authorities. If the appellant were to disclose the Confidential Documents, it would be in breach of its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. This is clear from the findings of fact of the motions judge that AECL was bound by its commercial interests and its customer's property rights not to disclose the information (para. 27), and that such disclosure could harm the appellant's commercial interests (para. 23).

50 Aside from this direct commercial interest, if the confidentiality order is denied, then in order to protect its commercial interests, the appellant will have to withhold the documents. This raises the important matter of the litigation context in which the order is sought. As both the motions judge and the Federal Court of Appeal found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders the appellant's capacity to make full answer and defence, or, expressed more generally, the appellant's right, as a civil litigant, to present its case. In that sense, preventing the appellant from disclosing these documents on a confidential basis infringes its right to a fair trial. Although in the context of a civil proceeding this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial generally can be viewed as a fundamental principle of justice: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 84, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting, but not on that point). Although this fair trial right is directly relevant to the appellant, there is also a general public interest in protecting the right to a fair trial. Indeed, as a general proposition, all disputes in the courts should be decided under a fair trial standard. The legitimacy of the judicial process alone

pouvoir discrétionnaire d'accorder l'ordonnance soit exercé conformément aux principes de la *Charte*. Toutefois, pour adapter le critère au contexte de la présente espèce, il faut d'abord définir les droits et intérêts particuliers qui entrent en jeu.

(2) Les droits et les intérêts des parties

L'objet immédiat de la demande d'ordonnance de confidentialité d'ÉACL a trait à ses intérêts commerciaux. Les renseignements en question appartiennent aux autorités chinoises. Si l'appelante divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Il ressort clairement des conclusions de fait du juge des requêtes qu'ÉACL est tenue, par ses intérêts commerciaux et par les droits de propriété de son client, de ne pas divulguer ces renseignements (par. 27), et que leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l'appelante (par. 23).

Indépendamment de cet intérêt commercial direct, en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité, l'appelante devra, pour protéger ses intérêts commerciaux, s'abstenir de produire les documents. Cela soulève l'importante question du contexte de la présentation de la demande. Comme le juge des requêtes et la Cour d'appel fédérale concluent tous deux que l'information contenue dans les documents confidentiels est pertinente pour les moyens de défense prévus par la *LCÉE*, le fait de ne pouvoir la produire nuit à la capacité de l'appelante de présenter une défense pleine et entière ou, plus généralement, au droit de l'appelante, en sa qualité de justiciable civile, de défendre sa cause. En ce sens, empêcher l'appelante de divulguer ces documents pour des raisons de confidentialité porte atteinte à son droit à un procès équitable. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable peut généralement être considéré comme un principe de justice fondamentale : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 84, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point). Le droit à un procès équitable intéresse directement l'appelante, mais le public a aussi un intérêt général à la protection du droit à un procès équitable. À vrai dire, le principe

demands as much. Similarly, courts have an interest in having all relevant evidence before them in order to ensure that justice is done.

Thus, the interests which would be promoted by a confidentiality order are the preservation of commercial and contractual relations, as well as the right of civil litigants to a fair trial. Related to the latter are the public and judicial interests in seeking the truth and achieving a just result in civil proceedings.

In opposition to the confidentiality order lies the fundamental principle of open and accessible court proceedings. This principle is inextricably tied to freedom of expression enshrined in s. 2(b) of the *Charter: New Brunswick, supra*, at para. 23. The importance of public and media access to the courts cannot be understated, as this access is the method by which the judicial process is scrutinized and criticized. Because it is essential to the administration of justice that justice is done and is seen to be done, such public scrutiny is fundamental. The open court principle has been described as “the very soul of justice”, guaranteeing that justice is administered in a non-arbitrary manner: *New Brunswick*, at para. 22.

(3) Adapting the *Dagenais* Test to the Rights and Interests of the Parties

Applying the rights and interests engaged in this case to the analytical framework of *Dagenais* and subsequent cases discussed above, the test for whether a confidentiality order ought to be granted in a case such as this one should be framed as follows:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

général est que tout litige porté devant les tribunaux doit être tranché selon la norme du procès équitable. La légitimité du processus judiciaire n'exige pas moins. De même, les tribunaux ont intérêt à ce que toutes les preuves pertinentes leur soient présentées pour veiller à ce que justice soit faite.

Ainsi, les intérêts que favoriserait l'ordonnance de confidentialité seraient le maintien de relations commerciales et contractuelles, de même que le droit des justiciables civils à un procès équitable. Est lié à ce dernier droit l'intérêt du public et du judiciaire dans la recherche de la vérité et la solution juste des litiges civils.

Milite contre l'ordonnance de confidentialité le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires. Ce principe est inextricablement lié à la liberté d'expression constitutionnalisée à l'al. 2b) de la *Charte : Nouveau-Brunswick*, précité, par. 23. L'importance de l'accès du public et des médias aux tribunaux ne peut être sous-estimée puisque l'accès est le moyen grâce auquel le processus judiciaire est soumis à l'examen et à la critique. Comme il est essentiel à l'administration de la justice que justice soit faite et soit perçue comme l'étant, cet examen public est fondamental. Le principe de la publicité des procédures judiciaires a été décrit comme le « souffle même de la justice », la garantie de l'absence d'arbitraire dans l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, par. 22.

(3) Adaptation de l'analyse de *Dagenais* aux droits et intérêts des parties

Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de *Dagenais* et des arrêts subséquents précités, il convient d'énoncer de la façon suivante les conditions applicables à une ordonnance de confidentialité dans un cas comme l'espèce :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;

51

52

53

(b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

54

As in *Mentuck*, I would add that three important elements are subsumed under the first branch of this test. First, the risk in question must be real and substantial, in that the risk is well grounded in the evidence, and poses a serious threat to the commercial interest in question.

55

In addition, the phrase “important commercial interest” is in need of some clarification. In order to qualify as an “important commercial interest”, the interest in question cannot merely be specific to the party requesting the order; the interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality. For example, a private company could not argue simply that the existence of a particular contract should not be made public because to do so would cause the company to lose business, thus harming its commercial interests. However, if, as in this case, exposure of information would cause a breach of a confidentiality agreement, then the commercial interest affected can be characterized more broadly as the general commercial interest of preserving confidential information. Simply put, if there is no general principle at stake, there can be no “important commercial interest” for the purposes of this test. Or, in the words of Binnie J. in *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 10, the open court rule only yields “where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness” (emphasis added).

56

In addition to the above requirement, courts must be cautious in determining what constitutes an “important commercial interest”. It must be remembered that a confidentiality order involves an infringement on freedom of expression. Although the balancing of the commercial interest with freedom of expression takes place under the second

b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

Comme dans *Mentuck*, j'ajouterais que trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. En premier lieu, le risque en cause doit être réel et important, en ce qu'il est bien étayé par la preuve et menace gravement l'intérêt commercial en question.

De plus, l'expression « intérêt commercial important » exige une clarification. Pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Par exemple, une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux. Si toutefois, comme en l'espèce, la divulgation de renseignements doit entraîner un manquement à une entente de non-divulgence, on peut alors parler plus largement de l'intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels. Simplement, si aucun principe général n'entre en jeu, il ne peut y avoir d'« intérêt commercial important » pour les besoins de l'analyse. Ou, pour citer le juge Binnie dans *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 10, la règle de la publicité des débats judiciaires ne cède le pas que « dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité » (je souligne).

Outre l'exigence susmentionnée, les tribunaux doivent déterminer avec prudence ce qui constitue un « intérêt commercial important ». Il faut rappeler qu'une ordonnance de confidentialité implique une atteinte à la liberté d'expression. Même si la pondération de l'intérêt commercial et de la liberté d'expression intervient à la deuxième étape

branch of the test, courts must be alive to the fundamental importance of the open court rule. See generally Muldoon J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (F.C.T.D.), at p. 439.

Finally, the phrase “reasonably alternative measures” requires the judge to consider not only whether reasonable alternatives to a confidentiality order are available, but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

B. *Application of the Test to this Appeal*

(1) Necessity

At this stage, it must be determined whether disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and whether there are reasonable alternatives, either to the order itself, or to its terms.

The commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality. The appellant argues that it will suffer irreparable harm to its commercial interests if the Confidential Documents are disclosed. In my view, the preservation of confidential information constitutes a sufficiently important commercial interest to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met.

Pelletier J. noted that the order sought in this case was similar in nature to an application for a protective order which arises in the context of patent litigation. Such an order requires the applicant to demonstrate that the information in question has been treated at all relevant times as confidential and that on a balance of probabilities its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.), at p. 434. To this I would add the requirement proposed

de l’analyse, les tribunaux doivent avoir pleinement conscience de l’importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires. Voir généralement *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (C.F. 1^{re} inst.), p. 439, le juge Muldoon.

Enfin, l’expression « autres options raisonnables » oblige le juge non seulement à se demander s’il existe des mesures raisonnables autres que l’ordonnance de confidentialité, mais aussi à restreindre l’ordonnance autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt commercial en question.

B. *Application de l’analyse en l’espèce*

(1) Nécessité

À cette étape, il faut déterminer si la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l’appelante, et s’il existe d’autres solutions raisonnables que l’ordonnance elle-même, ou ses modalités.

L’intérêt commercial en jeu en l’espèce a trait à la préservation d’obligations contractuelles de confidentialité. L’appelante fait valoir qu’un préjudice irréparable sera causé à ses intérêts commerciaux si les documents confidentiels sont divulgués. À mon avis, la préservation de renseignements confidentiels est un intérêt commercial suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l’analyse dès lors que certaines conditions relatives aux renseignements sont réunies.

Le juge Pelletier souligne que l’ordonnance sollicitée en l’espèce s’apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l’obtenir, le requérant doit démontrer que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n^o 1850 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), par. 29-30. J’ajouterais à cela

57

58

59

60

by Robertson J.A. that the information in question must be of a “confidential nature” in that it has been “accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential” as opposed to “facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed” (para. 14).

61 Pelletier J. found as a fact that the *AB Hassle* test had been satisfied in that the information had clearly been treated as confidential both by the appellant and by the Chinese authorities, and that, on a balance of probabilities, disclosure of the information could harm the appellant’s commercial interests (para. 23). As well, Robertson J.A. found that the information in question was clearly of a confidential nature as it was commercial information, consistently treated and regarded as confidential, that would be of interest to AECL’s competitors (para. 16). Thus, the order is sought to prevent a serious risk to an important commercial interest.

62 The first branch of the test also requires the consideration of alternative measures to the confidentiality order, as well as an examination of the scope of the order to ensure that it is not overly broad. Both courts below found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to potential defences available to the appellant under the *CEAA* and this finding was not appealed at this Court. Further, I agree with the Court of Appeal’s assertion (at para. 99) that, given the importance of the documents to the right to make full answer and defence, the appellant is, practically speaking, compelled to produce the documents. Given that the information is necessary to the appellant’s case, it remains only to determine whether there are reasonably alternative means by which the necessary information can be adduced without disclosing the confidential information.

63 Two alternatives to the confidentiality order were put forward by the courts below. The motions judge suggested that the Confidential Documents could be expunged of their commercially sensitive contents, and edited versions of the documents could be

l’exigence proposée par le juge Robertson que les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu’ils ont été « recueillis dans l’expectative raisonnable qu’ils resteront confidentiels », par opposition à « des faits qu’une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos » (par. 14).

Le juge Pelletier constate que le critère établi dans *AB Hassle* est respecté puisque tant l’appelante que les autorités chinoises ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l’appelante (par. 23). Le juge Robertson conclut lui aussi que les renseignements en question sont clairement confidentiels puisqu’il s’agit de renseignements commerciaux, uniformément reconnus comme étant confidentiels, qui présentent un intérêt pour les concurrents d’ÉACL (par. 16). Par conséquent, l’ordonnance est demandée afin de prévenir un risque sérieux de préjudice à un intérêt commercial important.

Le premier volet de l’analyse exige aussi l’examen d’options raisonnables autres que l’ordonnance de confidentialité, et de la portée de l’ordonnance pour s’assurer qu’elle n’est pas trop vaste. Les deux jugements antérieurs en l’espèce concluent que les renseignements figurant dans les documents confidentiels sont pertinents pour les moyens de défense offerts à l’appelante en vertu de la *LCÉE*, et cette conclusion n’est pas portée en appel devant notre Cour. De plus, je suis d’accord avec la Cour d’appel lorsqu’elle affirme (au par. 99) que vu l’importance des documents pour le droit de présenter une défense pleine et entière, l’appelante est pratiquement forcée de les produire. Comme les renseignements sont nécessaires à la cause de l’appelante, il ne reste qu’à déterminer s’il existe d’autres options raisonnables pour communiquer les renseignements nécessaires sans divulguer de renseignements confidentiels.

Deux options autres que l’ordonnance de confidentialité sont mentionnées dans les décisions antérieures. Le juge des requêtes suggère de retrancher des documents les passages commercialement délicats et de produire les versions ainsi modifiées.

filed. As well, the majority of the Court of Appeal, in addition to accepting the possibility of expungement, was of the opinion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits could go a long way to compensate for the absence of the originals. If either of these options is a reasonable alternative to submitting the Confidential Documents under a confidentiality order, then the order is not necessary, and the application does not pass the first branch of the test.

There are two possible options with respect to expungement, and in my view, there are problems with both of these. The first option would be for AECL to expunge the confidential information without disclosing the expunged material to the parties and the court. However, in this situation the filed material would still differ from the material used by the affiants. It must not be forgotten that this motion arose as a result of Sierra Club's position that the summaries contained in the affidavits should be accorded little or no weight without the presence of the underlying documents. Even if the relevant information and the confidential information were mutually exclusive, which would allow for the disclosure of all the information relied on in the affidavits, this relevancy determination could not be tested on cross-examination because the expunged material would not be available. Thus, even in the best case scenario, where only irrelevant information needed to be expunged, the parties would be put in essentially the same position as that which initially generated this appeal, in the sense that, at least some of the material relied on to prepare the affidavits in question would not be available to Sierra Club.

Further, I agree with Robertson J.A. that this best case scenario, where the relevant and the confidential information do not overlap, is an untested assumption (para. 28). Although the documents themselves were not put before the courts on this motion, given that they comprise thousands of pages of detailed information, this assumption is at best optimistic. The expungement alternative would be further complicated by the fact that the Chinese

La majorité en Cour d'appel estime que, outre cette possibilité d'épuration des documents, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pourrait, dans une large mesure, compenser l'absence des originaux. Si l'une ou l'autre de ces deux options peut raisonnablement se substituer au dépôt des documents confidentiels aux termes d'une ordonnance de confidentialité, alors l'ordonnance n'est pas nécessaire et la requête ne franchit pas la première étape de l'analyse.

Il existe deux possibilités pour l'épuration des documents et, selon moi, elles comportent toutes deux des problèmes. La première serait que ÉACL retranche les renseignements confidentiels sans divulguer les éléments retranchés ni aux parties ni au tribunal. Toutefois, dans cette situation, la documentation déposée serait encore différente de celle utilisée pour les affidavits. Il ne faut pas perdre de vue que la requête découle de l'argument de Sierra Club selon lequel le tribunal ne devrait accorder que peu ou pas de poids aux résumés sans la présence des documents de base. Même si on pouvait totalement séparer les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels, ce qui permettrait la divulgation de tous les renseignements sur lesquels se fondent les affidavits, l'appréciation de leur pertinence ne pourrait pas être mise à l'épreuve en contre-interrogatoire puisque la documentation retranchée ne serait pas disponible. Par conséquent, même dans le meilleur cas de figure, où l'on n'aurait qu'à retrancher les renseignements non pertinents, les parties se retrouveraient essentiellement dans la même situation que celle qui a donné lieu au pourvoi, en ce sens qu'au moins une partie des documents ayant servi à la préparation des affidavits en question ne serait pas mise à la disposition de Sierra Club.

De plus, je partage l'opinion du juge Robertson que ce meilleur cas de figure, où les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels ne se recoupent pas, est une hypothèse non confirmée (par. 28). Même si les documents eux-mêmes n'ont pas été produits devant les tribunaux dans le cadre de la présente requête, parce qu'ils comprennent des milliers de pages de renseignements détaillés, cette hypothèse est au mieux optimiste. L'option de

64

65

authorities require prior approval for any request by AECL to disclose information.

66 The second option is that the expunged material be made available to the court and the parties under a more narrowly drawn confidentiality order. Although this option would allow for slightly broader public access than the current confidentiality request, in my view, this minor restriction to the current confidentiality request is not a viable alternative given the difficulties associated with expungement in these circumstances. The test asks whether there are reasonably alternative measures; it does not require the adoption of the absolutely least restrictive option. With respect, in my view, expungement of the Confidential Documents would be a virtually unworkable and ineffective solution that is not reasonable in the circumstances.

67 A second alternative to a confidentiality order was Evans J.A.'s suggestion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits "may well go a long way to compensate for the absence of the originals" (para. 103). However, he appeared to take this fact into account merely as a factor to be considered when balancing the various interests at stake. I would agree that at this threshold stage to rely on the summaries alone, in light of the intention of Sierra Club to argue that they should be accorded little or no weight, does not appear to be a "reasonably alternative measure" to having the underlying documents available to the parties.

68 With the above considerations in mind, I find the confidentiality order necessary in that disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and that there are no reasonably alternative measures to granting the order.

(2) The Proportionality Stage

69 As stated above, at this stage, the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the appellant's right to a fair trial, must be weighed against the deleterious effects of the confidentiality order, including the effects on the right to free

l'épuration serait en outre compliquée par le fait que les autorités chinoises exigent l'approbation préalable de toute demande de divulgation de renseignements de la part d'ÉACL.

La deuxième possibilité serait de mettre les documents supprimés à la disposition du tribunal et des parties en vertu d'une ordonnance de confidentialité plus restreinte. Bien que cela permettrait un accès public un peu plus large que ne le ferait l'ordonnance de confidentialité sollicitée, selon moi, cette restriction mineure à la requête n'est pas une option viable étant donné les difficultés liées à l'épuration dans les circonstances. Il s'agit de savoir s'il y a d'autres options raisonnables et non d'adopter l'option qui soit absolument la moins restrictive. Avec égards, j'estime que l'épuration des documents confidentiels serait une solution virtuellement impraticable et inefficace qui n'est pas raisonnable dans les circonstances.

Une deuxième option autre que l'ordonnance de confidentialité serait, selon le juge Evans, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pour « dans une large mesure, compenser [leur] absence » (par. 103). Il ne semble toutefois envisager ce fait qu'à titre de facteur à considérer dans la pondération des divers intérêts en cause. Je conviens qu'à cette étape liminaire, se fonder uniquement sur les résumés en connaissant l'intention de Sierra Club de plaider leur faiblesse ou l'absence de valeur probante, ne semble pas être une « autre option raisonnable » à la communication aux parties des documents de base.

Vu les facteurs susmentionnés, je conclus que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire en ce que la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l'appelante, et qu'il n'existe pas d'autres options raisonnables.

(2) L'étape de la proportionnalité

Comme on le mentionne plus haut, à cette étape, les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité, y compris ses effets sur le droit de l'appelante à un procès équitable, doivent être pondérés avec ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur le droit

expression, which in turn is connected to the principle of open and accessible court proceedings. This balancing will ultimately determine whether the confidentiality order ought to be granted.

(a) *Salutary Effects of the Confidentiality Order*

As discussed above, the primary interest that would be promoted by the confidentiality order is the public interest in the right of a civil litigant to present its case, or, more generally, the fair trial right. Because the fair trial right is being invoked in this case in order to protect commercial, not liberty, interests of the appellant, the right to a fair trial in this context is not a *Charter* right; however, a fair trial for all litigants has been recognized as a fundamental principle of justice: *Ryan, supra*, at para. 84. It bears repeating that there are circumstances where, in the absence of an affected *Charter* right, the proper administration of justice calls for a confidentiality order: *Mentuck, supra*, at para. 31. In this case, the salutary effects that such an order would have on the administration of justice relate to the ability of the appellant to present its case, as encompassed by the broader fair trial right.

The Confidential Documents have been found to be relevant to defences that will be available to the appellant in the event that the *CEAA* is found to apply to the impugned transaction and, as discussed above, the appellant cannot disclose the documents without putting its commercial interests at serious risk of harm. As such, there is a very real risk that, without the confidentiality order, the ability of the appellant to mount a successful defence will be seriously curtailed. I conclude, therefore, that the confidentiality order would have significant salutary effects on the appellant's right to a fair trial.

Aside from the salutary effects on the fair trial interest, the confidentiality order would also have a beneficial impact on other important rights and interests. First, as I discuss in more detail below, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the Confidential Documents, and

à la liberté d'expression, qui à son tour est lié au principe de la publicité des débats judiciaires. Cette pondération déterminera finalement s'il y a lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité.

a) *Les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité*

Comme nous l'avons vu, le principal intérêt qui serait promu par l'ordonnance de confidentialité est l'intérêt du public à la protection du droit du justiciable civil de faire valoir sa cause ou, de façon plus générale, du droit à un procès équitable. Puisque l'appelante l'invoque en l'espèce pour protéger ses intérêts commerciaux et non son droit à la liberté, le droit à un procès équitable dans ce contexte n'est pas un droit visé par la *Charte*; toutefois, le droit à un procès équitable pour tous les justiciables a été reconnu comme un principe de justice fondamentale : *Ryan*, précité, par. 84. Il y a lieu de rappeler qu'il y a des circonstances où, en l'absence de violation d'un droit garanti par la *Charte*, la bonne administration de la justice exige une ordonnance de confidentialité : *Mentuck*, précité, par. 31. En l'espèce, les effets bénéfiques d'une telle ordonnance sur l'administration de la justice tiennent à la capacité de l'appelante de soutenir sa cause, dans le cadre du droit plus large à un procès équitable.

Les documents confidentiels ont été jugés pertinents en ce qui a trait aux moyens de défense que l'appelante pourrait invoquer s'il est jugé que la *LCEE* s'applique à l'opération attaquée et, comme nous l'avons vu, l'appelante ne peut communiquer les documents sans risque sérieux pour ses intérêts commerciaux. De ce fait, il existe un risque bien réel que, sans l'ordonnance de confidentialité, la capacité de l'appelante à mener à bien sa défense soit gravement réduite. Je conclus par conséquent que l'ordonnance de confidentialité aurait d'importants effets bénéfiques pour le droit de l'appelante à un procès équitable.

En plus des effets bénéfiques pour le droit à un procès équitable, l'ordonnance de confidentialité aurait aussi des incidences favorables sur d'autres droits et intérêts importants. En premier lieu, comme je l'exposerai plus en détail ci-après, l'ordonnance de confidentialité permettrait aux parties ainsi qu'au

70

71

72

permit cross-examination based on their contents. By facilitating access to relevant documents in a judicial proceeding, the order sought would assist in the search for truth, a core value underlying freedom of expression.

73 Second, I agree with the observation of Robertson J.A. that, as the Confidential Documents contain detailed technical information pertaining to the construction and design of a nuclear installation, it may be in keeping with the public interest to prevent this information from entering the public domain (para. 44). Although the exact contents of the documents remain a mystery, it is apparent that they contain technical details of a nuclear installation, and there may well be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

(b) *Deleterious Effects of the Confidentiality Order*

74 Granting the confidentiality order would have a negative effect on the open court principle, as the public would be denied access to the contents of the Confidential Documents. As stated above, the principle of open courts is inextricably tied to the s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression, and public scrutiny of the courts is a fundamental aspect of the administration of justice: *New Brunswick, supra*, at paras. 22-23. Although as a general principle, the importance of open courts cannot be overstated, it is necessary to examine, in the context of this case, the particular deleterious effects on freedom of expression that the confidentiality order would have.

75 Underlying freedom of expression are the core values of (1) seeking the truth and the common good; (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit; and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu. En facilitant l'accès aux documents pertinents dans une procédure judiciaire, l'ordonnance sollicitée favoriserait la recherche de la vérité, qui est une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression.

En deuxième lieu, je suis d'accord avec l'observation du juge Robertson selon laquelle puisque les documents confidentiels contiennent des renseignements techniques détaillés touchant la construction et la conception d'une installation nucléaire, il peut être nécessaire, dans l'intérêt public, d'empêcher que ces renseignements tombent dans le domaine public (par. 44). Même si le contenu exact des documents demeure un mystère, il est évident qu'ils comprennent des détails techniques d'une installation nucléaire et il peut bien y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ces renseignements.

b) *Les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité*

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires, puisqu'elle priverait le public de l'accès au contenu des documents confidentiels. Comme on le dit plus haut, le principe de la publicité des débats judiciaires est inextricablement lié au droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*, et la vigilance du public envers les tribunaux est un aspect fondamental de l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, précité, par. 22-23. Même si, à titre de principe général, l'importance de la publicité des débats judiciaires ne peut être sous-estimée, il faut examiner, dans le contexte de l'espèce, les effets préjudiciables particuliers que l'ordonnance de confidentialité aurait sur la liberté d'expression.

Les valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d'expression sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun; (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées; et (3) la participation de tous au processus politique : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *R. c. Keegstra*, [1990]

927, at p. 976; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 762-64, *per* Dickson C.J. *Charter* jurisprudence has established that the closer the speech in question lies to these core values, the harder it will be to justify a s. 2(b) infringement of that speech under s. 1 of the *Charter*: *Keegstra*, at pp. 760-61. Since the main goal in this case is to exercise judicial discretion in a way which conforms to *Charter* principles, a discussion of the deleterious effects of the confidentiality order on freedom of expression should include an assessment of the effects such an order would have on the three core values. The more detrimental the order would be to these values, the more difficult it will be to justify the confidentiality order. Similarly, minor effects of the order on the core values will make the confidentiality order easier to justify.

Seeking the truth is not only at the core of freedom of expression, but it has also been recognized as a fundamental purpose behind the open court rule, as the open examination of witnesses promotes an effective evidentiary process: *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1357-58, *per* Wilson J. Clearly the confidentiality order, by denying public and media access to documents relied on in the proceedings, would impede the search for truth to some extent. Although the order would not exclude the public from the courtroom, the public and the media would be denied access to documents relevant to the evidentiary process.

However, as mentioned above, to some extent the search for truth may actually be promoted by the confidentiality order. This motion arises as a result of Sierra Club's argument that it must have access to the Confidential Documents in order to test the accuracy of Dr. Pang's evidence. If the order is denied, then the most likely scenario is that the appellant will not submit the documents with the unfortunate result that evidence which may be relevant to the proceedings will not be available to Sierra Club or the court. As a result, Sierra Club will not be able to fully test the accuracy of Dr. Pang's evidence on cross-examination. In addition, the court will not have the benefit of this cross-examination or

3 R.C.S. 697, p. 762-764, le juge en chef Dickson. La jurisprudence de la *Charte* établit que plus l'expression en cause est au cœur de ces valeurs fondamentales, plus il est difficile de justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une atteinte à l'al. 2b) à son égard : *Keegstra*, p. 760-761. Comme l'objectif principal en l'espèce est d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans le respect des principes de la *Charte*, l'examen des effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression devrait comprendre une appréciation des effets qu'elle aurait sur les trois valeurs fondamentales. Plus l'ordonnance de confidentialité porte préjudice à ces valeurs, plus il est difficile de la justifier. Inversement, des effets mineurs sur les valeurs fondamentales rendent l'ordonnance de confidentialité plus facile à justifier.

La recherche de la vérité est non seulement au cœur de la liberté d'expression, elle est aussi reconnue comme un objectif fondamental de la règle de la publicité des débats judiciaires, puisque l'examen public des témoins favorise l'efficacité du processus de présentation de la preuve : *Edmonton Journal*, précité, p. 1357-1358, le juge Wilson. À l'évidence, en enlevant au public et aux médias l'accès aux documents invoqués dans les procédures, l'ordonnance de confidentialité nuirait jusqu'à un certain point à la recherche de la vérité. L'ordonnance n'exclurait pas le public de la salle d'audience, mais le public et les médias n'auraient pas accès aux documents pertinents quant à la présentation de la preuve.

Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, la recherche de la vérité peut jusqu'à un certain point être favorisée par l'ordonnance de confidentialité. La présente requête résulte de l'argument de Sierra Club selon lequel il doit avoir accès aux documents confidentiels pour vérifier l'exactitude de la déposition de M. Pang. Si l'ordonnance est refusée, le scénario le plus probable est que l'appellante s'abstiendra de déposer les documents, avec la conséquence fâcheuse que des preuves qui peuvent être pertinentes ne seront pas portées à la connaissance de Sierra Club ou du tribunal. Par conséquent, Sierra Club ne sera pas en mesure de vérifier complètement l'exactitude de la preuve de M. Pang en contre-

76

77

documentary evidence, and will be required to draw conclusions based on an incomplete evidentiary record. This would clearly impede the search for truth in this case.

78 As well, it is important to remember that the confidentiality order would restrict access to a relatively small number of highly technical documents. The nature of these documents is such that the general public would be unlikely to understand their contents, and thus they would contribute little to the public interest in the search for truth in this case. However, in the hands of the parties and their respective experts, the documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would in turn assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the nature of the documents, in my view, the important value of the search for truth which underlies both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the Confidential Documents under the order sought than it would by denying the order, and thereby preventing the parties and the court from relying on the documents in the course of the litigation.

79 In addition, under the terms of the order sought, the only restrictions on these documents relate to their public distribution. The Confidential Documents would be available to the court and the parties, and public access to the proceedings would not be impeded. As such, the order represents a fairly minimal intrusion into the open court rule, and thus would not have significant deleterious effects on this principle.

80 The second core value underlying freedom of speech, namely, the promotion of individual self-fulfilment by allowing open development of thoughts and ideas, focusses on individual expression, and thus does not closely relate to the open court principle which involves institutional expression. Although the confidentiality order would

interrogatoire. De plus, le tribunal ne bénéficierait pas du contre-interrogatoire ou de cette preuve documentaire, et il lui faudrait tirer des conclusions fondées sur un dossier de preuve incomplet. Cela nuirait manifestement à la recherche de la vérité en l'espèce.

De plus, il importe de rappeler que l'ordonnance de confidentialité ne restreindrait l'accès qu'à un nombre relativement peu élevé de documents hautement techniques. La nature de ces documents est telle que le public en général est peu susceptible d'en comprendre le contenu, de sorte qu'ils contribueraient peu à l'intérêt du public à la recherche de la vérité en l'espèce. Toutefois, dans les mains des parties et de leurs experts respectifs, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, ce qui devrait aussi aider le tribunal à tirer des conclusions de fait exactes. À mon avis, compte tenu de leur nature, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance de confidentialité sollicitée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le rejet de la demande qui aurait pour effet d'empêcher les parties et le tribunal de se fonder sur les documents au cours de l'instance.

De plus, aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions imposées à l'égard de ces documents ont trait à leur distribution publique. Les documents confidentiels seraient mis à la disposition du tribunal et des parties, et il n'y aurait pas d'entrave à l'accès du public aux procédures. À ce titre, l'ordonnance représente une atteinte relativement minimale à la règle de la publicité des débats judiciaires et elle n'aurait donc pas d'effets préjudiciables importants sur ce principe.

La deuxième valeur fondamentale sous-jacente à la liberté d'expression, la promotion de l'épanouissement personnel par le libre développement de la pensée et des idées, est centrée sur l'expression individuelle et n'est donc pas étroitement liée au principe de la publicité des débats judiciaires qui concerne l'expression institutionnelle. Même

restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, I find that this value would not be significantly affected by the confidentiality order.

The third core value, open participation in the political process, figures prominently in this appeal, as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. This connection was pointed out by Cory J. in *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1339:

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

Although there is no doubt as to the importance of open judicial proceedings to a democratic society, there was disagreement in the courts below as to whether the weight to be assigned to the open court principle should vary depending on the nature of the proceeding.

On this issue, Robertson J.A. was of the view that the nature of the case and the level of media interest were irrelevant considerations. On the other hand, Evans J.A. held that the motions judge was correct in taking into account that this judicial review application was one of significant public and media interest. In my view, although the public nature of the case may be a factor which strengthens the importance of open justice in a particular case, the level of media interest should not be taken into account as an independent consideration.

Since cases involving public institutions will generally relate more closely to the core value of public participation in the political process, the public nature of a proceeding should be taken into consideration when assessing the merits of a confidentiality order. It is important to note that this core value will always be engaged where the open court

si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, j'estime que cette valeur ne serait pas touchée de manière significative.

La troisième valeur fondamentale, la libre participation au processus politique, joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Ce lien est souligné par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1339 :

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Même si on ne peut douter de l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une société démocratique, les décisions antérieures divergent sur la question de savoir si le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires devrait varier en fonction de la nature de la procédure.

Sur ce point, le juge Robertson estime que la nature de l'affaire et le degré d'intérêt des médias sont des considérations dénuées de pertinence. Le juge Evans estime quant à lui que le juge des requêtes a eu raison de tenir compte du fait que la demande de contrôle judiciaire suscite beaucoup d'intérêt de la part du public et des médias. À mon avis, même si la nature publique de l'affaire peut être un facteur susceptible de renforcer l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une espèce particulière, le degré d'intérêt des médias ne devrait pas être considéré comme facteur indépendant.

Puisque les affaires concernant des institutions publiques ont généralement un lien plus étroit avec la valeur fondamentale de la participation du public au processus politique, la nature publique d'une instance devrait être prise en considération dans l'évaluation du bien-fondé d'une ordonnance de confidentialité. Il importe de noter que cette valeur

81

82

83

principle is engaged owing to the importance of open justice to a democratic society. However, where the political process is also engaged by the substance of the proceedings, the connection between open proceedings and public participation in the political process will increase. As such, I agree with Evans J.A. in the court below where he stated, at para. 87:

While all litigation is important to the parties, and there is a public interest in ensuring the fair and appropriate adjudication of all litigation that comes before the courts, some cases raise issues that transcend the immediate interests of the parties and the general public interest in the due administration of justice, and have a much wider public interest significance.

84

This motion relates to an application for judicial review of a decision by the government to fund a nuclear energy project. Such an application is clearly of a public nature, as it relates to the distribution of public funds in relation to an issue of demonstrated public interest. Moreover, as pointed out by Evans J.A., openness and public participation are of fundamental importance under the *CEAA*. Indeed, by their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection. In this regard, I agree with Evans J.A. that the public interest is engaged here more than it would be if this were an action between private parties relating to purely private interests.

85

However, with respect, to the extent that Evans J.A. relied on media interest as an indicium of public interest, this was an error. In my view, it is important to distinguish public interest, from media interest, and I agree with Robertson J.A. that media exposure cannot be viewed as an impartial measure of public interest. It is the public nature of the proceedings which increases the need for openness, and this public nature is not necessarily reflected by the media desire to probe the facts of the case.

fondamentale sera toujours engagée lorsque sera mis en cause le principe de la publicité des débats judiciaires, vu l'importance de la transparence judiciaire dans une société démocratique. Toutefois, le lien entre la publicité des débats judiciaires et la participation du public dans le processus politique s'accroît lorsque le processus politique est également engagé par la substance de la procédure. Sous ce rapport, je suis d'accord avec ce que dit le juge Evans (au par. 87) :

Bien que tous les litiges soient importants pour les parties, et qu'il en va de l'intérêt du public que les affaires soumises aux tribunaux soient traitées de façon équitable et appropriée, certaines affaires soulèvent des questions qui transcendent les intérêts immédiats des parties ainsi que l'intérêt du public en général dans la bonne administration de la justice, et qui ont une signification beaucoup plus grande pour le public.

La requête est liée à une demande de contrôle judiciaire d'une décision du gouvernement de financer un projet d'énergie nucléaire. La demande est clairement de nature publique, puisqu'elle a trait à la distribution de fonds publics en rapport avec une question dont l'intérêt public a été démontré. De plus, comme le souligne le juge Evans, la transparence du processus et la participation du public ont une importance fondamentale sous le régime de la *LCÉE*. En effet, par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Evans pour conclure que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés.

J'estime toutefois avec égards que, dans la mesure où il se fonde sur l'intérêt des médias comme indice de l'intérêt du public, le juge Evans fait erreur. À mon avis, il est important d'établir une distinction entre l'intérêt du public et l'intérêt des médias et, comme le juge Robertson, je note que la couverture médiatique ne peut être considérée comme une mesure impartiale de l'intérêt public. C'est la nature publique de l'instance qui accroît le besoin de transparence, et cette nature publique ne se reflète

I reiterate the caution given by Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at p. 760, where he stated that, while the speech in question must be examined in light of its relation to the core values, “we must guard carefully against judging expression according to its popularity”.

Although the public interest in open access to the judicial review application as a whole is substantial, in my view, it is also important to bear in mind the nature and scope of the information for which the order is sought in assigning weight to the public interest. With respect, the motions judge erred in failing to consider the narrow scope of the order when he considered the public interest in disclosure, and consequently attached excessive weight to this factor. In this connection, I respectfully disagree with the following conclusion of Evans J.A., at para. 97:

Thus, having considered the nature of this litigation, and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings in the case before him, the Motions Judge cannot be said in all the circumstances to have given this factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents among the small mountain of paper filed in this case, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise.

Open justice is a fundamentally important principle, particularly when the substance of the proceedings is public in nature. However, this does not detract from the duty to attach weight to this principle in accordance with the specific limitations on openness that the confidentiality order would have. As Wilson J. observed in *Edmonton Journal, supra*, at pp. 1353-54:

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight on the value developed at large than is appropriate in the context of the case.

pas nécessairement dans le désir des médias d'examiner les faits de l'affaire. Je réitère l'avertissement donné par le juge en chef Dickson dans *Keegstra, précité*, p. 760, où il dit que même si l'expression en cause doit être examinée dans ses rapports avec les valeurs fondamentales, « nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité ».

Même si l'intérêt du public à la publicité de la demande de contrôle judiciaire dans son ensemble est important, à mon avis, il importe tout autant de prendre en compte la nature et la portée des renseignements visés par l'ordonnance demandée, lorsqu'il s'agit d'apprécier le poids de l'intérêt public. Avec égards, le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte de la portée limitée de l'ordonnance dans son appréciation de l'intérêt du public à la communication et en accordant donc un poids excessif à ce facteur. Sous ce rapport, je ne partage pas la conclusion suivante du juge Evans (au par. 97) :

Par conséquent, on ne peut dire qu'après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l'importance de l'intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait dans les circonstances accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents parmi la montagne de documents déposés en l'instance et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n'ont pas l'expertise technique nécessaire.

La publicité des débats judiciaires est un principe fondamentalement important, surtout lorsque la substance de la procédure est de nature publique. Cela ne libère toutefois aucunement de l'obligation d'apprécier le poids à accorder à ce principe en fonction des limites particulières qu'imposerait l'ordonnance de confidentialité à la publicité des débats. Comme le dit le juge Wilson dans *Edmonton Journal, précité*, p. 1353-1354 :

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire.

87 In my view, it is important that, although there is significant public interest in these proceedings, open access to the judicial review application would be only slightly impeded by the order sought. The narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the Confidential Documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts.

88 In addressing the effects that the confidentiality order would have on freedom of expression, it should also be borne in mind that the appellant may not have to raise defences under the *CEAA*, in which case the Confidential Documents would be irrelevant to the proceedings, with the result that freedom of expression would be unaffected by the order. However, since the necessity of the Confidential Documents will not be determined for some time, in the absence of a confidentiality order, the appellant would be left with the choice of either submitting the documents in breach of its obligations, or withholding the documents in the hopes that either it will not have to present a defence under the *CEAA*, or that it will be able to mount a successful defence in the absence of these relevant documents. If it chooses the former option, and the defences under the *CEAA* are later found not to apply, then the appellant will have suffered the prejudice of having its confidential and sensitive information released into the public domain, with no corresponding benefit to the public. Although this scenario is far from certain, the possibility of such an occurrence also weighs in favour of granting the order sought.

89 In coming to this conclusion, I note that if the appellant is not required to invoke the relevant defences under the *CEAA*, it is also true that the appellant's fair trial right will not be impeded, even if the confidentiality order is not granted. However, I do not take this into account as a factor which weighs in favour of denying the order because, if the order is granted and the Confidential Documents are not required, there will be no deleterious effects on either the public interest in freedom of expression or the appellant's commercial interests or fair trial right. This neutral result is in contrast with the

À mon avis, il importe de reconnaître que, malgré l'intérêt significatif que porte le public à ces procédures, l'ordonnance demandée n'entraverait que légèrement la publicité de la demande de contrôle judiciaire. La portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

Pour traiter des effets qu'aurait l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression, il faut aussi se rappeler qu'il se peut que l'appelante n'ait pas à soulever de moyens de défense visés par la *LCÉE*, auquel cas les documents confidentiels perdraient leur pertinence et la liberté d'expression ne serait pas touchée par l'ordonnance. Toutefois, puisque l'utilité des documents confidentiels ne sera pas déterminée avant un certain temps, l'appelante n'aurait plus, en l'absence d'ordonnance de confidentialité, que le choix entre soit produire les documents en violation de ses obligations, soit les retenir dans l'espoir de ne pas avoir à présenter de défense en vertu de la *LCÉE* ou de pouvoir assurer effectivement sa défense sans les documents pertinents. Si elle opte pour le premier choix et que le tribunal conclut par la suite que les moyens de défense visés par la *LCÉE* ne sont pas applicables, l'appelante aura subi le préjudice de voir ses renseignements confidentiels et délicats tomber dans le domaine public sans que le public n'en tire d'avantage correspondant. Même si sa réalisation est loin d'être certaine, la possibilité d'un tel scénario milite également en faveur de l'ordonnance sollicitée.

En arrivant à cette conclusion, je note que si l'appelante n'a pas à invoquer les moyens de défense pertinents en vertu de la *LCÉE*, il est également vrai que son droit à un procès équitable ne sera pas entravé même en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité. Je ne retiens toutefois pas cela comme facteur militant contre l'ordonnance parce que, si elle est accordée et que les documents confidentiels ne sont pas nécessaires, il n'y aura alors aucun effet préjudiciable ni sur l'intérêt du public à la liberté d'expression ni sur les droits commerciaux ou le droit de l'appelante à un procès

scenario discussed above where the order is denied and the possibility arises that the appellant's commercial interests will be prejudiced with no corresponding public benefit. As a result, the fact that the Confidential Documents may not be required is a factor which weighs in favour of granting the confidentiality order.

In summary, the core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. As such, the order would not have significant deleterious effects on freedom of expression.

VII. Conclusion

In balancing the various rights and interests engaged, I note that the confidentiality order would have substantial salutary effects on the appellant's right to a fair trial, and freedom of expression. On the other hand, the deleterious effects of the confidentiality order on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal. In addition, if the order is not granted and in the course of the judicial review application the appellant is not required to mount a defence under the *CEAA*, there is a possibility that the appellant will have suffered the harm of having disclosed confidential information in breach of its obligations with no corresponding benefit to the right of the public to freedom of expression. As a result, I find that the salutary effects of the order outweigh its deleterious effects, and the order should be granted.

Consequently, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and grant the confidentiality order on the terms requested by the appellant under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*.

équitable. Cette issue neutre contraste avec le scénario susmentionné où il y a un refus de l'ordonnance et possibilité d'atteinte aux droits commerciaux de l'appelante sans avantage correspondant pour le public. Par conséquent, le fait que les documents confidentiels puissent ne pas être nécessaires est un facteur en faveur de l'ordonnance de confidentialité.

En résumé, les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, dans le contexte en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. À ce titre, l'ordonnance n'aurait pas d'effets préjudiciables importants sur la liberté d'expression.

VII. Conclusion

Dans la pondération des divers droits et intérêts en jeu, je note que l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de l'appelante à un procès équitable et sur la liberté d'expression. D'autre part, les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes. En outre, si l'ordonnance est refusée et qu'au cours du contrôle judiciaire l'appelante n'est pas amenée à invoquer les moyens de défense prévus dans la *LCÉE*, il se peut qu'elle subisse le préjudice d'avoir communiqué des renseignements confidentiels en violation de ses obligations sans avantage correspondant pour le droit du public à la liberté d'expression. Je conclus donc que les effets bénéfiques de l'ordonnance l'emportent sur ses effets préjudiciables, et qu'il y a lieu d'accorder l'ordonnance.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, et d'accorder l'ordonnance de confidentialité selon les modalités demandées par l'appelante en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

90

91

92

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent Sierra Club of Canada: Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Solicitor for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimé Sierra Club du Canada : Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Procureur des intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

F.N. Appellant

v.

Her Majesty The Queen *First Respondent*

and

Roman Catholic School Board for St. John's *Second Respondent*

and

Avalon Consolidated School Board *Third Respondent*

and

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervener*

INDEXED AS: F.N. (RE)

Neutral citation: 2000 SCC 35.

File No.: 26805.

1999: November 3; 2000: July 20.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Young Offenders — Confidentiality — Non-disclosure — Youth Court records — Youth Court routinely distributing copies of weekly Youth Court docket to local school boards — Whether Youth Court exceeded its jurisdiction — Whether distribution of Youth Court docket violated non-publication and non-disclosure requirements of Young Offenders Act — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 38, 40 to 46.

On the recommendation of its “Youth Justice Concerns Committee”, an advisory body with no statutory powers or duties, the Youth Court staff in St. John's began routine distribution of its weekly Youth Court docket to local school boards. The docket of January 4, 1996 disclosed the name of the appellant, the fact that

F.N. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine *Première intimée*

et

Roman Catholic School Board for St. John's *Deuxième intimée*

et

Avalon Consolidated School Board *Troisième intimée*

et

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: F.N. (RE)

Référence neutre: 2000 CSC 35.

N° du greffe: 26805.

1999: 3 novembre; 2000: 20 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Confidentialité — Non-communication — Dossiers du tribunal pour adolescents — Un tribunal pour adolescents communiquait régulièrement des copies de son rôle aux commissions scolaires locales — A-t-il outrepassé sa compétence? — La distribution du rôle contrevenait-elle aux exigences de non-publication et de non-communication de la Loi sur les jeunes contrevenants? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 38, 40 à 46.

Suivant la recommandation de son «Youth Justice Concerns Committee», un organe consultatif auquel la loi ne confère aucun pouvoir ni aucune obligation, le personnel du tribunal pour adolescent à St. John's a commencé à distribuer régulièrement son rôle hebdomadaire aux commissions scolaires locales. Le rôle du 4

he was charged with two counts of assault and breach of probation, and the place and date of trial. He objected that this administrative practice violated the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*, and applied for an order of prohibition. His application to the Newfoundland Supreme Court, Trial Division, and subsequent appeal to the Newfoundland Court of Appeal were both dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

It is an important constitutional rule that the courts be open to the public and that their proceedings be accessible to all those who may have an interest. To this principle there are a number of exceptions where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness. This balance is dealt with explicitly in the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*. Parliament has recognized that a young person once stigmatized as a lawbreaker may, unless given help and redirection, render the stigma a self-fulfilling prophecy. In the long run, society is best protected by preventing recurrence and maximizing the chances of rehabilitation for young offenders. At the same time, the scheme of the Act does not attempt to achieve rehabilitation of the offender at the expense of public safety.

The Act creates two distinct but mutually reinforcing regimes to control information about a young offender. The first set of provisions commences at s. 38(1) with a general prohibition that “no person shall publish by any means any report” identifying a young offender with an offence or proceeding under the Act. The second regime applies to the maintenance and use of court records found in s. 40 to s. 44. These provisions set out in considerable detail the type of records that may be kept, where they may be kept, and the circumstances in which they may be disclosed. The respondent’s argument was that if the docket could be characterized as something other than a “record” or “report”, narrowly construed, its contents could be disseminated free of statutory restrictions. However, while neither term is defined in the Act, etymological niceties ought not to be allowed to overwhelm the clear purpose expressed by Parliament. What is important is not what the communication is called but the substance of what is communicated.

janvier 1996 révélait le nom de l’appelant, le fait que ce dernier était accusé de deux chefs de voies de fait et de manquement aux conditions de la probation, ainsi que le lieu et la date du procès. L’appelant s’est opposé à cette pratique administrative au motif qu’elle contrevenait aux dispositions de non-communication de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, et il a demandé une ordonnance d’interdiction. Sa demande auprès de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et son appel auprès de la Cour d’appel de Terre-Neuve ont été rejetés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Selon une règle constitutionnelle importante, les tribunaux doivent être accessibles au public et leurs procédures, à tout intéressé. Ce principe comporte certaines exceptions dans les cas où le droit du public à la confidentialité l’emporte sur le droit du public à l’accessibilité. Cet équilibre est expressément visé par les dispositions de non-communication dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le législateur reconnaît qu’une fois stigmatisé comme étant un malfaiteur, un adolescent peut faire en sorte que le stigmate devienne réalité, à moins de recevoir de l’aide et d’être réorienté. À long terme, la société est mieux protégée par la prévention de la récidive et par la maximalisation des chances de réadaptation des jeunes contrevenants. Par ailleurs, l’objet de la Loi n’est pas la réinsertion sociale du contrevenant aux dépens de la sécurité du public.

La Loi établit deux régimes distincts, mais qui se renforcent mutuellement, pour contrôler les renseignements concernant les jeunes contrevenants. Le premier ensemble de dispositions commence au par. 38(1) par une interdiction générale «de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» permettant de lier un jeune contrevenant à une infraction ou à des procédures prévues par la Loi. Le second régime s’applique à la tenue et à l’utilisation des dossiers judiciaires et est établi par les art. 40 à 44. Ces dispositions prévoient de façon très précise le genre de dossiers qui peuvent être conservés, l’endroit où ils peuvent l’être et les cas dans lesquels ils peuvent être communiqués. L’argument de l’intimée était que si le document pouvait être qualifié d’autre chose que de «dossier» ou de «compte rendu», son contenu pouvait être diffusé sans restriction légale. Toutefois, bien que ces mots ne soient pas définis dans la Loi, on ne doit pas permettre que des subtilités étymologiques l’emportent sur le but clairement exprimé par le législateur. Ce n’est pas le nom donné à la communication qui importe, mais son contenu.

The nub of the statutory non-disclosure provisions is the avoidance of unauthorized disclosure of information that links the identity of the young person with a charge, proceeding or disposition under the Act. The interpretive exercise is therefore not directed at some formal classification of documents, but at the nature of the information sought to be disclosed. Where the prohibited link is not made, the ban does not apply.

The non-disclosure provisions of the Act were violated by the administrative practice of distributing dockets. The Youth Court docket necessarily links the name of the young person to a charge or proceeding. While the court docket, as a piece of paper, has a transient function, the information it contains is very much part of the court record, and its disclosure is prohibited unless the circumstances fall within the relevant exceptions set out in s. 44.1 of the Act.

Parliament's restrictions in s. 44.1(1)(k) were violated in the following respects: (1) disclosure was not authorized by a judge; (2) distribution was not limited to the board responsible for the appellant's school; and (3) the information was distributed for school purposes and not for purposes related to the administration of justice. Equally, school boards are not government agencies of the type that are responsible for the supervision or care of young persons in trouble with the law within the ambit of s. 44.1(1)(g).

Nor was disclosure of the docket authorized under one of the enumerated exceptions to the general publication ban in s. 38 against linking young people to offences or proceedings under the Act. The preparation, use and disclosure of the docket in Youth Court is permitted by the Act pursuant to s. 38(1.1) because it occurs "in the course of the administration of justice" and the purpose is not to make the information known in the community, but distribution of the docket to the school boards was not authorized under that section because school boards have no general responsibility for the administration of justice. Here, the dockets were provided for school board purposes.

Neither can general distribution of the docket be validated on the basis of the "school board" exception. Section 38(1.13) permits disclosure of information to the representative of any school board or school where disclosure is necessary either to ensure compliance by the young person with a court order or to ensure the safety

Les dispositions légales relatives à l'interdiction de communication visent essentiellement à éviter la communication non autorisée de tout renseignement liant l'identité de l'adolescent à une accusation, une instance ou une décision prise en vertu de la Loi. L'exercice d'interprétation ne vise donc pas la classification formelle des documents, mais la nature des renseignements dont on demande la communication. L'interdiction ne s'applique pas lorsque le lien interdit n'est pas fait.

Les dispositions de non-communication de la Loi ont été violées par la pratique administrative de la distribution des rôles. Le rôle du tribunal pour adolescents lie nécessairement le nom de l'adolescent à une accusation ou à une instance. Bien qu'en tant que document, le rôle de la cour ait une fonction temporaire, les renseignements qu'il contient font vraiment partie du dossier de la cour et leur communication est interdite sauf dans les cas pertinents prévus à l'art. 44.1 de la Loi.

Les restrictions prévues par le législateur à l'al. 44.1(1)(k) ont été violées des manières suivantes: (1) la communication n'a pas été autorisée par un juge; (2) la distribution ne s'est pas limitée à la commission scolaire dont relevait l'école de l'appelant; (3) les renseignements demandés étaient pour les besoins de l'école et n'avaient rien à voir avec l'administration de la justice. De même, les commissions scolaires ne sont pas un type d'organisme gouvernemental chargé de surveiller des adolescents ayant des démêlés avec la justice ou de s'en occuper au sens de l'al. 44.1(1)(g).

La communication du rôle n'était pas autorisée non plus par l'une des exceptions à l'interdiction générale de publication prévue à l'art. 38, qui interdit qu'un lien soit fait entre l'adolescent et des infractions ou des instances prévues par la Loi. La préparation, l'utilisation et la communication du rôle du tribunal pour adolescents sont permises par la Loi en vertu du par. 38(1.1) parce qu'elles ont lieu «dans le cours de l'administration de la justice» et qu'elles ne visent pas à renseigner la collectivité, mais la distribution du rôle aux commissions scolaires n'était pas autorisée par ce paragraphe parce que les commissions scolaires n'ont aucune responsabilité générale en matière d'administration de la justice. En l'espèce, les rôles ont été fournis pour les besoins des commissions scolaires.

La distribution générale du rôle ne peut pas non plus être justifiée par l'exception relative à la «commission scolaire». Le paragraphe 38(1.13) permet la communication de renseignements au représentant de toute commission scolaire ou école si la communication est nécessaire pour faire en sorte que l'adolescent se conforme à

of others. Although schools may be called on to assist in ensuring compliance with a court order, there was no evidence that the school boards had such a role to play in respect of the appellant. The purpose of ensuring safety would also support disclosure of a specific young person's information to the school board, but the exemption does not authorize the release of information about all young persons identified on the docket list, whether or not they are a threat to safety of others and whether or not they attend school. The disclosure is over-inclusive because it includes young persons who present no safety risk at all and who may not be students and it is also under-inclusive because if there is a serious safety concern, it may not include enough information to enable the school to formulate appropriate remedial action. Violent offences against people, e.g., assault, assault causing bodily harm, aggravated sexual assault, weapons offences, drugs and more serious property offences such as arson may clearly raise a sufficient concern for the safety of the young person as well as "staff, students or other persons" to justify notification to the board responsible for the student in question. There is nothing in the section that precludes the implementation of a general notification procedure provided the policy is properly tailored to the statutory requirements.

Cases Cited

Referred to: *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, aff'd (1986), 53 O.R. (2d) 663, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiv; *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421; *R. v. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Smith, Judge v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL); *R. v. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404; *R. v. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL); *Scarlett Heights Collegiate Institute v. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL); *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654; *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27; *R. v. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL); *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494; *Person Unknown v. S. (M.)* (1986), 43

une ordonnance judiciaire ou pour assurer la sécurité des autres. Même si les écoles peuvent être sollicitées pour aider à assurer le respect des ordonnances judiciaires, il n'y a aucune preuve que les commissions scolaires aient eu un tel rôle à jouer relativement à l'appelant. Le but d'assurer la sécurité justifierait également la communication à la commission scolaire des renseignements relatifs à un adolescent en particulier, mais l'exception n'autorise pas la diffusion des renseignements relatifs à tous les jeunes identifiés sur le rôle, qu'ils constituent ou non un danger pour la sécurité des autres et qu'ils aillent ou non à l'école. La communication a une portée trop large car elle vise des adolescents qui ne constituent aucun risque pour la sécurité et qui ne sont peut-être même pas des étudiants, et elle a aussi une portée trop restrictive car, s'il existe un danger grave en matière de sécurité, elle peut ne pas contenir suffisamment de renseignements pour permettre à l'école d'élaborer une mesure corrective appropriée. Les infractions de violence contre des personnes — comme les voies de fait, les voies de fait avec lésions, les agressions sexuelles graves, les infractions relatives aux armes et aux drogues ainsi que les infractions graves contre les biens telles que l'incendie criminel — peuvent manifestement soulever une préoccupation suffisante pour la sécurité de l'adolescent lui-même ainsi que pour celle «du personnel, des étudiants ou d'autres personnes» pour justifier la notification à la commission scolaire responsable de l'étudiant en question. Rien dans la disposition n'empêche de procéder par notification générale, pourvu que la politique soit conçue conformément aux exigences de la loi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv; *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421; *R. c. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Smith, Judge c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Ontario (Solicitor General) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL); *R. c. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404; *R. c. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL); *Scarlett Heights Collegiate Institute c. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL); *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654; *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27; *R. c. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL); *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B.

M.V.R. 306; *F.G. v. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308; *H. (G.) v. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270; *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Bill C-3, *The Youth Criminal Justice Act*, 2nd Sess., 36th Parl., 1999 (second reading 23 November 1999).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 266(b).
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1 [am. c. 24 (2nd Supp.)], ss. 2 “young person”, 3 [am. 1995, c. 19, s. 1], 38 [*idem*, s. 27; *idem*, c. 39, s. 184], 40, 41 [repl. 1995, c. 19, s. 28], 43, 44.1 [am. 1992, c. 1, s. 143 (Sch. VI, item 21); am. 1995, c. 19, s. 30; c. 27, s. 2; c. 39, s. 186], 46.

Authors Cited

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
 Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. “The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts”. In Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis, eds., *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
 Canada. Solicitor General. *Record-keeping under the Young Offenders Act: A Guide*. Ottawa: Young Offenders Directorate, Policy Branch, Secretariat, Ministry of the Solicitor General of Canada, 1986.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.
 United Nations. General Assembly. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33, November 29, 1985, Annex, Rule 8.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154, 503 A.P.R. 154, 126 C.C.C. (3d) 114, [1998] N.J. No. 126 (QL), dismissing the appellant’s appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31, 445 A.P.R. 31, [1996] N.J. No. 150 (QL), dismissing his application for an order of prohibition. Appeal allowed.

494; *Person Unknown c. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306; *F.G. c. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308; *H. (G.) c. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270; *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 266b).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1 [mod. ch. 24 (2^e suppl.)], art. 2 «adolescent», 3 [mod. 1995, ch. 19, art. 1], 38 [*idem*, art. 27; *idem*, ch. 39, art. 184], 40, 41 [repl. 1995, ch. 19, art. 28], 43, 44.1 [mod. 1992, ch. 1, art. 143 (ann. VI, art. 21); mod. 1995, ch. 19, art. 30; ch. 27, art. 2; ch. 39, art. 186], 46.
 Projet de loi C-3, *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, 2^e sess., 36^e lég., 1999 (deuxième lecture 23 novembre 1999).

Doctrine citée

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
 Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. «The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts». In Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis, eds., *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
 Canada. Solliciteur général. *La tenue des dossiers en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants: un guide*. Ottawa: Sous-direction des jeunes contrevenants, Direction des politiques, Secrétariat du Ministère, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1986.
 Nations Unies. Assemblée générale. *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs*, A/RES/40/33, 29 novembre 1985, annexe, règle 8.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154, 503 A.P.R. 154, 126 C.C.C. (3d) 114, [1998] N.J. No. 126 (QL), qui a rejeté l’appel de l’appelant à l’encontre d’une décision de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31, 445 A.P.R. 31, [1996] N.J. No. 150 (QL), qui avait rejeté sa demande d’ordonnance d’interdiction. Pourvoi accueilli.

Joan Dawson, for the appellant.

Joan Dawson, pour l'appelant.

Bernard Coffey, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen.

Bernard Coffey, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

R. Wayne Bruce, for the respondents the Roman Catholic School Board for St. John's and the Avalon Consolidated School Board.

R. Wayne Bruce, pour les intimés Roman Catholic School Board for St. John's et Avalon Consolidated School Board.

Cheryl Milne, for the intervener.

Cheryl Milne, pour l'intervenante.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BINNIE J. — The Provincial Court of Newfoundland, Youth Court Division, in St. John's, routinely forwards the Youth Court docket to all of the school boards within its jurisdiction. Its docket of January 4, 1996 disclosed the name of the appellant, the fact he was charged with two counts of assault and breach of probation, plus the place and date of trial. The appellant objects that this administrative practice of the Youth Court violates the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1. His objection is well-founded and the appeal must be allowed.

LE JUGE BINNIE — La Section du tribunal pour adolescents de la Cour provinciale de Terre-Neuve à St. John's transmet régulièrement son rôle à toutes les commissions scolaires de son ressort. Le rôle du 4 janvier 1996 révèle le nom de l'appelant, le fait que ce dernier est accusé de deux chefs de voies de fait et de manquement aux conditions de la probation, ainsi que le lieu et la date du procès. L'appelant s'oppose à cette pratique administrative du tribunal pour adolescents au motif qu'elle contrevient à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, qui interdit la communication de certains renseignements. Son opposition est bien fondée et le pourvoi doit être accueilli.

I. Facts

The appellant, who is a "young person" within the meaning of s. 2 of the *Young Offenders Act* ("Act"), was charged with two counts of assault contrary to s. 266(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On October 16, 1995, he was released on his own recognizance which required that he keep the peace and be of good behaviour for twelve months and that he not initiate any contact or communication with the alleged assault victims. The appellant was subsequently charged with breach of the condition that he keep the peace and be of good behaviour. He was detained in custody on November 22, 1995, and subsequently appeared in the Provincial Court of Newfoundland, Youth Court Division, on November 23, 1995 at which time the matter was put over to January 4, 1996 for the purpose of entering a plea. Eventually, despite

I. Les faits

L'appelant, un «adolescent» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (la «Loi»), est accusé de deux chefs de voies de fait, contrairement à l'al. 266b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le 16 octobre 1995, il est libéré sur l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite pendant douze mois ainsi que de ne pas entrer en contact ou en communication avec les victimes des voies de fait alléguées. Il est par la suite accusé de ne pas avoir observé l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite. Il est détenu le 22 novembre 1995 et comparait devant la Section du tribunal pour adolescents de la Cour provinciale de Terre-Neuve le 23 novembre 1995, date à laquelle l'affaire est reportée au 4 janvier 1996 aux fins de l'inscription d'un plaidoyer. Finale-

1

2

several adjournments, the Crown did not present any evidence and the charges were dismissed.

3 The appellant's complaint relates to the distribution of the Youth Court docket for January 4, 1996 to two school boards in the City of St. John's. The docket was sent to the school psychologists who treated the information contained in the docket in accordance with the scheme set out in s. 38(1.14) and (1.15). Other persons within the school system were only informed on a need-to-know basis. The point, however, is that the distribution clearly was *not* limited to the one school board that was responsible for a school attended by each of the young people on the docket. A board does not have a cognizable interest in students or non-students for whom it has no responsibility whatsoever.

4 The routine distribution of the Youth Court docket was undertaken by the Youth Court staff on the recommendation of its "Youth Justice Concerns Committee". This Committee includes representatives from Legal Aid, the Crown Attorney's office, the Department of Health — Mental Health Division, the Royal Newfoundland Constabulary, the RCMP, youth corrections, school boards, child welfare, and, occasionally, the Federation of School Boards and Trustees. The Committee is, as its name suggests, a purely advisory body with no statutory powers or duties. Although a Youth Court judge is a member of the Committee, it is common ground that when sitting on the Committee he is not exercising his powers as a Youth Court judge.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division* (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31

5 On January 31, 1996, the appellant applied to the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, for an order of prohibition on the ground that the Youth Court had acted in excess of its jurisdiction by routinely providing school boards with a photocopy of its docket. After reviewing the uses to which the dockets were put, balanced against the students' right to privacy, the motions judge

ment, malgré plusieurs ajournements, le ministère public ne présente aucune preuve et les accusations sont rejetées.

La plainte de l'appelant porte sur la diffusion du rôle du 4 janvier 1996 du tribunal pour adolescents à deux commissions scolaires de la ville de St. John's. Le rôle est envoyé aux psychologues scolaires, qui traitent les renseignements y figurant conformément aux par. 38(1.14) et (1.15). D'autres personnes du système scolaire ne sont informées qu'en cas de besoin. Cependant, la diffusion n'était manifestement *pas* limitée à la commission scolaire dont relevait l'école fréquentée par les adolescents mentionnés dans le rôle. Une commission scolaire n'a pas d'intérêt reconnu à l'égard d'un étudiant ou autre personne ne relevant aucunement de sa responsabilité.

C'est le tribunal pour adolescents qui diffuse régulièrement le rôle sur recommandation de son comité appelé «Youth Justice Concerns Committee». Ce comité est composé de représentants de l'aide juridique, du bureau du procureur général, du ministère de la Santé — division de la santé mentale, de la Royal Newfoundland Constabulary, de la GRC, des services correctionnels pour les jeunes, des commissions scolaires, du service de la protection de l'enfance et, parfois, de la Federation of School Boards and Trustees. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un organe purement consultatif à qui la loi ne confère aucun pouvoir ni aucune obligation. Il est bien établi que le juge du tribunal pour adolescents qui siège au comité n'exerce pas ses pouvoirs à titre de juge.

II. L'historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31

Le 31 janvier 1996, l'appelant présente à la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve une demande d'ordonnance d'interdiction au motif que le tribunal pour adolescents a outrepassé sa compétence en fournissant automatiquement à des commissions scolaires une photocopie de son rôle. Après avoir soupesé l'utilisation des rôles par rapport au droit à la vie privée des

stated he was satisfied that the confidentiality protection given to Youth Court “records” was inapplicable. He held that a docket was not a “record” as that term is used in s. 40. He observed that once a matter is called in court, which is open to the public, the purpose of the docket is spent, unlike the record of what transpired in court which “remains a record of the court and is governed by the rules respecting it and is not subject to unrestricted availability” (p. 35). The motions judge construed a docket as simply a daily or weekly agenda and not a record in the context of ss. 41 to 46 of the Act.

Even if the docket was a record, the motions judge took the view that the school boards would have been entitled to the records under s. 38(1.13), which permits disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including, he ruled, a representative of the school board or school for the purposes listed in that provision: ensuring compliance with a court authorization or order or to ensure the safety of students or staff. He accordingly dismissed the application for prohibition.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154

The appeal was heard by Gushue C.J.N., Marshall and Steele J.J.A., and by reasons dated May 15, 1998 the appeal was unanimously dismissed. Steele J.A., for the Court, accepted that forwarding the docket to the respondent School Boards could be considered to be publication within the meaning of s. 38, although it is not publication in the ordinary sense and was not for the purpose of making information known in the community. Steele J.A. concluded (at p. 160) that the forwarding of the docket was permitted under s. 38(1.13) of the Act:

Firstly, it can be said with certainty that the purpose of the disclosure, that is, the forwarding of Youth Court docket to the School Boards, was not to make the information known in the community. In fact, the evidence is clear that the two School Boards took extreme precau-

étudiants, le juge des requêtes se dit convaincu que la protection de la confidentialité des renseignements personnels contenus dans les «dossiers» du tribunal pour adolescents ne s’applique pas. Il conclut que le rôle n’est pas un «dossier» au sens de l’art. 40. Il fait remarquer que, une fois l’affaire appelée à l’audience, qui est publique, le rôle devient inutile, contrairement au compte rendu de l’audience, lequel [TRADUCTION] «demeure un dossier de la cour régi par les règles applicables et ne fait pas l’objet d’une accessibilité illimitée» (p. 35). Le juge des requêtes interprète le rôle comme étant simplement un programme quotidien ou hebdomadaire, et non pas un dossier au sens des art. 41 à 46 de la Loi.

Le juge des requêtes exprime l’avis que, même si le rôle était un dossier, les commissions scolaires y auraient droit en vertu du par. 38(1.13), qui permet la communication de renseignements à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment à un représentant de la commission scolaire ou de l’école aux fins énumérées dans cette disposition: faire en sorte que l’adolescent se conforme à toute autorisation ou ordonnance judiciaire et assurer la sécurité des étudiants et du personnel. Il rejette donc la demande d’interdiction.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154

L’appel est entendu par le juge en chef Gushue et les juges Marshall et Steele, et il est rejeté à l’unanimité pour les motifs prononcés le 15 mai 1998. Le juge Steele, au nom de la cour, admet que la transmission du rôle aux commissions scolaires intimées peut être considérée comme une publication au sens de l’art. 38 même s’il ne s’agit pas d’une publication au sens ordinaire du terme et si elle ne vise pas à renseigner la collectivité. Le juge Steele conclut (à la p. 160) que la transmission du rôle est autorisée par le par. 38(1.13) de la Loi:

[TRADUCTION] Premièrement, on peut dire avec certitude que le but de la communication, soit la transmission du rôle du tribunal pour adolescents aux commissions scolaires, n’était pas de renseigner la collectivité. En fait, il apparaît clairement que les deux commissions

6

7

tions to ensure confidentiality. Secondly, the expression “in the course of the administration of justice”, is a reference to the role and undertaking of the Youth Court. It is a phrase that demands a broad and liberal interpretation It was an endeavour carried out in the course of the administration of justice.

8 Steele J.A. considered that the appellant’s argument that a record included any document that might serve to identify a young person charged with an offence was too general. He observed that the prohibition against publication is not absolute “and the Act itself imposes a limitation on the prohibition” (p. 161). He concluded that a docket was not a record, but even if it was he considered that the general prohibition in s. 38(1) did not apply because “the disclosure of the information contained in the docket was a disclosure to a professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including a representative of a School Board or Boards, in circumstances where the disclosure was necessary to ensure the safety of staff, students or other persons” (p. 163). The disclosure, he concluded, was made in the course of the administration of justice and without any intent “of either the Youth Court or the School Boards to make the information known in the community” (p. 163). Disclosure of the docket thus came within s. 38(1.13) of the Act. The appeal was dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

9 *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1

DECLARATION OF PRINCIPLE

3. (1) It is hereby recognized and declared that

. . . .

(c.1) the protection of society, which is a primary objective of the criminal law applicable to youth, is best served by rehabilitation, wherever possible, of young persons who commit offences, and rehabilitation is best achieved by addressing the needs and cir-

scolaires ont pris de très grandes précautions pour assurer la confidentialité des renseignements personnels. Deuxièmement, l’expression «dans le cours de l’administration de la justice» se rapporte à la fonction et aux activités du tribunal pour adolescents. C’est une expression qui requiert une interprétation large et libérale [. . .] Il s’agissait d’une mesure prise dans le cours de l’administration de la justice.

Le juge Steele considère comme trop général l’argument de l’appelant selon lequel un dossier comprend tout document susceptible de permettre l’identification d’un adolescent accusé d’une infraction. Il note que l’interdiction de publication n’est pas absolue [TRADUCTION] et que «la Loi elle-même impose une restriction à l’interdiction» (p. 161). Il conclut qu’un rôle n’est pas un dossier et que, même s’il l’est, l’interdiction générale prévue par le par. 38(1) ne s’applique pas parce que [TRADUCTION] «la communication des renseignements contenus dans le rôle est destinée à un professionnel ou à toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment au représentant d’une ou de plusieurs commissions scolaires, dans des cas où la communication est nécessaire pour assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d’autres personnes» (p. 163). Il conclut que la communication a été faite dans le cours de l’administration de la justice et sans intention [TRADUCTION] «de la part du tribunal pour adolescents et des commissions scolaires de renseigner la collectivité» (p. 163). La communication du rôle est donc visée par le par. 38(1.13) de la Loi. L’appel est rejeté.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

DÉCLARATION DE PRINCIPES

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

. . . .

c.1) la protection de la société, qui est l’un des buts premiers du droit pénal applicable aux jeunes, est mieux servie par la réinsertion sociale du jeune contrevenant, chaque fois que cela est possible, et le meilleur moyen d’y parvenir est de tenir compte des

cumstances of a young person that are relevant to the young person's offending behaviour;

besoins et des circonstances pouvant expliquer son comportement;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

PROTECTION OF PRIVACY OF YOUNG PERSONS

PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DES ADOLESCENTS

[Identity not to be published]

38. (1) Subject to this section, no person shall publish by any means any report

[Publication]

38. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu:

(a) of an offence committed or alleged to have been committed by a young person, unless an order has been made under section 16 with respect thereto, or

a) d'une infraction commise par un adolescent ou imputée à celui-ci, à moins qu'une ordonnance n'ait été rendue à cet égard en vertu de l'article 16;

(b) of any hearing, adjudication, disposition or appeal concerning a young person who committed or is alleged to have committed an offence

b) d'une audition, d'un jugement, d'une décision, ou d'un appel concernant un adolescent qui a commis une infraction ou à qui elle est imputée.

in which the name of the young person, a child or a young person who is a victim of the offence or a child or a young person who appeared as a witness in connection with the offence, or in which any information serving to identify such young person or child, is disclosed.

La présente interdiction ne s'applique, toutefois, que lorsque le compte rendu fait état du nom de l'adolescent, de celui d'un enfant ou d'un adolescent victime de l'infraction ou appelé à témoigner à l'occasion de celle-ci ou dans lequel est divulgué tout renseignement permettant d'établir l'identité de cet adolescent ou enfant.

[Limitation]

(1.1) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice including, for greater certainty, the disclosure of information for the purposes of the *Firearms Act* and Part III of the *Criminal Code*, where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community.

[Restriction]

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas relativement à la communication de renseignements dans le cours de l'administration de la justice — notamment pour l'application de la *Loi sur les armes à feu* et de la partie III du *Code criminel* —, si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité.

[Preparation of reports]

(1.11) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information by the provincial director or a youth worker where the disclosure is necessary for procuring information that relates to the preparation of any report required by this Act.

[Préparation de rapports]

(1.11) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la communication de renseignements par un directeur provincial ou un délégué à la jeunesse lorsqu'il est nécessaire de les communiquer pour obtenir des renseignements utiles à la préparation d'un rapport prévu par la présente loi.

[No subsequent disclosure]

(1.12) No person to whom information is disclosed pursuant to subsection (1.11) shall disclose that information to any other person unless the disclosure is necessary for the purpose of preparing the report for which the information was disclosed.

[Schools and others]

(1.13) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including the representative of any school board or school or any other educational or training institution, by the provincial director, a youth worker, a peace officer or any other person engaged in the provision of services to young persons where the disclosure is necessary

(a) to ensure compliance by the young person with an authorization pursuant to section 35 or an order of any court concerning bail, probation or conditional supervision; or

(b) to ensure the safety of staff, students or other persons, as the case may be.

[No subsequent disclosure]

(1.14) No person to whom information is disclosed pursuant to subsection (1.13) shall disclose that information to any other person unless the disclosure is necessary for a purpose referred to in that subsection.

[Information to be kept separate]

(1.15) Any person to whom information is disclosed pursuant to subsections (1.13) and (1.14) shall

(a) keep the information separate from any other record of the young person to whom the information relates;

(b) subject to subsection (1.14), ensure that no other person has access to the information; and

(c) destroy the information when the information is no longer required for the purpose for which it was disclosed.

[Interdiction de communiquer les renseignements]

(1.12) Il est interdit de communiquer les renseignements visés au paragraphe (1.11), à moins que leur communication ne soit nécessaire pour établir le rapport pour lequel ils sont communiqués.

[Écoles et autres institutions]

(1.13) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la communication de renseignements faite par un directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents lorsqu'elle est destinée à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper, notamment au représentant d'une commission scolaire, d'une école ou de tout autre établissement d'enseignement ou de formation, en vue:

a) de faire en sorte que l'adolescent se conforme à toute décision rendue par un tribunal relativement à sa mise en liberté, à sa probation, à sa liberté sous condition ou à toute autorisation visée à l'article 35;

b) d'assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes, selon le cas.

[Interdiction de communiquer les renseignements]

(1.14) Il est interdit de communiquer les renseignements visés au paragraphe (1.13), à moins que leur communication ne soit nécessaire à l'une des fins mentionnées à ce paragraphe.

[Renseignements conservés à part]

(1.15) Toute personne à qui sont communiqués des renseignements en application des paragraphes (1.13) et (1.14) doit:

a) les conserver sans les joindre au dossier scolaire de l'adolescent auquel ils se rapportent;

b) veiller à ce qu'aucune autre personne n'y ait accès, sous réserve du paragraphe (1.14);

c) les détruire dès qu'ils ne sont plus nécessaires aux fins auxquelles ils ont été communiqués.

MAINTENANCE AND USE OF RECORDS

*Records that may be Kept***[Youth court, review board and other courts]**

40. (1) A youth court, review board or any court dealing with matters arising out of proceedings under this Act may keep a record of any case arising under this Act that comes before it.

[Exception]

(2) For greater certainty, this section does not apply in respect of proceedings held in ordinary court pursuant to an order under section 16.

*Disclosure of Records***[Records made available]**

44.1 (1) Subject to subsections (2) and (2.1), any record that is kept pursuant to section 40 shall, and any record that is kept pursuant to sections 41 to 43 may, on request, be made available for inspection to

- (a) the young person to whom the record relates;
- (b) counsel acting on behalf of the young person, or any representative of that counsel;
- (c) the Attorney General or his agent;
- (d) a parent of the young person or any adult assisting the young person pursuant to subsection 11(7), during the course of any proceedings relating to the offence or alleged offence to which the record relates or during the term of any disposition made in respect of the offence;
- (e) any judge, court or review board, for any purpose relating to proceedings relating to the young person under this Act or to proceedings in ordinary court in respect of offences committed or alleged to have been committed by the young person, whether as a young person or an adult;
- (f) any peace officer,
 - (i) for the purpose of investigating any offence that the young person is suspected on reasonable grounds of having committed, or in respect of

TENUE ET UTILISATION DES DOSSIERS

*Dossiers dont la tenue est autorisée***[Tribunal pour adolescents, commission d'examen et autres tribunaux]**

40. (1) Les tribunaux pour adolescents, commissions d'examen ou tribunaux saisis de questions relatives à des procédures prises dans le cadre de la présente loi peuvent tenir un dossier de toute affaire portée devant eux dans le cadre de la présente loi.

[Exception]

(2) Il demeure entendu que le présent article ne s'applique pas aux procédures engagées devant la juridiction normalement compétente en vertu d'une ordonnance rendue en application de l'article 16.

*Communication des dossiers***[Demande de communication]**

44.1 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (2.1), lorsqu'elles en font la demande, les personnes suivantes ont, pour le consulter, accès à tout dossier tenu en application de l'article 40 et peuvent avoir accès à tout dossier tenu en application des articles 41 à 43:

- a) l'adolescent qui en fait l'objet;
- b) l'avocat de l'adolescent ou son représentant;
- c) le procureur général ou son représentant;
- d) les père ou mère de l'adolescent ou tout adulte qui assiste l'adolescent en application du paragraphe 11(7) pendant les procédures relatives à l'infraction visée par le dossier ou pendant la durée d'application de toute décision prise en l'espèce;
- e) tout juge, tout tribunal ou toute commission d'examen, relativement à des poursuites intentées contre un adolescent en vertu de la présente loi, ou à des poursuites intentées devant la juridiction normalement compétente relatives à des infractions commises par celui-ci au cours de son adolescence ou après qu'il a atteint l'âge adulte ou qui lui sont imputées;
- f) un agent de la paix:
 - (i) lorsque l'accès est nécessaire dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction que l'on soupçonne, pour des motifs raisonnables, avoir été commise par l'adolescent, ou relativement à laquelle l'adolescent a été arrêté ou inculpé, même

- which the young person has been arrested or charged, whether as a young person or an adult,
- (ii) for any purpose related to the administration of the case to which the record relates during the course of proceedings against the young person or the term of any disposition,
- (iii) for the purpose of investigating any offence that another person is suspected on reasonable grounds of having committed against the young person while the young person is, or was, serving a disposition, or
- (iv) for any other law enforcement purpose;
- (g) any member of a department or agency of a government in Canada, or any agent thereof, that is
- (i) engaged in the administration of alternative measures in respect of the young person,
- (ii) preparing a report in respect of the young person pursuant to this Act or for the purpose of assisting a court in sentencing the young person after he becomes an adult or is transferred to ordinary court pursuant to section 16,
- (iii) engaged in the supervision or care of the young person, whether as a young person or an adult, or in the administration of a disposition or a sentence in respect of the young person, whether as a young person or an adult, or
- (iv) considering an application for parole or pardon made by the young person after he becomes an adult;
- (h) any person, or person within a class of persons, designated by the Governor in Council, or the Lieutenant Governor in Council of a province, for a purpose and to the extent specified by the Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council, as the case may be;
- (i) any person, for the purpose of determining whether to grant security clearances required by the Government of Canada or the government of a province or a municipality for purposes of employment or the performance of services;
- (i.1) to any person for the purposes of the *Firearms Act*;
- (j) any employee or agent of the Government of Canada, for statistical purposes pursuant to the *Statistics Act*; and
- si l'arrestation ou l'inculpation surviennent après qu'il a atteint l'âge adulte,
- (ii) pour des fins liées à l'administration de l'affaire visée par le dossier pendant l'instance concernant l'adolescent ou pendant la durée d'application de toute décision,
- (iii) en vue d'enquêter au sujet d'une infraction qu'une autre personne est, pour des motifs raisonnables, soupçonnée d'avoir commise à l'égard de l'adolescent pendant que celui-ci purge ou purgeait sa peine,
- (iv) en vue d'appliquer la loi;
- g) tout membre du personnel ou mandataire d'un ministère ou d'un organisme fédéral ou provincial chargé:
- (i) de l'administration de mesures de rechange concernant l'adolescent,
- (ii) de préparer un rapport concernant l'adolescent dans le cadre de la présente loi ou pour aider un tribunal à déterminer la peine qu'il doit imposer à l'adolescent après qu'il a atteint l'âge adulte ou après son renvoi à la juridiction normalement compétente au titre de l'article 16,
- (iii) soit de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper même devenu adulte, soit de l'administration d'une décision ou d'une sentence le concernant, même à l'âge adulte,
- (iv) d'examiner une demande de libération conditionnelle ou de pardon présentée par l'adolescent devenu adulte;
- h) toute personne, ou toute personne faisant partie d'une catégorie de personnes, désignée par le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province pour une fin déterminée et dans la mesure autorisée par l'un ou l'autre, selon le cas;
- i) toute personne aux fins de déterminer s'il y a lieu d'accorder les habilitations sécuritaires exigées par le gouvernement du Canada ou d'une province ou par une municipalité en matière de recrutement de personnel ou de fourniture de services;
- i.1) toute personne pour l'application de la *Loi sur les armes à feu*;
- j) tout employé ou mandataire du gouvernement fédéral, pour des fins statistiques prévues par la *Loi sur la statistique*;

(k) any other person who is deemed, or any person within a class of persons that is deemed, by a youth court judge to have a valid interest in the record, to the extent directed by the judge, if the judge is satisfied that the disclosure is

- (i) desirable in the public interest for research or statistical purposes, or
- (ii) desirable in the interest of the proper administration of justice.

[Exception]

(2) Where a youth court has withheld the whole or a part of a report from any person pursuant to subsection 13(6) or 14(7), the report or part thereof shall not be made available to that person for inspection under subsection (1).

. . .

[Disclosure of information and copies of records]

(6) Any person to whom a record is required or authorized to be made available for inspection under this section may be given any information contained in the record and may be given a copy of any part of the record.

[Prohibition against disclosure]

46. (1) Except as authorized or required by this Act, no record kept pursuant to sections 40 to 43 may be made available for inspection, and no copy, print or negative thereof or information contained therein may be given, to any person where to do so would serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under this Act.

IV. Analysis

It is an important constitutional rule that the courts be open to the public and that their proceedings be accessible to all those who may have an interest. To this principle there are a number of important exceptions where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness. This balance is dealt with explicitly in the relevant provisions of the *Young Offenders Act*, which must be interpreted in light of the Declaration of Principle set out in s. 3. These principles were described in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, *per* L'Heureux-Dubé J., as "attempting to

k) toute autre personne, ou personne faisant partie d'une catégorie de personnes, que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable dans le dossier, selon la mesure qu'il autorise s'il est convaincu que la communication est:

- (i) souhaitable, dans l'intérêt public, pour des fins de recherche ou de statistiques,
- (ii) souhaitable dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.

[Exception]

(2) Lorsque le tribunal pour adolescents a refusé en vertu des paragraphes 13(6) ou 14(7) de communiquer à une personne la totalité ou une partie d'un rapport, le paragraphe (1) ne permet pas à celle-ci d'y avoir accès aux fins de consultation.

. . .

[Communication de renseignements et copies]

(6) Les personnes à qui l'accès pour consultation à un dossier doit ou peut, en application du présent article, être accordé peuvent obtenir tous renseignements contenus dans le dossier ou tout extrait de celui-ci.

[Interdiction de communication]

46. (1) Sauf autorisation ou obligation prévue par la présente loi, il est interdit de donner accès pour consultation à un dossier tenu en application des articles 40 à 43 ou de remettre des reproductions, épreuves ou négatifs de celui-ci ou des renseignements qu'il contient lorsque l'accès ou la remise permettrait de constater que l'adolescent visé par le dossier fait l'objet de procédures prévues par la présente loi.

IV. Analyse

Il existe une règle constitutionnelle importante selon laquelle les tribunaux doivent être accessibles au public et leurs procédures, à tout intéressé. Ce principe comporte certaines exceptions importantes dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité. Cet équilibre est expressément visé par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui doit être interprétée selon la Déclaration de principes énoncée à l'art. 3. Dans l'arrêt *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, le juge L'Heureux-Dubé considère ces principes

achieve disparate goals” (p. 767). A certain ambivalence created by these disparate goals (or competing objectives) is inherent in the scheme of the Act itself, as L’Heureux-Dubé J. explained at p. 766, quoting Bala and Kirvan in *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice* (1991), at pp. 80-81:

It is apparent that there is a level of societal ambivalence in Canada about the appropriate response to young offenders. On the one hand, there is a feeling that adolescents who violate the criminal law need help to enable them to grow into productive, law-abiding citizens. . . . On the other hand, there is a widespread public concern about the need to control youthful criminality and protect society.

11 The non-disclosure provisions of the Act reflect this ambivalence. Confidentiality assists rehabilitation, but the safety of society must be protected, and those involved in the youth criminal justice system (or with the young offender in other settings) must be given adequate information on a “need-to-know” basis to do their jobs.

12 The youth courts are open to the public, and their proceedings are properly subject to public scrutiny. The confidentiality relates only to the “sliver of information” that identifies the alleged or convicted young offender as a person in trouble with the law. This narrow focus was emphasized in *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), aff’d (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1986] 1 S.C.R. xiv. In that case, the media challenged the constitutionality of the publication ban and the Crown conceded an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but argued that the legislation was justified under s. 1 of the *Charter*. In upholding the constitutionality of the non-disclosure provision, Holland J. (whose reasons were

comme une «tentative [. . .] d’atteindre des objectifs essentiellement différents» (p. 767). Une certaine ambivalence créée par ces objectifs essentiellement différents (ou ces objectifs concurrents) est inhérente à l’esprit de la Loi elle-même, comme le juge L’Heureux-Dubé l’explique, à la p. 766, en citant Bala et Kirvan dans *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice* (1991), aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] Il est manifeste qu’il existe une certaine ambivalence dans la société quant à l’attitude à adopter envers les jeunes contrevenants. D’une part, on estime que les adolescents qui enfreignent les lois pénales ont besoin d’aide pour leur permettre de devenir des citoyens productifs et respectueux des lois [. . .] D’autre part, le souci de contrôler la criminalité juvénile et de protéger la société est aussi largement répandu dans l’opinion publique.

Les dispositions de la Loi interdisant la communication de renseignements reflètent cette ambivalence. La confidentialité facilite la réadaptation, mais il faut veiller à la sécurité de la société et donner aux intervenants du système de justice pénale applicable aux jeunes (ou aux intervenants auprès du jeune contrevenant à d’autres niveaux) suffisamment de renseignements, en fonction des besoins, pour leur permettre d’accomplir leur travail.

Les tribunaux pour adolescents sont accessibles au public et leurs procédures sont soumises à bon droit à l’examen du public. La confidentialité vise seulement la «parcelle d’information» qui identifie le jeune contrevenant, accusé ou déclaré coupable, en tant que personne ayant des démêlés avec la justice. Cette portée étroite est soulignée dans l’arrêt *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv. Dans cette affaire, l’organe de presse contestait la constitutionnalité de l’interdiction de publication et le ministère public, qui admettait l’existence d’une violation de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, prétendait que la loi était justifiée en vertu de l’article premier. Confirmant la constitutionnalité de l’interdiction de communiquer certains renseignements, le juge Holland (dont les

approved by MacKinnon A.C.J.O. on appeal) pointed out, at p. 698, that:

Section 38(1) does not contain an absolute ban. . . . The press is entitled to be present (subject to s. 39(1)(a)) and can publish everything except the identity of a young person involved. Admittedly, there may be other information which the press cannot publish because it may tend to reveal the identity of a young person, but the essence of the provision is that the press is entitled to publish all details except one. Counsel for the Attorney-General of Canada termed the identification of the young person a “sliver of information”, and submitted that this is not an essential detail for the making of responsible judgment by a democratic electorate. . . .

This Court’s general approach to the Act was also affirmed in *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421, where Cory J. observed that “the Act does specifically recognize that young offenders have special needs and require careful guidance. Each disposition should strive to recognize and balance the interests of society and young offenders” (p. 429). The non-disclosure provisions were amended in 1986 to “readjust the balance between the rights and interests of young persons and the interests of society by favouring more disclosure, albeit in limited circumstances”, *per* Prowse J.A. in *R. v. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535 (B.C.C.A.), at para. 49. The process of adjustment continues, with Bill C-3 (*The Youth Criminal Justice Act*) presently under consideration by Parliament.

A. *The Need for Confidentiality*

Stigmatization or premature “labelling” of a young offender still in his or her formative years is well understood as a problem in the juvenile justice system. A young person once stigmatized as a lawbreaker may, unless given help and redirection, render the stigma a self-fulfilling prophecy. In the long run, society is best protected by preventing

motifs sont approuvés par le juge en chef adjoint MacKinnon en appel) souligne ce qui suit à la p. 698:

[TRADUCTION] Le paragraphe 38(1) ne contient pas d’interdiction absolue [. . .] La presse a le droit d’être présente (sous réserve de l’al. 39(1)a)) et peut tout publier sauf l’identité de l’adolescent en cause. Il est vrai qu’il peut y avoir d’autres renseignements que la presse ne peut pas publier parce qu’ils sont de nature à révéler l’identité de l’adolescent, mais la disposition prévoit essentiellement que la presse a le droit de publier tous les détails à l’exception d’un seul. L’avocat du procureur général du Canada a qualifié l’identification de l’adolescent de «parcelle d’information» et a avancé qu’il ne s’agissait pas d’un détail essentiel pour qu’un électoral démocratique puisse se prononcer de façon éclairée. . . .

La façon dont notre Cour aborde généralement la Loi se manifeste également dans l’arrêt *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421, où le juge Cory fait remarquer que «la Loi reconnaît expressément que les jeunes contrevenants ont des besoins spéciaux et exigent conseils et assistance. Chaque décision devrait tenter de reconnaître et d’équilibrer les intérêts de la société et ceux des jeunes contrevenants» (p. 429). Les dispositions relatives l’interdiction de communiquer certains renseignements ont été modifiées en 1986 en vue de [TRADUCTION] «réajuster l’équilibre entre les droits et les intérêts des adolescents et les intérêts de la société en favorisant une plus grande communication, quoique dans des cas limités», le juge Prowse, de la Cour d’appel, dans l’arrêt *R. c. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535 (C.A.C.-B.), au par. 49. Le processus d’ajustement se poursuit avec le projet de loi C-3 (*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*) actuellement à l’étude au Parlement.

A. *Le besoin de confidentialité*

Le système de justice pour les adolescents sait bien que la stigmatisation ou «l’étiquetage» prématuré d’un adolescent en période de développement est un problème. Il arrive que l’adolescent, une fois stigmatisé comme étant un malfaiteur, fasse en sorte que le stigmate devienne réalité, à moins de recevoir de l’aide et de la réorientation. À long

13

14

recurrence. Lamer C.J., in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, pointed out in another context that non-publication is designed to “maximize the chances of rehabilitation for ‘young offenders’” (p. 883). A concern about stigma was also emphasized by Rehnquist J. (as he then was) of the United States Supreme Court in *Smith, Judge v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), at pp. 107-8:

This insistence on confidentiality is born of a tender concern for the welfare of the child, to hide his youthful errors and “bury them in the graveyard of the forgotten past”. . . . The prohibition of publication of a juvenile’s name is designed to protect the young person from the stigma of his misconduct and is rooted in the principle that a court concerned with juvenile affairs serves as a rehabilitative and protective agency of the State. . . . Publication of the names of juvenile offenders may seriously impair the rehabilitative goals of the juvenile justice system and handicap the youths’ prospects for adjustment in society and acceptance by the public. [Citations omitted.]

- 15 In the same vein, Professor N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), points out at p. 215:

Because of the history of protection of privacy, there is little Canadian experience with publication of identifying information about youths. However, available research from the United States, where some states have a more open juvenile court process and allow publication of the identity of adolescents before the courts, indicates that rehabilitation of young offenders can be significantly hindered if their identities are publicized. Publication increases a youth’s self-perception as an offender, disrupts the family’s abilities to provide support, and negatively affects interaction with peers, teachers, and the surrounding community. [Emphasis added; footnotes omitted.]

- 16 I should add that the importance of confidentiality in dealing with youthful offenders is recognized internationally, as set out in the *United Nations*

terme, la société est mieux protégée par la prévention de la récidive. Dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer souligne, dans un autre contexte, que la non-publication vise à «accroître au maximum les chances de réadaptation des ‘jeunes contrevenants’» (p. 883). Le juge Rehnquist, plus tard Juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, exprime également la préoccupation relative à la stigmatisation dans *Smith, Judge c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] Cette insistance sur la confidentialité découle d’une préoccupation bienveillante pour le bien-être de l’enfant et de la volonté de lui permettre de cacher ses erreurs de jeunesse et «de les enfouir dans le cimetière du passé oublié». . . L’interdiction de publication du nom d’un mineur vise à protéger ce dernier contre le stigmate résultant de sa mauvaise conduite et tire sa source du principe que le tribunal examinant des affaires relatives aux mineurs sert d’organisme étatique de réadaptation et de protection. . . La publication du nom des jeunes contrevenants est susceptible de nuire gravement à l’atteinte de l’objectif de réadaptation du système de justice pour les adolescents et de réduire la possibilité des jeunes de réintégrer la société et d’être acceptés par le public. [Références omises.]

Dans la même veine, le professeur N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), souligne ce qui suit (à la p. 215):

[TRADUCTION] En raison de la protection traditionnelle de la vie privée, peu de cas de publication de renseignements permettant l’identification de jeunes se sont produits au Canada. Aux États-Unis, cependant, où certains États ont un processus judiciaire plus accessible relativement aux mineurs et permettent la publication de l’identité des adolescents qui comparaissent devant les tribunaux, les recherches indiquent que la publication de l’identité des jeunes contrevenants peut nuire considérablement à leur réadaptation. La publication accroît la perception d’un jeune qu’il est un contrevenant, nuit à la capacité de la famille de lui apporter de l’aide et affecte ses relations avec ses pairs, ses professeurs et la collectivité qui l’entoure. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

Je dois ajouter que l’importance de la confidentialité dans le cas des jeunes contrevenants est reconnue mondialement, comme l’indique

Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“Beijing Rules”) adopted by General Assembly Resolution A/RES/40/33 of November 29, 1985, supported by Canada, which includes the following provisions in Rule 8:

- 8.1 The juvenile’s right to privacy shall be respected at all stages in order to avoid harm being caused to her or him by undue publicity or by the process of labelling.
- 8.2 In principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published.

The problem of premature “labelling” was well understood in the Ontario case of *Southam, supra*, where the court went on to say, at p. 697, that:

The aim of s. 38(1) and s. 39(1)(a) is the protection of young people from harmful effects which publicity may have on them. A corollary to this is the protection of society, since, on the evidence of the experts, most young offenders are one-time offenders only and, the less harm brought upon them from their experience with the criminal justice system, the less likely they are to commit further criminal acts.

B. *Protecting the Public*

The scheme of the Act does not attempt to achieve rehabilitation of the offender at the expense of public safety. This Court has had occasion recently to express particular concern about safety in the schools in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, *per* Cory J., at para. 3:

... it is essential that school authorities be able to react swiftly and effectively when faced with a situation that could unreasonably disrupt the school environment or jeopardize the safety of the students. Schools today are faced with extremely difficult problems which were unimaginable a generation ago. Dangerous weapons are appearing in schools with increasing frequency. There is as well the all too frequent presence at schools of illicit drugs. These weapons and drugs create problems that are grave and urgent.

l’Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs («Règles de Beijing») adoptées le 29 novembre 1985 par l’Assemblée générale dans sa résolution A/RES/40/33, qui a été appuyée par le Canada et qui comporte les dispositions suivantes à sa règle 8:

- 8.1 Le droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être respecté à tous les stades afin d’éviter qu’il ne lui soit causé du tort par une publicité inutile et par la qualification pénale.
- 8.2 En principe, aucune information pouvant conduire à l’identification d’un délinquant juvénile ne doit être publiée.

Le problème de «l’étiquetage» prématuré est bien compris dans l’affaire ontarienne *Southam*, précitée, où la cour ajoute ce qui suit (à la p. 697):

[TRADUCTION] Le but visé par le par. 38(1) et par l’al. 39(1)a) est la protection des jeunes contre les effets préjudiciables que la publicité peut avoir sur eux. Le corollaire en est la protection de la société puisque, selon la preuve d’experts, la plupart des jeunes contrevenants ne commettent qu’une infraction et que moins le système de justice pénale leur cause préjudice, moins ils sont susceptibles de commettre d’autres actes criminels.

B. *La protection du public*

L’objet de la Loi n’est pas la réadaptation du contrevenant aux dépens de la sécurité du public. Notre Cour a récemment eu l’occasion de manifester sa préoccupation particulière au sujet de la sécurité dans les écoles dans l’arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, le juge Cory, au par. 3:

... il est essentiel que les autorités scolaires puissent réagir avec célérité et efficacité à toute situation risquant déraisonnablement de perturber l’environnement scolaire ou de compromettre la sécurité des élèves. Les écoles d’aujourd’hui sont confrontées à des problèmes extrêmement difficiles qui étaient inimaginables il y a une génération. L’introduction d’armes dangereuses dans les écoles est un phénomène grandissant auquel s’ajoute la présence trop fréquente de drogues illicites, ce qui est source de problèmes graves et urgents.

17

18

The Act creates two distinct but mutually reinforcing regimes to control information about a young offender.

La Loi établit donc deux régimes distincts, qui se renforcent toutefois mutuellement, pour contrôler les renseignements concernant les jeunes contrevenants.

19 The first set of provisions commences at s. 38(1) with a general prohibition that “no person shall publish by any means any report” (emphasis added) identifying a young offender with an offence or proceeding under the Act. The provision is headed “Protection of Privacy of Young Persons”. It then establishes a series of exceptions to the general rule, which have generally been given a restrictive interpretation: see *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL) (Div. Ct.); *R. v. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404 (Man. Prov. Ct.); *R. v. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL) (Prov. Div.); *Scarlett Heights Collegiate Institute v. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL) (Prov. Div.), at para. 6.

Le premier ensemble de dispositions commence au par. 38(1) par une interdiction générale, selon laquelle «il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» (je souligne) permettant de lier un jeune contrevenant à une infraction ou à des procédures prévues par la Loi. Ces dispositions s’intitulent «Protection de la vie privée des adolescents». Elles établissent une gamme d’exceptions à la règle générale qui reçoivent généralement une interprétation restrictive: voir *Ontario (Solicitor General) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL) (C. div.); *R. c. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404 (C. prov. Man.); *R. c. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL) (C. prov.); *Scarlett Heights Collegiate Institute c. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL) (C. prov.), au par. 6.

20 The second regime applies to the maintenance and use of court records found in ss. 40 to 44. These provisions set out in considerable detail the type of records that may be kept, where they may be kept, and the circumstances in which they may be disclosed.

Le second régime s’applique à la tenue et à l’utilisation des dossiers judiciaires et est établi par les art. 40 à 44. Ces dispositions prévoient de façon très précise le genre de dossiers qui peuvent être conservés, l’endroit où ils peuvent l’être et les cas dans lesquels ils peuvent être communiqués.

21 Sections 40 to 44 are the more narrowly targeted regime. In the French version of the Act the word “record” is said to be equivalent to “*dossier*”, which suggests a greater level of formality and permanence as part of the court record than does the word “report”, which may cover informal communications that are more casual or transitory, or which may be directed to a purpose collateral to the court proceedings, such as information provided by a youth worker to a probation officer.

Les articles 40 à 44 ont une portée plus étroite. Dans la version française de la Loi, «*record*» est rendu par «*dossier*», ce qui indique un plus grand degré de formalisme et de permanence comme dossier judiciaire que le mot «*compte rendu*», qui peut viser des communications informelles plus routinières ou temporaires ou des fins accessoires aux procédures judiciaires, comme les renseignements fournis par le délégué à la jeunesse à l’agent de probation.

22 Section 38 is the broader prohibition, and is directed against any disclosure (“report”) linking the alleged offence or the hearing or other court proceeding with the identity of the alleged offender, the victim, or any young person who appears as a witness. The source of the information is not restricted to information derived from the court proceedings. These provisions set out the

L’article 38 est une interdiction plus générale et vise toute communication («*compte rendu*») liant l’infraction alléguée, l’audience ou toute autre procédure judiciaire à l’identité de l’accusé, de la victime et de tout adolescent comparaisant comme témoin. Les renseignements ne sont pas limités à ceux qui découlent de procédures judiciaires. Ces dispositions définissent la portée de l’interdiction.

scope of the ban. There is a series of exceptions, which I will come to momentarily.

C. The Distinction Between “A Report” and “A Record”

Much argument was directed here and in the courts below to the precise scope of the words “report” in s. 38 and “record” in s. 40. The idea seemed to be that if the document could be characterized as something other than a “record” or “report”, its contents could be disseminated free of statutory restrictions. I do not agree. While neither term is defined in the Act, etymological niceties ought not to be allowed to overwhelm the clear purpose expressed by Parliament to control publication of “the name of the young person, a child or a young person who is a victim of the offence or a child or a young person who appeared as a witness in connection with the offence, or . . . any information serving to identify such young person or child” (s. 38(1)).

It is scarcely plausible that Parliament intended to control publication of such information by way of a “report” but was quite prepared to have the same information disclosed to the public in an allegedly different vehicle called a communiqué, notification write-up, divulgation or, indeed, docket. What is important is not what the communication is called but the substance of what is communicated. The concern is with the message, not with the label applied to the medium of communication. The phrase “publish by any means any report” in s. 38(1) can therefore refer to something as formal as a government report or an article in a newspaper or as informal as court observers spreading gossip and innuendo: *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654 (H.C.), at p. 659.

The same purposive approach to definition should be applied to “record” in ss. 40 to 46. A preference for substance over formalism is consistent with the background paper published by the Ministry of the Solicitor General of Canada in the wake of the ss. 40 to 46 amendments in 1986:

Il existe une gamme d’exceptions, que j’aborderai sous peu.

C. La différence entre un «compte rendu» et un «dossier»

Beaucoup d’arguments ont été présentés auprès de notre Cour et des cours d’instance inférieure au sujet de la portée exacte de «compte rendu», à l’art. 38, et de «dossier», à l’art. 40. Il semble en ressortir que, si le document peut être qualifié d’autre chose que de «dossier» ou de «compte rendu», son contenu peut être diffusé sans restriction légale. Je ne suis pas d’accord. Bien que ces mots ne soient pas définis dans la Loi, on ne doit pas permettre que des subtilités étymologiques l’emportent sur le but clairement exprimé par le législateur, qui est de contrôler la diffusion «du nom de l’adolescent, de celui d’un enfant ou d’un adolescent victime de l’infraction ou appelé à témoigner à l’occasion de celle-ci ou [de] tout renseignement permettant d’établir l’identité de cet adolescent ou enfant» (par. 38(1)).

Il est très peu plausible que le législateur ait voulu interdire la diffusion de ces renseignements par voie de «compte rendu» mais qu’il ait été prêt à ce que les mêmes renseignements soient communiqués au public par le moyen soi-disant différent du communiqué, de l’avis descriptif, de la divulgation ou même du rôle. Ce n’est pas le nom donné à la communication qui importe, mais son contenu. C’est le message qui pose problème, pas le genre de moyen de diffusion. L’expression «diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu», au par. 38(1), peut donc se rapporter à quelque chose d’aussi officiel qu’un rapport gouvernemental ou un article de journal ou à quelque chose d’aussi informel que les commérages et insinuations venant des observateurs à la cour: *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654 (H.C.), à la p. 659.

Il faut également définir «dossier», aux art. 40 à 46, en fonction de l’objet visé. La préférence pour le fond plutôt que pour le formalisme est conforme au document de travail publié par le ministère du Solliciteur général du Canada à la suite des modifications apportées aux art. 40 à 46 en 1986: *La*

23

24

25

Record-keeping under the Young Offenders Act: A Guide (1986). After providing some general insight into the changes made to the disclosure provisions, the department's view is summarized at p. 9, as follows:

In light of these governing considerations [the principles set out in s. 3 of the Act], the new provisions cover one type of document only. The only documents that are subject to any special consideration are those connecting the young person with proceedings under the Act; those identifying only the young person, or, for example, only the offence are not subject to any such consideration. The introduction of this distinction permits some flexibility in records management: records can be maintained and used for many reasons. The key consideration is the avoidance of adverse and unnecessary prejudice arising from a criminal allegation or conviction. [Underlining added; italics in original.]

And at pp. 12-13 of the same publication, the following remarks regarding the absence of a definition of the term "record" are apposite:

No definition is necessary in view of the offence contained in section 46. It is not the origin of the record as a whole but rather the particular content of the documents contained in the record which will affect records management practices. The critical question when categorizing a record is: is the record one that connects the young person to proceedings under the Act, e.g. the offence? . . . [A]ny court material identifying the individual and simultaneously revealing that he or she has been dealt with as a young offender is a record subject to the Act. In this regard, it is worth noting that the manner of disclosing a document, as well as its specific content, could serve to identify an individual as an offender. [Emphasis added.]

The department's statement that "[n]o definition [of record] is necessary in view of the offence contained in section 46" warrants reproduction here of that section:

46. (1) Except as authorized or required by this Act, no record kept pursuant to sections 40 to 43 may be made available for inspection, and no copy, print or negative thereof or information contained therein may be given, to any person where to do so would serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under this Act. [Emphasis added.]

tenué des dossiers en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants: un guide (1986). Après avoir fourni certaines explications générales sur les modifications apportées aux dispositions relatives à la communication, le document résume ainsi l'opinion du ministère (à la p. 10):

Dans le cadre de ces principes directeurs [les principes énoncés à l'art. 3 de la Loi], une seule catégorie de documents est visée par les nouvelles dispositions. Seuls les documents qui relient l'adolescent à une instance en vertu de la loi sont assujettis à une considération spéciale, et non ceux qui n'identifient que l'adolescent ou que l'infraction. Cette distinction permet une certaine latitude dans la gestion des dossiers: ceux-ci peuvent être tenus et utilisés pour plusieurs raisons; la considération principale est d'empêcher tout préjudice défavorable et inutile résultant d'une allégation ou d'une condamnation à titre criminel. [En italique dans l'original; je souligne.]

Les observations suivantes relatives à l'absence de définition de «dossier», aux pp. 13 et 14 de la même publication, sont pertinentes:

Si l'on tient compte de l'infraction visée à l'article 46, la définition ne s'impose pas: ce n'est pas l'origine de l'ensemble du dossier qui peut modifier les pratiques de gestion, mais plutôt le contenu des documents du dossier auquel on devra porter une attention particulière. La question primordiale à se poser lorsqu'il s'agit de classer un dossier est la suivante: s'agit-il d'un dossier qui relie l'adolescent à des procédures prises dans le cadre de la loi, telle que l'infraction? [. . .] [T]out document d'un tribunal qui identifie la personne et qui révèle également qu'elle a été jugée comme jeune contrevenant constitue un dossier assujetti à la loi. À cet égard, il importe de signaler que la façon de communiquer un document, de même que son contenu précis, peut aider à identifier quelqu'un comme contrevenant. [Je souligne.]

En raison de la déclaration du ministère que «[s]i l'on tient compte de l'infraction visée à l'article 46, la définition [de dossier] ne s'impose pas», il y a lieu de reproduire cet article ci-après:

46. (1) Sauf autorisation ou obligation prévue par la présente loi, il est interdit de donner accès pour consultation à un dossier tenu en application des articles 40 à 43 ou de remettre des reproductions, épreuves ou négatifs de celui-ci ou des renseignements qu'il contient lorsque l'accès ou la remise permettrait de constater que l'adolescent visé par le dossier fait l'objet de procédures prévues par la présente loi. [Je souligne.]

This explanation by the department is not of course binding, but it is helpful confirmation of what appears evident on the face of the Act. Specifically, it confirms that the nub of the statutory non-disclosure provisions taken as a whole is the avoidance of unauthorized disclosure of a document that links the identity of the young person with a charge, proceeding or disposition under the Act.

The interpretive exercise is therefore not directed at some formal classification of documents, but at the nature of the information. Specifically, does the document create a link between the identity of a young person and an (alleged) offence or hearing under the Act? The further question, whether the document is a “record” or a “report”, seems to depend largely on its source. On a reading of ss. 40 to 46 as a whole, it appears that a record within the meaning of those provisions includes two characteristics: firstly, it will “serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under [the] Act” (s. 46). Secondly, it records information kept by a youth court (unless the matter is transferred to adult court) or review board (s. 40) or kept by the police (s. 41) or by a government agency for purposes related to the juvenile justice system (s. 43) or kept by another organization or person involved in “alternative measures” (s. 43) or other disposition under the Act. Information in the hands of persons not mentioned in ss. 40 to 46 that discloses the confidential link between the alleged offender to the offence or a hearing is better considered a “report” to be dealt with under s. 38.

In either case, where the prohibited link is not made, the ban does not apply. Thus, decisions of youth courts that neither name nor otherwise identify the young offender are routinely issued without running afoul of the non-disclosure scheme:

Cette explication du ministère n’a évidemment pas force obligatoire, mais c’est une confirmation utile de ce qui se dégage clairement de la Loi. En particulier, elle confirme que, prises dans leur ensemble, les dispositions relatives à l’interdiction de communication de renseignements visent essentiellement à éviter la communication non autorisée de tout document liant l’identité de l’adolescent à une accusation, une instance ou une décision prise en vertu de la Loi.

L’exercice d’interprétation ne vise donc pas la classification formelle des documents, mais la nature des renseignements. En particulier, le document crée-t-il un lien entre l’identité de l’adolescent et une infraction (alléguée) ou une audience en application de la Loi? L’autre question, soit celle de savoir si le document est un «dossier» ou un «compte rendu», semble dépendre en grande partie de la source de ce document. Il ressort des art. 40 à 46 dans leur ensemble qu’un dossier au sens de ces dispositions comporte deux caractéristiques: premièrement, il «permettrait de constater que l’adolescent visé par le dossier fait l’objet de procédures prévues par la présente loi» (art. 46); deuxièmement, il contient des renseignements conservés par un tribunal pour adolescents — à moins que le dossier n’ait été transféré à un tribunal pour adultes — ou une commission d’examen (art. 40), par la police (art. 41), par un organisme public à des fins liées au système de justice pour les adolescents (art. 43) ou par un autre organisme ou personne chargé de la mise en œuvre de «mesures de rechange» (art. 43) ou de l’application de toute autre décision prise en vertu de la Loi. Il est préférable de considérer les renseignements détenus par les personnes non mentionnées dans les art. 40 à 46 qui révèlent le lien confidentiel entre le présumé contrevenant et l’infraction ou une audience comme un «compte rendu» visé par l’art. 38.

Dans les deux cas, l’interdiction ne s’applique pas lorsque le lien interdit n’est pas fait. Par conséquent, des décisions des tribunaux pour adolescents qui ne nomment pas ni n’identifient d’une autre façon les jeunes contrevenants sont régulièrement rendues publiques sans que cela aille à l’encontre de l’objet visé, l’interdiction de communi-

26

27

28

see generally P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2nd ed. 1995), at pp. 529-31.

D. *Nature of a Docket*

29 Anyone reading the docket in the Youth Court at St. John's necessarily would know that the young person is in trouble with the law, and the nature, though not the specifics, of the charge.

30 It is clear that a court could not function without advising alleged offenders, families, lawyers, alleged victims, witnesses and others which court they are directed to attend, at what time, and for what purpose. The *dossier* of each alleged offender necessarily includes a running record of appearances and the disposition on each occasion. The docket collects together in one place the pertinent information for each of the alleged offenders scheduled to appear before the court on the day in question. The disclosure links each of the youths to a specific offence and a hearing date. The date of appearances, and the disposition on each appearance, continue to be part of the youth's *dossier*. While the court docket, as a piece of paper, has a transient function, the information it contains is very much part of the court record, and its disclosure is prohibited unless the circumstances fall within the relevant exceptions set out in s. 44.1 of the Act.

E. *Application of the Section 44.1 Exceptions*

31 Accepting, therefore, that the docket itself should be considered a "record" within the meaning of ss. 40 to 46, the issue is whether, as the Crown contends, the statutory requirements for disclosure under s. 44.1 are met. The Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council may by regulation, pursuant to s. 44.1(1)(h), designate "any person, or person within a class of persons" to have access to a report "for a purpose and to the extent specified", but as no such designation has been made here, the impugned practice of the Youth Court must find its authorization within one of the other statutory exceptions. The most promis-

quer certains renseignements: voir, de façon générale, P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2^e éd. 1995), aux pp. 529 à 531.

D. *La nature d'un rôle*

Toute personne lisant le rôle du tribunal pour adolescents de St. John's serait nécessairement informée du fait que l'adolescent a des démêlés avec la justice de même que de la nature (quoique pas les détails) de l'accusation.

Il est évident qu'un tribunal ne pourrait pas fonctionner sans aviser les accusés, les familles, les avocats, les présumées victimes, les témoins et d'autres personnes du lieu, des jour et heure et de l'objet de la comparution. Le *dossier* de chaque accusé comporte nécessairement l'inscription à jour des comparutions et des décisions qui sont rendues à ces occasions. Le rôle rassemble à un endroit les renseignements pertinents concernant chaque accusé devant comparaître devant la cour à la date en question. La communication lie chaque adolescent à une infraction précise et à une date d'audience. Les dates de comparution ainsi que les décisions rendues lors de ces comparutions continuent de faire partie du dossier de l'adolescent. Bien qu'en tant que document le rôle de la cour ait une fonction temporaire, les renseignements qu'il contient font vraiment partie du dossier de la cour et leur communication est interdite sauf dans les cas pertinents prévus à l'art. 44.1 de la Loi.

E. *L'application des exceptions de l'art. 44.1*

Si on tient donc pour acquis que le rôle lui-même doit être considéré comme un «dossier» au sens des art. 40 à 46, la question est de savoir, comme la Couronne le fait valoir, si les exigences prescrites par l'art. 44.1 en matière de communication sont respectées. En vertu de l'al 44.1(1)h), le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil peut désigner «toute personne, ou toute personne faisant partie d'une catégorie de personnes» pour qu'elle ait accès à des dossiers, afin de les consulter, «pour une fin déterminée et dans la mesure autorisée». Comme personne n'a été désigné, la pratique du tribunal pour adolescents

ing exemption, with appropriate emphasis, reads as follows:

[Records made available]

44.1 (1) Subject to subsections (2) and (2.1), any record that is kept pursuant to section 40 shall, and any record that is kept pursuant to sections 41 to 43 may, on request, be made available for inspection to

(k) any other person who is deemed, or any person within a class of persons that is deemed, by a youth court judge to have a valid interest in the record, to the extent directed by the judge, if the judge is satisfied that the disclosure is

(i) desirable in the public interest for research or statistical purposes, or

(ii) desirable in the interest of the proper administration of justice.

My view is that this provision is not properly invoked in this case. Firstly, s. 44.1(1)(k) permits disclosure only to someone “deemed, by the youth court judge to have a valid interest”, and then only “to the extent directed by the judge”. In the first place, the section requires judicial authorization. While the trial judge took the view that disclosure was authorized by a youth court judge sitting on the Youth Justice Concerns Committee, none of the parties has been able to produce a judicial order made in the appellant’s case, nor was there produced any “generic” judicial order made by a judge of the Youth Court purporting to authorize disclosure of specified information to a specified board or otherwise. Section 44.1(1)(k) is not satisfied by the sort of informal administrative practice followed in this case.

The Chief Judge of the Youth Court, in a letter dated January 16, 1996, to the Newfoundland Legal Aid Commission, explained the origin of the present administrative practice as follows. He said:

doit être fondée sur une autre exception légale. L’exemption la plus évidente, les passages pertinents étant soulignés, est ainsi libellée:

[Demande de communication]

44.1 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (2.1), lorsqu’elles en font la demande, les personnes suivantes ont, pour le consulter, accès à tout dossier tenu en application de l’article 40 et peuvent avoir accès à tout dossier tenu en application des articles 41 à 43:

k) toute autre personne, ou personne faisant partie d’une catégorie de personnes, que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable dans le dossier, selon la mesure qu’il autorise s’il est convaincu que la communication est:

(i) souhaitable, dans l’intérêt public, pour des fins de recherche ou de statistiques,

(ii) souhaitable dans l’intérêt de la bonne administration de la justice.

J’estime que cette disposition n’est pas invoquée à bon droit en l’espèce. Premièrement, l’al. 44.1(1)k ne permet la communication qu’aux personnes «que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable» et uniquement «selon la mesure qu’il autorise». Tout d’abord, cette disposition exige l’autorisation d’un juge. Bien que le juge de première instance ait estimé que la communication était autorisée par un juge du tribunal pour adolescents siégeant au Youth Justice Concerns Committee, les parties n’ont pas pu produire d’ordonnance de la cour rendue dans l’affaire de l’appelant, ni d’ordonnance «type» rendue par un juge du tribunal pour adolescents, visant à autoriser la communication de renseignements particuliers à une commission scolaire donnée ou à tout autre établissement. Le genre de pratique administrative informelle suivie en l’espèce ne satisfait pas aux exigences de l’al. 44.1(1)k.

Dans la lettre du 16 janvier 1996 qu’il a adressée à la commission d’aide juridique de Terre-Neuve, le juge en chef du tribunal pour adolescents explique ainsi l’origine de la pratique administrative actuelle:

32

33

The policy of making copies of the Youth Court docket available has been in effect for over two years. This decision was made after the [Youth Justice Concerns] Committee discussed issues of protection of staff, students, and property as well as truancy. Since school authorities, being *in loco parentis*, are involved with the rehabilitation of young offenders, the supervision of young people on probation and in the administration of youth justice in a broad, general way; they have a special status and an interest in those students who are before the court.

[TRADUCTION] La politique de donner accès à des copies du rôle du tribunal pour adolescents a cours depuis plus de deux ans. Cette décision a été prise après que le comité [Youth Justice Concerns] a discuté des questions relatives à la protection du personnel, des étudiants et des biens ainsi qu'à l'absentéisme scolaire. Étant donné que les autorités scolaires, tenant lieu de parents, s'occupent de la réadaptation des jeunes contrevenants, de la surveillance des jeunes en probation et de l'administration de la justice pour adolescents de façon générale, elles ont un statut particulier et un intérêt envers les étudiants qui se retrouvent devant les tribunaux.

34

In the second place, the discretion of the Youth Court judge to make available court records to persons deemed "to have a valid interest in the record" was limited in this case by the need for the judge to be satisfied that the disclosure to the school boards is "desirable in the interest of the proper administration of justice". A "valid interest" has been held to include institution of civil proceedings: *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27 (Ont. U.F. Ct.); and legal representation in youth court: *R. v. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL) (Prov. Ct. (Fam. Div.)); including legal representation of a co-accused: *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494 (N.S. Youth Ct.). I should add, parenthetically, that in *Person Unknown v. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), it was held that under the predecessor section "a broader notion of justice is involved, the proper administration of justice not being limited to the administration of the particular case but extending to the overall interests of society" (p. 312) (emphasis added). I think this is too broad. A control subject to such a broad exception would in effect be no control at all and would render superfluous many of the other restrictions and protections carefully written by Parliament into the Act.

En second lieu, le pouvoir discrétionnaire du juge du tribunal pour adolescents de donner accès aux dossiers de la cour aux personnes qu'il estime «avoir un intérêt valable dans le dossier» est limité en l'espèce du fait que le juge doit être convaincu que la communication aux commissions scolaires est «souhaitable dans l'intérêt de la bonne administration de la justice». Il est conclu que l'«intérêt valable» englobe aussi l'institution de procédures civiles: *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27 (C.U.F. Ont.); et la représentation par avocat devant le tribunal pour adolescents: *R. c. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL) (C. prov. (Div. fam.)), notamment la représentation par avocat d'un coaccusé: *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494 (Youth Ct. N.-É.). Je dois ajouter en passant que dans l'affaire *Person Unknown c. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306 (C. prov. Ont. (Div. fam.)), on a conclu qu'en vertu de la disposition antérieure, [TRADUCTION] «une vision plus large de la justice s'applique, la bonne administration de la justice n'étant pas limitée à l'administration de l'affaire en cause mais s'étendant à l'ensemble des droits de la société» (p. 312) (je souligne). J'estime que cela est trop large. Une interdiction assortie d'une exception aussi large équivaldrait en fait à l'absence totale d'interdiction et rendrait superflues bon nombre d'autres restrictions et protections soigneusement prévues dans la Loi par le législateur.

35

School boards do have a legitimate interest in knowing of members of its student body that could present a danger to themselves or others. The schools may well desire the information for their own purposes. (The letter of the Chief Judge, *supra*, identified one of the objectives as the con-

Les commissions scolaires ont un intérêt légitime à connaître quels étudiants sont susceptibles de constituer un danger pour eux-mêmes ou pour les autres. Les écoles peuvent fort bien désirer les renseignements pour leurs propres fins. (La lettre du juge en chef, précitée, mentionne que l'un des

trol of truancy, but this is not a purpose recognized as valid under the statutory scheme.) In my opinion, the school boards have not made a convincing case that their specific interest in the confidential information is related to the administration of justice as opposed to the administration of the schools.

Order and discipline in the schools are a very important consideration but Parliament's restrictions in s. 44.1(1)(k) have to be respected. In this case, they were not. In summary:

1. disclosure was not authorized by a judge;
2. distribution was not limited to the Board responsible for the appellant's school. The recipient board must have a valid interest in the record relating to the young person; and
3. the information was distributed for school purposes and not for purposes related to the administration of justice.

The respondent also argued the applicability of the exception contained in s. 44.1(1)(g), asserting that a school board is an "agency of a government . . . engaged in the supervision or care of the young person". I do not think that this section assists the respondent either.

A reading of s. 44.1(1)(g) as a whole shows a focus generally on the purposes of diversion, sentencing or parole. This focus suggests that the type of government agency contemplated by s. 44.1(1)(g) is an agency involved in the youth justice system and responsible in that context for the supervision or care of the young person who is in trouble with the law. There is no suggestion in the evidence that such "agency" responsibilities have been conferred generally on school boards. Schools do, of course, have concerns related to the justice system, and the phrase "supervision or care of a young person" also appears in what the parties called "the school board section", s. 38(1.13), discussed below. In s. 38(1.13), the disclosure of information is restricted to the specific purposes of compliance and safety of persons. In light of the

objectifs est le contrôle de l'absentéisme scolaire, mais ce n'est pas là un objectif valable selon l'esprit de la loi.) À mon avis, les commissions scolaires n'ont pas démontré de façon convaincante que leur intérêt particulier dans les renseignements confidentiels était lié à l'administration de la justice plutôt qu'à l'administration des écoles.

L'ordre et la discipline dans les écoles sont des considérations très importantes, mais les restrictions prévues par le législateur à l'al. 44.1(1)(k) doivent être respectées, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. En résumé:

1. La communication n'est pas autorisée par un juge.
2. La diffusion ne se limite pas à la commission scolaire dont relève l'école de l'appelant. Il faut que la commission scolaire ait un intérêt valable dans le dossier de l'adolescent.
3. Les renseignements demandés sont pour les besoins de l'école et n'ont rien à voir avec l'administration de la justice.

L'intimée a également invoqué l'applicabilité de l'exception prévue par l'al. 44.1(1)(g), affirmant qu'une commission scolaire est «un organisme fédéral ou provincial chargé [. . .] de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper». J'estime que cette disposition n'aide pas non plus l'intimée.

L'interprétation de l'al. 44.1(1)(g) dans son ensemble démontre que celui-ci porte, de façon générale, sur la déjudiciarisation, la détermination de la peine et la libération conditionnelle. Cela indique que le type d'organisme public visé par l'al. 44.1(1)(g) est un organisme ayant un rôle à jouer dans le système de justice applicable aux jeunes et chargé à ce titre de surveiller l'adolescent ayant des démêlés avec la justice ou de s'en occuper. Rien dans la preuve n'indique que de telles responsabilités propres à un «organisme» aient été conférées dans l'ensemble aux commissions scolaires. Les écoles ont évidemment des préoccupations liées au système de justice, et l'expression «surveiller l'adolescent ou [. . .] s'en occuper» figure également dans ce que les parties appellent «la disposition relative à la commission scolaire»,

36

37

38

limitations that restrict quite tightly disclosure under s. 38(1.13), Parliament cannot have intended in s. 44.1(1)(g) to authorize general disclosure of the same information to school boards free of such restrictions.

par. 38(1.13), abordée plus loin. Selon ce paragraphe, la communication de renseignements vise uniquement à faire en sorte que les décisions du tribunal soient respectées et à assurer la sécurité des personnes. Vu les sévères restrictions qui y sont imposées à la communication, le législateur ne peut pas avoir eu l'intention, à l'al. 44.1(1)(g), d'autoriser la communication générale des mêmes renseignements aux commissions scolaires sans ces restrictions.

39 Despite these statutory limits on the permissible *inspection* of court records, I am of the view that distribution of *relevant* information contained in the docket – an edited docket as it were – can properly be considered as the publication of a “report” under s. 38, and dealt with as an exception under that heading.

Malgré les restrictions prévues par la loi relativement à la *consultation* permise des dossiers de la cour, j'estime que la diffusion des renseignements *pertinents* que contient le rôle — il s'agit d'un rôle modifié — peut être considérée à bon droit comme la publication d'un «compte rendu» au sens de l'art. 38 et comme une des exceptions prévues à ce titre.

F. *The Application of the Section 38 “Report” Regime*

F. *L'application du régime relatif au «compte rendu» de l'art. 38*

40 The appellant also claims that the information set out in the docket is protected under s. 38 which imposes a general publication ban on any “report” of any offence or hearing concerning a young person in which the name of the young person or any information serving to identify the young person is disclosed.

L'appelant prétend également que les renseignements indiqués dans le rôle sont protégés en vertu de l'art. 38, qui impose l'interdiction générale de publier le «compte rendu» de toute infraction ou audience relative à un adolescent dans lequel le nom de ce dernier ou tout renseignement permettant son identification est divulgué.

41 In effect, the appellant argues that not only is distribution of the docket itself prohibited by ss. 40 to 46, but information derived from the docket (e.g., secondary publication) that would link the alleged (or convicted) offender to the offence or to the hearing is also prohibited by s. 38.

L'appelant prétend en fait que non seulement la diffusion du rôle lui-même est-elle interdite par les art. 40 à 46, mais que la communication de renseignements découlant du rôle (p. ex., la publication secondaire) qui sont susceptibles de lier l'adolescent accusé ou déclaré coupable à l'infraction ou à l'audience est également interdite par l'art. 38.

42 Section 38 creates a general publication ban to which there are enumerated statutory exceptions. The key words of the prohibition are introduced by the words “no person shall publish by any means any report” (emphasis added). I have already mentioned that the word “report” does not create a formal limitation inconsistent with the policy of confidentiality and rehabilitation. The word “publish” requires a similarly purposive interpretation. In the context of the Act, “publish” includes disclosure of

L'article 38 crée une interdiction générale de publication assortie d'exceptions prévues par la loi. Les mots clés de l'interdiction sont introduits par «il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» (je souligne). J'ai déjà mentionné que le terme «compte rendu» ne créait pas une restriction formaliste incompatible avec la politique de confidentialité et de réadaptation. Il faut interpréter aussi le mot «diffuser» en fonction de l'objet visé. Dans le contexte de la Loi,

the controlled information to the community or any part thereof not authorized to receive it. In the context of this appeal, publication includes sharing the controlled information with the school unless one of the exceptional circumstances identified in s. 38 is satisfied.

1. Use of the Docket in the Youth Court

The docket is clearly required for the proper functioning of the courts. Preparation and disclosure of the relevant information to individuals having business with the Youth Court itself are not only permitted under s. 44.1 but are also supported under s. 38(1.1) which permits “disclosure of *information* in the course of the administration of justice . . . where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community” (emphasis added). To achieve its purposes, however, the information need only be disclosed to persons engaged in the administration of justice including court officials, witnesses and young people involved with the law, and for that purpose there is no need to distribute the information to school boards. In fact, we are told that the Youth Court staff in St. John’s does not post the docket on a bulletin board as is done in adult court, but makes it available “for inspection” to those who seek out the information.

2. Distribution of the Docket to School Boards

The respondents argue that even if distribution of the docket itself to school boards does not come within the exception for court “records”, the information on the docket may still be distributed to school boards under:

- a. the “administration of justice” exception in s. 38(1.1);
- b. the “school board” exception under s. 38(1.13).

«diffuser» comprend la communication de renseignements protégés à une collectivité ou à une partie d’une collectivité qui n’est pas autorisée à les recevoir. Dans le cadre du présent pourvoi, la publication comprend le partage de tels renseignements avec l’école, sauf dans les cas exceptionnels prévus par l’art. 38.

1. L’utilisation du rôle au tribunal pour adolescents

Le rôle est manifestement nécessaire au bon fonctionnement des tribunaux. La préparation du rôle et la communication des renseignements pertinents à des personnes ayant à faire avec le tribunal pour adolescents lui-même sont non seulement autorisées par l’art. 44.1, mais s’appuient également sur le par. 38(1.1), qui permet «la communication de *renseignements* dans le cours de l’administration de la justice [. . .] si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité» (italiques ajoutés). Toutefois, pour qu’ils servent à leurs fins, il suffit de communiquer les renseignements aux personnes chargées de l’administration de la justice, notamment les fonctionnaires de la cour, les témoins et les adolescents ayant des démêlés avec la justice; il n’est pas nécessaire de communiquer les renseignements aux commissions scolaires. En fait, on nous dit que le personnel du tribunal pour adolescents de St. John’s n’affiche pas le rôle sur le tableau d’affichage comme c’est le cas pour les tribunaux pour adultes, mais y donne accès aux intéressés «pour le consulter».

2. La diffusion du rôle aux commissions scolaires

Les intimées prétendent que même si la diffusion du rôle aux commissions scolaires n’est pas visée en soi par l’exception relative aux «dossiers» de la cour, les renseignements figurant sur le rôle peuvent néanmoins être diffusés aux commissions scolaires en vertu:

- a. de l’exception relative à l’«administration de la justice» au par. 38(1.1);
- b. de l’exception relative à la «commission scolaire» au par. 38(1.13).

43

44

a. *The “Administration of Justice” Exception*a. *L’exception relative à «l’administration de la justice»*

45 Section 38(1.1) provides that the general prohibition against disclosure

Selon le paragraphe 38(1.1), l’interdiction générale de communication

does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice including, for greater certainty, the disclosure of information for the purposes of the *Firearms Act* and Part III of the *Criminal Code*, where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community. [Emphasis added.]

ne s’applique pas relativement à la communication de renseignements dans le cours de l’administration de la justice — notamment pour l’application de la *Loi sur les armes à feu* et de la partie III du *Code criminel* —, si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité. [Je souligne.]

46 The Newfoundland Court of Appeal considered that the expression the “administration of justice” was broad enough to include circulation to the school boards. I do not think that such a broad view can be supported by the text. It is possible that on occasion a school board would be implicated in a particular case with the apprehension of an accused, the disposition of a charge against a young person or the oversight of probation conditions. However, as stated above, the school board is not involved generally in the administration of justice. The distinction is I think clear in the description of Steele J.A. of the way in which the docket information is handled at the school board (at para. 19):

La Cour d’appel de Terre-Neuve a conclu que l’expression «l’administration de la justice» était assez large pour viser la distribution aux commissions scolaires. J’estime que le texte de la loi ne peut pas appuyer une interprétation aussi large. Il est possible que, dans un cas donné, une commission scolaire intervienne dans l’arrestation d’un accusé, dans la décision relative à l’accusation portée contre un adolescent ou dans la vérification du respect des conditions de la probation. Toutefois, comme on le dit plus haut, la commission scolaire ne s’occupe généralement pas de l’administration de la justice. À mon avis, cette distinction ressort de la description faite par le juge Steele, de la Cour d’appel, de la manière dont les renseignements contenus dans le rôle sont traités à la commission scolaire (au par. 19):

... the affidavits of Ann Murray and Donna McLennon distinctly state that in reviewing the contents of the docket they look for “charges of serious offences including sexual offences, assault, arson, narcotics and weapons offences”. The intent is to ascertain and identify students that are or have the potential to be dangerous and likely to jeopardize the safety of staff, students, or other persons, as the case may be.

[TRADUCTION] ... les affidavits de Ann Murray et Donna McLennon indiquent expressément que, lorsqu’elles examinent le contenu du rôle, elles recherchent les «accusations relatives aux infractions graves, notamment les infractions en matière sexuelle, les voies de fait, l’incendie criminel ainsi que les infractions relatives aux stupéfiants et aux armes». Le but est de vérifier l’existence et l’identité d’étudiants qui sont dangereux ou qui sont susceptibles de l’être et qui risquent fort de compromettre la sécurité du personnel, des étudiants ou de toute autre personne, selon le cas.

In my view, under the administrative practice at issue in this appeal, school boards are provided with Youth Court information for *school board* purposes, which include not only safety but the truancy issue already referred to in the letter of the Chief Judge previously quoted. The general distribution of dockets for such a purpose cannot be

Je suis d’avis que la pratique administrative en cause dans le présent pourvoi a pour effet de fournir aux commissions scolaires, pour *leurs* besoins, des renseignements provenant du tribunal pour adolescents, notamment non seulement pour la sécurité mais également pour la question l’absentéisme scolaire, mentionnée dans la lettre précitée

supported on the basis of the “administration of justice” exception.

Finally, it would be curious to allow the school board to obtain information under s. 38(1.1) under less stringent constraints than would be applicable under s. 38(1.13), where the “school board” is specifically mentioned, and where transmitted information is explicitly limited as to purpose and made subject to strict security (s. 38(1.14)) to prevent disclosure “to any other person unless the disclosure is necessary for a purpose referred to in [s. 38(1.13)]”. The non-disclosure regime applicable to s. 38(1.1) is less stringent.

b. *The “School Board” Exception*

Section 38(1.13), referred to in argument as “the school board section”, permits disclosure of information to the representative of any school board or school where disclosure is necessary either to ensure compliance by the young person with a court order or to ensure the safety of staff, students or other persons. It is formulated in relevant part (with emphasis added) as follows:

(1.13) Subsection (1) [i.e., the prohibition] does not apply in respect of the disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including the representative of any school board or school or any other educational or training institution,

by the provincial director, a youth worker, a peace officer or any other person engaged in the provision of services to young persons

where the disclosure is necessary

(a) to ensure compliance by the young person with an authorization pursuant to section 35 or an order of any court concerning bail, probation or conditional supervision; or

du juge en chef. La diffusion générale des rôles à cette fin ne peut pas se fonder sur l’exception relative à «l’administration de la justice».

Enfin, il serait curieux de permettre à la commission scolaire d’obtenir des renseignements en vertu du par. 38(1.1) selon des conditions moins rigoureuses que celles qui s’appliqueraient en vertu du par. 38(1.13); celui-ci mentionne expressément la «commission scolaire» et limite la communication des renseignements à des fins précises, selon des conditions strictes (par. 38(1.14)) pour prévenir leur communication «à moins [qu’elle] ne soit nécessaire à l’une des fins mentionnées [au par. 38(1.13)]». L’interdiction de la communication de renseignements applicable au par. 38(1.1) est moins rigoureuse.

b. *L’exception relative à la «commission scolaire»*

Le paragraphe 38(1.13), qualifié au cours des plaidoiries de «disposition relative à la commission scolaire», permet la communication de renseignements au représentant de toute commission scolaire ou école si la communication est nécessaire pour faire en sorte que l’adolescent se conforme à une ordonnance judiciaire ou pour assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d’autres personnes. Les parties pertinentes de ce paragraphe sont ainsi libellées (avec soulignement ajouté):

(1.13) Le paragraphe (1) [c.-à-d., l’interdiction] ne s’applique pas à la communication de renseignements faite

par un directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents

lorsqu’elle est destinée à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment au représentant d’une commission scolaire, d’une école ou de tout autre établissement d’enseignement ou de formation, en vue:

a) de faire en sorte que l’adolescent se conforme à toute décision rendue par un tribunal relativement à sa mise en liberté, à sa probation, à sa liberté sous condition ou à toute autorisation visée à l’article 35;

47

48

(b) to ensure the safety of staff, students or other persons, as the case may be.

b) d'assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes, selon le cas.

49 The restrictions can be summarized thus. Firstly, the disclosure under s. 38(1.13) must be by one of certain enumerated persons including the provincial director, a youth worker, a peace officer, "or any other person engaged in the provision of services to young persons". I think it is stretching a point to say that the Youth Court administrators are "engaged in the provision of services to young persons". The other persons enumerated in s. 38(1.13) do have access to the docket information, but none of these people undertook the distribution to the school boards in this case.

On peut donc résumer ainsi les restrictions. Premièrement, la communication prévue par le par. 38(1.13) doit être faite par l'une des personnes énumérées, notamment le directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix «ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents». J'estime qu'il est exagéré de dire que les administrateurs du tribunal pour adolescents «fourni[ssent] des services aux adolescents». Les autres personnes énumérées au par. 38(1.13) ont accès aux renseignements contenus dans le rôle, mais aucune d'elles ne les a diffusés aux commissions scolaires en l'espèce.

50 Secondly, disclosure is limited to the school board or school engaged in the supervision or care of the young person in question. The practice of the Youth Court to send the dockets to *both* school boards in the St. John's area necessarily includes a school board other than the particular school board charged with the care and education of the young person in question. In fact under the present arrangement it is quite possible that *none* of the recipient school boards would have any responsibility for a particular young offender on the docket, e.g., the young offender could be from outside the area of St. John's, or have left school altogether.

Deuxièmement, la communication est limitée à la commission scolaire ou école chargée de surveiller l'adolescent en question ou de s'en occuper. La pratique du tribunal pour adolescents d'envoyer les rôles aux *deux* commissions scolaires de la région de St. John's vise nécessairement une commission scolaire autre que celle chargée de s'occuper de l'adolescent en question et de l'instruire. En fait, selon les dispositions actuelles, il est fort possible qu'*aucune* des commissions scolaires recevant le rôle n'ait de responsabilité envers un jeune contrevenant donné y figurant. Par exemple, le jeune contrevenant pourrait provenir de l'extérieur de la région ou avoir carrément quitté l'école.

51 Thirdly, the limitation is directed either to ensuring compliance with a court order (in which case disclosure should not be given in respect of young offenders who are not under any relevant court order) or to ensuring safety of staff, students or other persons. With respect to compliance issues (first branch), it is quite possible that one of the St. John's School Boards *could* have had a role to play in ensuring compliance by the appellant with the condition of his recognizance that he keep the peace and be of good behaviour for 12 months; and that he not "initiate any contact or communication with" the alleged victims. However, there is no evidence that all or any of the school board recipients here had such a role to play in respect of the appellant, against whom all charges were ultimately dropped. With respect to safety (second

Troisièmement, la limite vise à faire en sorte que les ordonnances de la cour soient respectées (auquel cas il ne doit pas y avoir communication relativement aux jeunes contrevenants ne faisant pas l'objet d'une ordonnance à cet égard) et à assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes. Quant au respect des ordonnances (la première partie), il est fort possible que l'une des commissions scolaires de St. John's *aurait* pu avoir un rôle à jouer pour faire en sorte que l'appellant respecte l'engagement qu'il a pris de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite pendant 12 mois, et de ne pas [TRADUCTION] «entrer en contact ou en communication» avec les présumées victimes. Il n'y a cependant aucune preuve que les commissions scolaires visées, ou l'une d'elles, aient eu un tel rôle à

branch), young persons charged with offences such as shoplifting, which ordinarily would not raise safety concerns at all, should be (but are not now) excluded from the general distribution to school boards linking specific accused with specific offences. The docket as presently distributed identifies all young persons in trouble under the Act, whether or not they are on bail, probation or conditional supervision, whether or not they are a threat to safety of the staff, students or other persons, and whether or not they attend school.

Fourthly, the docket is both over-inclusive and under-inclusive in relation to the information that can legally be communicated. It is over-inclusive because it includes young people who present no safety risk at all and who may not even be students. At the same time, it is under-inclusive because, if there is a serious safety concern, the docket may not include enough information to alert a school to the nature of that safety concern or to enable the school to formulate in an informed way what remedial action to take.

It is evident, therefore, that if the objective of the Youth Court in St. John's is to provide timely information to school boards in need of safety information, the objective can certainly be achieved through the individuals named in s. 38(1.13). The evidence is, in fact, that timely information from the Youth Court has in the past assisted schools in the St. John's area to address legitimate safety concerns, including assignment of a student assistant to monitor a student charged with arson to ensure no incidents of arson occurred; preparation of risk assessments in cases where students have been charged with serious violent offences; placement of a student in another school after an attack on a classmate to reduce the risk of further assault or confrontation; and restric-

jouer relativement à l'appelant, contre qui toutes les accusations ont finalement été retirées. Quant à la sécurité (la deuxième partie), les adolescents inculpés d'infractions comme le vol à l'étalage, qui ne suscitent habituellement aucune inquiétude en matière de sécurité, ne devraient pas être visés (mais le sont actuellement) par la diffusion générale aux commissions scolaires qui lie des accusés donnés à des infractions précises. Le rôle actuellement diffusé identifie tous les jeunes faisant l'objet de procédures prises en vertu de la Loi, qu'ils soient ou non en liberté sous caution, sous probation ou en liberté sous condition, qu'ils constituent ou non un danger pour la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes et qu'ils aillent ou non à l'école.

Quatrièmement, le rôle a une portée à la fois trop large et trop restrictive relativement aux renseignements qui peuvent être communiqués en vertu de la loi. Il a une portée trop large car il comprend des adolescents qui ne constituent vraiment aucun risque pour la sécurité et qui ne sont même pas des étudiants. Par ailleurs, il a une portée trop restrictive car, s'il existe un danger grave en matière de sécurité, il peut ne pas contenir suffisamment de renseignements pour prévenir l'école de la nature de ce danger ni pour lui permettre d'élaborer de façon éclairée la mesure corrective à prendre.

Il est donc manifeste que si l'objectif du tribunal pour adolescents de St. John's est de fournir au moment opportun des renseignements aux commissions scolaires ayant besoin de renseignements relatifs à la sécurité, cet objectif peut certainement être atteint par l'intermédiaire des personnes visées au par. 38(1.13). La preuve indique d'ailleurs que des renseignements pertinents provenant du tribunal pour adolescents ont par le passé aidé des écoles de la région de St. John's à répondre à des préoccupations légitimes en matière de sécurité, par exemple, en nommant un aide-étudiant pour surveiller un étudiant accusé d'incendie criminel afin que des incendies criminels ne se produisent pas; en faisant une évaluation du risque dans des cas où des étudiants avaient été inculpés relative-

52

53

tion of a student's movement within a school so as to reduce the safety risk to other students.

ment à des infractions graves de violence; en plaçant un étudiant dans une autre école après une attaque contre un camarade de classe, pour réduire le risque d'un autre affrontement ou agression; et en restreignant la circulation d'un étudiant dans une école afin de réduire le danger pour la sécurité des autres étudiants.

54 The point, however, is that the communication will have to be more tightly tailored to comply with the non-disclosure provisions of the Act than by way of the present general distribution of *all* dockets to *all* school boards.

Il n'en demeure pas moins que la diffusion, pour être conforme aux dispositions de la Loi interdisant la communication des renseignements, devra être plus étroitement ajustée qu'une diffusion générale de *tous* les rôles à *toutes* les commissions scolaires, comme c'est actuellement le cas.

55 Once the information is lawfully in the hands of the school, of course, the school may take steps to address its safety concerns (as, of course, it is entitled to do on the basis of any information that raises safety issues). This remedial action may include, where appropriate, an expulsion hearing: *F.G. v. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308 (Div. Ct.); or other restrictions even prior to trial where necessary: *H. (G.) v. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270 (Sask. Q.B.). As stated by Smith Prov. Ct. J. in *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL) (Prov. Ct.), at para. 33, albeit he was dealing with an application under s. 38(1.5): "As important as privacy is for youth records under the YOA, there is an overriding importance, in certain circumstances, of allowing disclosure in order to protect other children".

Une fois que l'école détient légalement les renseignements, elle peut évidemment prendre des mesures pour répondre à ses préoccupations en matière de sécurité, comme elle a le droit de le faire dans d'autres cas, lorsqu'elle reçoit des renseignements préoccupants sur le plan de la sécurité. Elle peut notamment, dans les cas qui s'y prêtent, tenir une audience d'expulsion: *F.G. c. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308 (C. div.); ou imposer si nécessaire d'autres restrictions même avant la tenue du procès: *H. (G.) c. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270 (B.R. Sask.). Comme l'a déclaré le juge Smith, de la Cour provinciale, dans *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL) (C. prov.), au par. 33, bien qu'il ait examiné une demande fondée sur le par. 38(1.5): [TRADUCTION] «Aussi importante que soit, en ce qui a trait aux dossiers des adolescents, la protection de la vie privée en vertu de la LJC, il est encore plus important, dans certains cas, de permettre la communication afin de protéger d'autres enfants».

56 Violent offences against people, e.g., assault, assault causing bodily harm, aggravated sexual assault, weapons offences, drugs and more serious property offences such as arson may clearly raise a sufficient concern for the safety of the young person as well as "staff, students or other persons" to justify notification to the board responsible for the student in question. There is nothing in the section that precludes the implementation of a general notification procedure provided the policy is properly tailored to the statutory requirements. In terms

Les infractions de violence contre des personnes — comme les voies de fait, les voies de fait avec lésions, les agressions sexuelles graves, les infractions relatives aux armes et aux drogues ainsi que les infractions graves contre les biens telles que l'incendie criminel — peuvent manifestement soulever une préoccupation suffisante pour la sécurité de l'adolescent lui-même ainsi que pour celle «du personnel, des étudiants ou d'autres personnes» pour justifier la notification à la commission scolaire responsable de l'étudiant en question. Rien

of post-disposition, the Youth Court judge would be in a very good position to know what information the school ought to receive to address any safety concerns and may, if he or she thinks fit, alert one of the officials enumerated in s. 38(1.13) to make the notification.

The scheme of s. 38(1.13) is therefore that the information should be provided not by the Youth Court as such but by the provincial director, a youth worker or peace officer, and should be directed only to the school board with which the young person is associated. Administrative arrangements may be standardized by the court's Youth Justice Concerns Committee, but the responsibility for the nature and extent of the disclosure will rest with the official identified in s. 38(1.13) who actually takes charge of the disclosure.

V. Disposition

The present practice of the Youth Court in St. John's is not sanctioned by the Act and the appeal is therefore allowed, the order of the Court of Appeal is set aside, and a prohibition will issue against continuation of the present practice of the Youth Court of St. John's to distribute the docket to both school boards in the St. John's area. The prohibition is issued, of course, without prejudice to the making of an appropriately tailored regulation under s. 44.1(1)(h) of the Act, or to such further or other arrangement that may be made by the provincial director, a youth worker, a peace officer or other official identified in s. 38(1.13) that conforms to the Act and recognizes the valid interest of the school boards in the promotion of school safety. The appellant is entitled to his costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Joan Dawson, St. John's.

dans la disposition n'empêche de procéder par notification générale, pourvu que la politique soit conçue conformément aux exigences de la loi. Une fois la décision rendue, le juge du tribunal pour adolescents est très bien placé pour savoir quels renseignements l'école devrait recevoir pour répondre à toute préoccupation relative à la sécurité et il peut, s'il le juge indiqué, demander à l'un des responsables énumérés au par. 38(1.13) de faire la notification.

L'objet du par. 38(1.13) est donc de prévoir que les renseignements sont fournis, non pas par le tribunal pour adolescents lui-même, mais par le directeur provincial, un délégué à la jeunesse ou un agent de la paix, et qu'ils sont communiqués uniquement à la commission scolaire dont relève l'adolescent. Le Youth Justice Concerns Committee du tribunal peut normaliser les dispositions administratives, mais la responsabilité de la nature et de la portée de la communication revient aux responsables visés par le par. 38(1.13), qui se chargent eux-mêmes de la communication.

V. Dispositif

La pratique actuelle du tribunal pour adolescents de St. John's n'est pas autorisée par la Loi, de sorte que le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et une interdiction est prononcée contre la poursuite de la pratique actuelle du tribunal pour adolescents de St. John's, qui consiste à diffuser le rôle aux deux commissions scolaires de la région de St. John's. L'interdiction est évidemment prononcée sans préjudice à l'édiction d'un règlement approprié en vertu de l'al. 44.1(1)(h) de la Loi, ou la prise de toute autre disposition administrative par le directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou tout autre responsable visé par le par. 38(1.13), conformément à la Loi et compte tenu du droit légitime des commissions scolaires de promouvoir la sécurité dans les écoles. L'appellant a droit aux dépens dans notre Cour et dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appellant: Joan Dawson, St. John's.

57

58

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondents the Roman Catholic School Board for St. John's and the Avalon Consolidated School Board: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Solicitor for the intervenor: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs des intimés Roman Catholic School Board for St. John's et Avalon Consolidated School Board: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Procureur de l'intervenante: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Case Name:

Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques

Between

**Coltsfoot Publishing Limited, Appellant, and
Sharon J. Foster-Jacques and Hector J. Jacques, Respondents**

[2012] N.S.J. No. 441

2012 NSCA 83

266 C.R.R. (2d) 1

320 N.S.R. (2d) 166

353 D.L.R. (4th) 1

2012 CarswellNS 591

220 A.C.W.S. (3d) 291

26 R.F.L. (7th) 259

Docket: CA 367939

Registry: Halifax

Nova Scotia Court of Appeal
Halifax, Nova Scotia

J.W.S. Saunders, J.E. Fichaud and D.R. Beveridge JJ.A.

Heard: May 22, 2012.

Judgment: August 16, 2012.

(102 paras.)

Civil litigation -- Civil evidence -- Methods of proof -- Judicial notice -- Of facts -- Appeal by publisher from sealing order in divorce proceeding allowed -- Order set aside and partial publication ban substituted -- Although release of personal identifier information in file could

subject parties to risk of identity theft, judge erred in taking judicial notice that other information in file could add to such risk -- No evidence established that publisher would not abide by partial publication ban prohibiting disclosure of identifier information.

Civil litigation -- Civil procedure -- Trials -- Conduct of -- Publication bans and confidentiality orders -- Appeal by publisher from sealing order in divorce proceeding allowed -- Order set aside and partial publication ban substituted -- Although release of personal identifier information in file could subject parties to risk of identity theft, other information in file did not add to such risk, and no evidence established that publisher would not abide by ban on publishing identifier information -- Risk of embarrassment to parties was not a basis to seal file -- Open court principle applied to family proceedings -- Nova Scotia Civil Procedure Rules, Rules 59, 85.

Family law -- Separation and divorce -- Practice and procedure -- Discovery -- Production and inspection of documents -- Appeal by publisher from sealing order in divorce proceeding allowed -- Order set aside and partial publication ban substituted -- Although release of personal identifier information in file could subject parties to risk of identity theft, other information in file did not add to such risk, and no evidence established that publisher would not abide by ban on publishing identifier information -- Risk of embarrassment to parties was not a basis to seal file -- Open court principle applied to family proceedings -- Nova Scotia Civil Procedure Rules, Rules 59, 85.

Appeal by the publisher of a magazine from an order sealing the court file relating to the Jacques' divorce. The Jacqueses had filed financial information in the divorce proceeding to which the publisher of Frank magazine wanted access. Both the husband and wife filed motions for an order sealing their file. The husband also moved for a publication ban. Neither submitted affidavits in support of their motions. A judge sealed the file, taking judicial notice of the fact that identity theft was a real risk because of the personal identifier information in the financial information. She concluded that a publication ban would be insufficient to address this risk as the court would be unable to properly police such an order, and because it would be cumbersome and costly to redact the personal identifier information from the file.

HELD: Appeal allowed. The sealing order was overturned and in its place an order was issued prohibiting the publisher from disclosing personal identifier information in the court file. The Jacqueses were given the alternative to redact such information from the file themselves and have the redacted information disclosed to the publisher instead. Access to the names of the husband and wife would not add to the risk of identity theft. The names were already in the public domain for the litigation. The judge was entitled to take judicial notice of the fact that the disclosure of personal identifier information would heighten the risk of identity theft, but this was the limit of the facts of which the judge could take notice. Neither of the Jacqueses provided evidence that the risk of identity theft extended beyond such items as addresses, phone numbers, government-issued identification and banking information. None of the facts of which the judge was entitled to take notice warranted a sealing order. The judge failed to consider whether there were reasonable

alternatives to alleviate the particular risk in this case. There was no support for the judge's assumption that the publisher would not abide by an order prohibiting it from publishing the personal identifier information. There was also no evidence of the potential cost involved in redacting the file to remove the information. The open court principle was not limited to that information heard in court and disclosed in the judge's reasons by virtue of the fact that this was a family proceeding. The risk of embarrassment was neither proven nor sufficient to support a sealing order.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, R.S.C. 1985, App. II, No. 44, Schedule B, s. 2(b)

Federal Courts Rules, Rule 151

Nova Scotia Civil Procedure Rules, Rule 59, Rule 59.19, Rule 59.24, Rule 59.25, Rule 59.27, Rule 59.60, Rule 59.60(2), Rule 59.60(3), Rule 59.60(4), Rule 59.60(5), Rule 59.60(6), Rule 85, Rule 85.04(1)

Court Summary:

Confidentiality Orders -- Open Court Principle.

The Respondents are divorcing. They have filed financial material with the Supreme Court (Family Division) as required by Rule 59. *Frank Magazine* wishes to see that information. The Respondents moved under Rule 59.60 for an order that the file be sealed. The judge of the Family Division said that the risk of identity theft from personal information in the file justified a confidentiality order. The judge said that a partial publication ban would not suffice, because it could not be policed, and that redaction would be cumbersome and costly. So the judge ordered that the file be sealed in its entirety. There was no evidence on the motions, and the judge relied on judicial notice for the facts that supported her ruling. The magazine's publisher appealed to the Court of Appeal.

Issue: Did the judge err in law in her interpretation or application of the open court principle?

Result: The Court of Appeal allowed the appeal, overturned the sealing order and substituted a partial publication ban and option for the respondents to redact the personal identifier information. There was no evidence to show that a partial publication ban or redaction were not reasonable alternatives. The judge erred in law by taking judicial notice of dispositive adjudicative facts that were neither notorious nor indisputable.

[Note: This summary does not form part of the Court's judgment. Quotations must be from the judgment, not this summary.]

Counsel:

Alan V. Parish, Q.C. and R. Paul Thorne for the appellant.

Gordon R. Kelly and Adrienne Bowers for the respondent Sharon J. Foster-Jacques.

William L. Ryan, Q.C. and Sara Scott for the respondent Hector J. Jacques.

Reasons for judgment delivered by J.E. Fichaud J.A. Concurring by J.W.S. Saunders and D.R. Beveridge J.A.

Reasons for judgment:

1 J.E. FICHAUD J.A.:-- Ms. Foster-Jacques and Mr. Jacques are divorcing. They have filed financial information with the Supreme Court (Family Division) as required by *Civil Procedure Rule 59*. *Frank Magazine* wants to see that information. A judge of the Family Division refused, because of the risk of identity theft from personal information in the court file. The judge said that public and media access to the hearing and to the judge's written reasons satisfied the open court principle. The judge said that a partial publication ban could not be policed, and that redaction would be cumbersome and costly. So she sealed the court file in its entirety. There was no evidence on the motion, and the judge took judicial notice of the facts that were necessary for her ruling. The magazine's publisher appeals, and invokes the open court principle to seek access to the court file.

1. Background

2 Ms. Foster-Jacques and Mr. Jacques are the Petitioner and Respondent in a divorce proceeding before the Supreme Court (Family Division), under court file No. 1201-064463. The matter has not yet gone to trial.

3 Coltsfoot Publishing Limited publishes *Frank Magazine*.

4 Coltsfoot requested access to the Supreme Court (Family Division)'s file for the divorce. On February 18, 2011, Coltsfoot gave notice under Rule 59.60(4). The Notice, addressed to counsel for Ms. Foster-Jacques, cited Court File No. 1201-064463 and said:

TAKE NOTICE that Frank Magazine wishes to obtain access to your file and gives 20 days advance notice pursuant to Civil Procedure Rule 59.60(4).

AND FURTHER TAKE NOTICE that any party to the proceeding may apply to the court by way of motion, as provided in Civil Procedure Rule 59.60(5) for an order sealing all or any part of the Court file.

AND FURTHER TAKE NOTICE that if no such motion is made, the non-party may be granted access to the file, subject to any terms or conditions set by the court.

5 Rule 59 applies to divorce proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia (Family Division), in the judicial districts where the Family Division sits. Rule 59.60 governs confidentiality orders:

59.60(1) A proceeding under this Rule 59 shall be held in public, except that a judge who is satisfied on either of the following may exclude members of the public from all or part of the proceeding:

- (a) the presence of the public could cause emotional harm to a child who is a witness or a participant in the hearing, or is the subject of the hearing;
 - (b) it is in the interest of the proper administration of justice.
- (2) A judge may make an order prohibiting the publication of the identity of a child, or the name of a party or witness, or of any other information that would identify the child.
 - (3) A judge may order that a court file or any part of the file or any document contained in the file be sealed, treated as confidential, and not made available to the public.
 - (4) A person, other than a party or counsel for a party, who requests access to a court file must give written notice to the parties no less than twenty days before obtaining access.
 - (5) A party may make a motion for an order sealing all or part of the court file after delivery of written notice of the request for access.
 - (6) The person requesting access to the court file must be granted access, subject to any terms or conditions the judge specifies, unless a party makes a motion within the required time.

6 On March 2, 2011 Mr. Jacques moved under Rule 59.60 for "an order to seal the Court file in this proceeding, as well as a publication ban". His Notice of Motion said: "There is no evidence in support of this motion."

7 On March 14, 2011, Ms. Foster-Jacques moved for a an order "sealing the entire court file", citing Rule 59.60(5) among other provisions. Her Notice of Motion said: "Given the nature of the relief requested, an Affidavit is not being submitted with this Motion".

8 There were no affidavits on the motions. Counsel filed briefs. The briefs from counsel for Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques attached extracts from *Frank Magazine*.

9 On June 28, 2011, Justice Beryl MacDonald of the Supreme Court (Family Division) heard the motions brought by Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques. No witness testified.

10 On July 13, 2011, Justice MacDonald issued a written decision (2011 NSSC 290) that granted the motions for a sealing order. The judge took judicial notice of the facts that underpinned her reasons. The decision said mere personal privacy and the prospect of embarrassment to Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques did not justify a sealing order, but the court file contained personal identifier information of Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques that could enable identity theft. The judge said there is a public interest to reduce the risk of identity theft that outweighs the salutary effect of the open court principle. As to alternative measures, the judge concluded that a publication ban would "not properly address" the risk because "[t]he court cannot police the later use of personal identifiers" and it would be "cumbersome and costly" to redact the personal identifier information from the court file. Accordingly, the judge directed (para. 38) that A[t]his divorce file shall be sealed in its entirety".

11 Later I will discuss the judge's reasons in more detail.

12 The judge's Order of November 23, 2011 said:

1. The Court file in the within proceeding shall and is hereby sealed in its entirety and shall be available to the parties, their counsel and the Court.

2. Issues on Appeal

13 First Issue: Coltsfoot's eight grounds in its Notice of Appeal, repeated as Issues listed in its factum, share some common denominators. I will consolidate the issues to analyse whether the judge committed an appealable error (1) by finding there was a risk of identity theft that was of sufficient public interest to support a confidentiality order, and outweighed the deleterious effects of the sealing order, and, in particular, (2) by failing to employ an alternative that is less restrictive than sealing the entire court file. Features of this analysis will include (1) how the absence of sworn evidence affects the discharge of the onus resting on the party who seeks a confidentiality order, and (2) whether the judge erred by taking judicial notice of the adjudicative facts that are central to the disposition of the disputed issue.

14 Second Issue: I will address the judge's view, reiterated by Mr. Jacques on the appeal, that in matrimonial disputes the open court principle is satisfied by the public's attendance in the courtroom to hear the proceedings and by access to the judge's decision, and otherwise does not apply to documents filed with the court.

15 Third Issue: Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques suggested that the personal and private

nature of a divorce supports the sealing order, a submission that the judge had rejected. Though there was no notice of contention, the issue was well canvassed in the appeal hearing.

3. Standard of Review

16 Rule 59.60(3) says the judge "may order" that the file be sealed. This Court reviews a *Rules* based discretionary ruling either for an error of law or principle, assessed for correctness, or to determine whether the judge's exercise of discretion would result in a patent injustice: *Innocente v. Canada (Attorney General)*, 2012 NSCA 36, paras. 15-29 and authorities there cited. The question for the Court of Appeal that materializes from the parties' submissions is whether the judge erred in law with her interpretation and application of the open court principle, including her appreciation of the standard of proof and her use of judicial notice.

4. First Issue -- Risk of Identity Theft under the Open Court Principle

17 The judge identified the risk of identity theft as the matter of important public interest that justified the sealing order. Her reasons say:

[19] ... It is also important to know that much of the information in the court file contains what, in our electronic age, are called personal identifiers. This is information that can identify an individual and can permit another person to "assume" that individual's identity without their knowledge or consent (identity theft) and then use this information to gain access to bank accounts, insurance information and so on.

...

[24] The Applicant and the Respondent have argued that the public has an interest in and expects personal identifier information contained in court documents to be protected in order to prevent identity theft. I have decided this is a public interest of superordinate importance. It is a privacy interest. In addition society values prevention of identity theft.

18 The judge said the following about the absence of evidence on the motions:

[28] I have accepted the submissions of counsel in respect to their client's expectations. Expectations are not facts. Affidavits are to provide facts. However, in this situation perhaps an expectation is a fact, and if so I accept those expectations without the necessity of proof by way of affidavit because it flows naturally from the applications made by the parties. If this was not their expectation why make the applications to seal the court file? These are facts that

should have been admitted by the media if the purpose of the Nova Scotia Civil Procedure Rules are to be properly applied - that purpose is:

1.01 These Rules are for the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding.

[29] Failure to recognize the obvious and to require "strict proof" may have its place in some proceedings. However, in this court in particular, where parties financial capacities are so often very limited, blind adherence to an adversarial process may work an unnecessary injustice. I believe I am permitted to recognize the obvious.

...

[32] The risk of identity theft is real. I should not have to wait until it occurs to recognize that risk. I do not need a police officer to inform me about this risk. The concern about identity theft is frequently the topic of discussion in newspapers, in government departments, and in judicial committees (for example the Canadian Judicial Council approved a document "Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol" in March 2005). Considering the devastating consequences that can result to an individual whose identity is stolen, identity theft constitutes a substantial risk though at present it may infrequently occur. It is important that it remain an infrequent event and that all efforts be made to protect those who must provide information from losing control over their personal identifiers.

[33] If I am required to place my analysis into an evidentiary context to justify my finding that there is a public interest and social value imbedded in the expectation of privacy and confidentiality for personal identifiers, and the risk of identity theft is real, I do so by taking judicial notice of the facts I have used to support my analysis upon the principles expressed in *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863 and *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458.

19 The judge concluded that there was no reasonable alternative measure, other than sealing the complete court file, that would protect against identity theft:

[26] Forbidding the publication or use of personal identifiers information by those who would examine a court file does not properly address the private and

confidential nature of this information, nor the concern about its potential misuse. Little that is filed in the Family Division is filed voluntarily. Most of the material in the file must be filed by the rules of court and, on occasion, court order. The court cannot police the later use of personal identifiers by a member of the public including the media, who has viewed material containing this information. ...

...

[35] Other than removing the personal identifier information from documents required to be filed in this court, I can think of no means by which to protect this information except to issue an order sealing this file. Any attempt to collect the required disclosure, while removing identifiers so that they would be provided when necessary but remain undisclosed to the public, would be cumbersome and costly to the parties and to the court's administration. It would necessitate filing two sets of these documents, one with all personal identifiers removed, accessible to the public, and one with the identifiers in separate file, not accessible to the public, essentially two files for every proceeding.

20 Did the judge err in law in her analysis of the open court principle?

Judicial Discretion

21 The motions for the confidentiality order are under Rule 59.60(3) - the judge "may" order that the file be sealed or treated as confidential - and are "subject to any terms and conditions the judge specifies" under Rule 59.60(6). As the judge (para. 5) noted, "Civil Procedure Rule 59.60 does not provide any factors that are to be considered in the exercise of the discretion provided".

22 Rule 59.02(2) states:

- (2) The Rules outside Part 13 - Family Proceedings, with any necessary changes, apply to practice and procedure in the Supreme Court (Family Division) that is not governed by Part 13.

Rule 59 is in Part 13 (Family Proceedings). Rule 85 (Access to Court Records) is outside Part 13, and applies to the Supreme Court of Nova Scotia generally. Rule 85.04(1) says:

- (1) A judge may order that a court record be kept confidential only if the judge is satisfied that it is in accordance with law to do so, including the freedom of the press and other media under section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the open courts principle.

23 The judge (para. 7) took Rule 85.04(1) as a direction that she should exercise her discretion in accordance with the standards governing the open court principle that stem from *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442 and the authorities that expand on *Dagenais/Mentuck*.

24 I agree that the *Dagenais/Mentuck* line of authority governs the judge's discretion under Rule 59.60. This would be so even without Rules 59.02(2) and 85.04(1). The open court principle derived from the common law: *A.G. (Nova Scotia) v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, paras. 53-63. But it is now constitutionally embedded as an element of freedom of expression, including freedom of the press and other media, in s. 2(b) of the *Charter*: see authorities cited in *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, paras. 33 and 81, and *Canadian Broadcasting Corp v. The Queen*, [2011] 1 S.C.R. 65 ["*Dufour*"], paras. 11-14. The exercise of judicial discretion under Rule 59.60 must comply with the constitutional standards: *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332 [*Vancouver Sun* 2004], para. 31, per Justices Iacobucci and Arbour for the majority, and authorities there cited; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, para. 48; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, [2010] 2 S.C.R. 592, para. 87; *Dufour*, paras. 13-14.

The Open Court Principle

25 What are the elements of the open court principle?

26 In *Sierra Club*, Justice Iacobucci for the Court formulated the *Dagenais/Mentuck* test as it applied to a request for a confidentiality order for documentary filings under *Federal Court Rule* 151. Rule 151 said:

151.(1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

- (2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

Justice Iacobucci stated:

53 Applying the rights and interests engaged in this case to the analytical framework of *Dagenais* and subsequent cases discussed above, the test for whether a confidentiality order ought to be granted in a case such as this one should be framed as follows:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right of free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

54 As in *Mentuck*, I would add that three important elements are subsumed under the first branch of this test. First, the risk in question must be real and substantial, in that the risk is well grounded in the evidence, and poses a serious threat to the commercial interest in question.

55 In addition, the phrase "important commercial interest" is in need of some clarification. In order to qualify as an "important commercial interest", the interest in question cannot merely be specific to the party requesting the order; the interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality. ... Simply put, if there is no general principle at stake, there can be no "important commercial interest" for the purposes of this test. Or, in the words of Binnie J. in *Re F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 10, the open court rule yields "where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness". [Justice Iacobucci's emphasis]

56 In addition to the above requirement, courts must be cautious in determining what constitutes an "important commercial interest". It must be remembered that a confidentiality order involves an infringement on freedom of expression. Although the balancing of the commercial interest with freedom of expression takes place under the second branch of the test, courts must be alive to the fundamental importance of the open court rule. [citation omitted]

57 Finally, the phrase "reasonably alternative measures" requires the judge to consider not only whether reasonable alternatives to a confidentiality order are available, but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

27 To summarize, in this case the judge's task was to determine whether (1) the sealing order was

necessary to prevent a serious risk to an important interest, because reasonable alternative measures would not alleviate the risk, and (2) the salutary effects of the sealing order outweigh its deleterious effects, that include a limitation on constitutionally protected freedom of expression. On the first point, the important interest must be (a) real, substantial and well grounded in the evidence, and (b) involve a general principle of significance to the public, not just of personal interest of the parties, while (c) the judge's consideration of reasonable alternative measures must restrict the confidentiality order as much as possible while preserving the important interest that requires confidentiality.

The Role of Evidence

28 There was no evidence before the judge on these motions. So whether there was a need for evidence, to traverse the open court principle, was in serious contention on this appeal. I will elaborate on the applicable principles.

29 As Justice Iacobucci said in *Sierra Club* (para. 54), the risk "must be real and substantial, in that the risk is well grounded in the evidence, and poses a serious threat".

30 Some years earlier, in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, Justice La Forest, for the Court, elaborated on the evidentiary onus:

71. The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application. As in *Dagenais*, supra, the applicant bears the burden of proving; that the particular order is necessary, in terms relating to the proper administration of justice; that the order is as limited as possible; and, that the salutary effects of the order are proportionate to its deleterious effects. In relation to the proportionality issue, if the order is sought to protect a constitutional right, this must be considered.
72. There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the appellant should seek to have the evidence heard in camera. ...
73. A sufficient evidentiary basis permits a reviewing court to determine whether the evidence is capable of supporting the decision. ...

Discretion is an important element of our law. But, it can only be exercised judiciously when all the facts are known.

...

75. The information available to the trial judge must also allow a determination as to whether the order is necessary in light of reasonable and effective alternatives, whether the order has been limited as much as possible and whether the positive and negative effects of the order are proportionate.

...

78. Where the record discloses facts that may support the trial judge's exercise of discretion, it should not lightly be interfered with. The trial judge is in a better position to draw conclusions from the facts he or she sees and hears, and upon which he or she may exercise the judicial discretion. This, however, presupposes that the judge has a sufficient evidentiary or factual basis to support the exercise of discretion and that the evidence is not misconstrued or overlooked.

...

85. The importance of a sufficient factual foundation upon which the discretion in s. 486(1) is exercised cannot be overstated, particularly where the reasons given by the trial judge in support of an exclusion order are scant. ...

31 The "sufficient evidentiary basis" should include more than just conclusory assertions. In *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, Justice Fish for the Court said:

9 Even then, however, a party seeking to limit public access to legal proceedings must rely on more than a generalized assertion that publicity could compromise investigative efficacy. If such a generalized assertion were sufficient to support a sealing order, the presumption would favour secrecy rather than openness, a plainly unacceptable result.

32 Similarly, in *Globe and Mail*, Justice LeBel for the Court (paras. 92-94, 99) rejected the "bald assertions, without more", with "no tangible proof" of the supposed serious risk that was advanced for the requested publication ban.

33 There have been matrimonial authorities where the courts have approved confidentiality orders. The severity of the confidentiality order varies with the degrees that the *evidence* established both a serious risk of harm, usually involving children, and that no reasonable alternative measure would alleviate the risk: *e.g.*: *M.S.K. v. T.L.T.* (also known as *Kolesa v. Thomson*), [2003] O.J. No.

352 (C.A.); *Himel v. Greenburg*, 2010 ONSC 2325; *Radtke v. Gibb*, 2009 SKQB 440; *K.V. v. T.E.*, [1998] B.C.J. No. 1150, paras. 7 and 20; *S.(C.) v. S.(M.)* (2007), 37 R.F.L. (6th) 373 (O.S.C.); and see discussion in *M.E.H. v. Williams*, 2012 ONCA 35 paras. 25-29; *R.F. v. O.B.*, 2006 SKQB 496, paras. 39-41; *A.B. v. C.D.*, 2012 BCSC 267, paras. 115-17.

34 Appellate courts have overturned confidentiality orders that were issued without sufficient evidentiary basis: e.g. *CTV Television Inc. v. R.*, 2006 MBCA 132 (*sub nom. R. v. Hogg*) and *M.E.H.* (Ont. C.A.).

35 In *CTV*, Justice Monnin said:

30 Looking at the judge's reasons in the context of *Dagenais*, *Mentuck* and *Toronto Star*, I can only come to the conclusion that he erred. He did not have before him an underlying factual context on which to base his conclusion. With a different factual matrix, he could well have been correct but that is not the reality of this case.

...

42 In the present case, when the judge speaks of "compelling common sense and logic" and "judicial experience" he can only be referring to judicial notice under another name. His reasoning, therefore, must be subject to the restrictions that the Supreme Court has expressed in *Spence* [*R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458], as well as the evidentiary requirements referred to therein. In this case, there was no evidence that could permit him to link the difficulty courts have had in convincing police services to videotape statements of accused persons with the release of the respondent's videotaped statement, sufficient to displace the presumption of openness of the courts.

I will return to the *CTV* decision later (para. 44) on the topic of judicial notice.

36 In *M.E.H.*, Justice Doherty said:

32 ... A court faced with a case like this one where decency suggests some kind of protection for the respondent must avoid the temptation to begin by asking: where is the harm in allowing the respondent to proceed with some degree of anonymity and without her personal information being available to the media? Rather, the court must ask: has the respondent shown that without the protective orders she seeks there is a serious risk to the proper administration of justice?

...

34 ... Evidence said to justify non-publication and sealing orders must be "convincing" and "subject to close scrutiny and meet rigorous standards": *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* [2010 ONCA 726], at para. 40; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario* (2003), 67 O.R. (3d) 577 (C.A.), at para. 19, aff'd 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at para. 41; see also *Ottawa Citizen Group [Ottawa Citizen Group Inc. v. R.]* (2005), 75 O.R. (3d) 590], at para. 54.

...

62 The motion judge erred in law in exercising her discretion in favour of granting the non-publication and sealing orders. The material presented by the respondent did not provide the kind of convincing evidence needed to satisfy the first branch of the *Dagenais Mentuck* test.

37 At the hearing of this appeal, counsel for Coltsfoot cited Justice Iacobucci's comments in *Sierra Club* (that the interest be Areal and substantial" and the risk be "well grounded in evidence") and *M.E.H.*'s reference to *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (that the evidence be "convincing" and meet "rigorous standards"). Counsel deduced a suggestion that the burden of proof on the applicant for a confidentiality order exceeds the normal civil standard of balance of probabilities.

38 I cannot accept this suggestion. In *F.H. v. McDougall*, [2008] 3 S.C.R. 41, paras. 40-49, Justice Rothstein for the Court pronounced "once and for all in Canada" (para. 40) that there is only one formal civil standard of proof -- balance of probabilities -- which is not shaded variably in different types of case, and in all cases the judge is to scrutinize the evidence with the same degree of care. Accordingly, I do not read *Sierra Club* and its progeny as altering either the formal standard of proof or the degree of scrutiny expected from a judge in her fact finding. My reading of the authorities, such as *Globe and Mail*, is that the facts to support a confidentiality order must be established by evidence (that is assessed on the balance of probabilities), not by bald assertions or unsworn generalizations, and those facts in turn must establish a real and substantial risk to an important public interest.

Judicial Notice

39 The judge said (para. 33) "If I am required to place my analysis into an evidentiary context ... I do so by taking judicial notice of the facts I have used to support my analysis based on the principles expressed in *R. v. Find* [2001] 1 S.C.R. 863 and *R. v. Spence* [2005] 3 S.C.R. 458."

40 The judge was required to place her analysis into an evidential context. That is clear from the

authorities I have just discussed.

41 The judge's reasons neither mentioned nor analysed the elements of the test for judicial notice that appear in *Find* and *Spence*.

42 In *Find*, Chief Justice McLachlin for the Court said:

48 In this case, the appellant relies heavily on proof by judicial notice. Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy [citations omitted].

After citing comments in the decision under appeal about the behaviour of victims of sexual abuse, the Chief Justice continued:

59 This is, however, merely the statement of an assumption, offered without a supporting foundation of evidence or research. Courts must approach sweeping and untested "common sense" assumptions about the behaviour of abuse victims with caution [citations omitted]. Certainly these assumptions are not established beyond reasonable dispute, or documented with indisputable accuracy, so as to permit the Court to take judicial notice of them.

43 In *Spence*, Justice Binnie for the Court (para. 53) referred to the Chief Justice's statement of the criteria in *Find*. He said (para. 54) that *Find*'s approach was based on the writing of Professor E. M. Morgan: "Judicial Notice", (1943-44), 57 Harvard Law Review 269 (the *AMorgan* criteria"). Justice Binnie then cautioned that judicial notice of a general social fact should not, by analytical inertia, slipstream into judicial notice of a particular adjudicative application of that fact which disposes of the case at hand. Any particular application of the dispositive adjudicative fact, by judicial notice, should itself satisfy the criteria of notoriety or indisputability. Justice Binnie observed:

56 It could be argued that the requirements of judicial notice accepted in *Find* should be relaxed in relation to such matters as laying a factual basis for the exercise of a discretion to permit challenges for cause. These are matters difficult to prove, and they do not strictly relate to the adjudication of guilt or innocence, but rather to the framework within which that adjudication is to take place. Such non-adjudicative facts are now generally called "social facts" when they relate to the fact-finding process and "legislative facts" in relation to legislation or judicial

policy. ...

57 "Social fact" evidence has been defined as social science research that is used to construct a frame of reference or background context for deciding factual issues crucial to the resolution of a particular case [citation omitted]. As with their better known "legislative fact" cousins, "social facts" are general. They are not specific to the circumstances of a particular case, but if properly linked to the adjudicative facts, they help to explain aspects of the evidence. Examples are the Court's acceptance of the "battered wife syndrome" to explain the wife's conduct in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (S.C.C.), or the effect of the "feminization of poverty" judicially noticed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813 (S.C.C.), at p. 853. ...

58 No doubt there is a useful distinction between adjudicative facts (the where, when and why of what the accused is alleged to have done) and "social facts" and "legislative facts" which have relevance to the reasoning process and may involve broad considerations of policy [citation omitted]. However, simply categorizing an issue as "social fact" or "legislative fact" does not license the court to put aside the need to examine the trustworthiness of the "facts" sought to be judicially noticed. Nor are counsel encouraged to bootleg "evidence in the guise of authorities" [citation omitted].

...

61 To put it another way, the closer the fact approaches the dispositive issue, the more the court ought to insist on compliance with the stricter *Morgan* criteria.

...

63 It is when dealing with social facts and legislative facts that the *Morgan* criteria, while relevant, are not necessarily conclusive. There are levels of notoriety and indisputability. Some legislative "facts" are necessarily laced with supposition, prediction, presumption, perception and wishful thinking. Outside the realm of adjudicative fact, the limits of judicial notice are inevitably somewhat elastic. Still, the *Morgan* criteria will have great weight when the legislative fact or social fact approaches the dispositive issue. For example, in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70 (S.C.C.),

LeBel J. observed:

The fact that unions intervene in political social debate is well known and well documented and might be the object of judicial notice. ...

Taking judicial notice of the fact that Quebec unions have a constant ideology, act in constant support of a particular cause or policy, and seek to impose that ideology on their members seems far more controversial. It would require a leap of faith and logic, absent a proper factual record on the question. [paras. 226-27]

See also *Gladue* [*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688], at para. 83.

...

65 When asked to take judicial notice of matters falling between the high end already discussed where the *Morgan* criteria will be insisted upon, and the low end of background facts where the court will likely proceed (consciously or unconsciously) on the basis that the matter is beyond serious controversy, I believe a court ought to ask itself whether such "fact" would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute *for the particular purpose for which it is to be used*, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the "fact" to the disposition of the controversy. ... [Justice Binnie's italics]

...

67 ... The facts of which they [the respondent and intervenor] ask us to take judicial notice would be dispositive of the appeal; yet they are neither notorious nor easily verified by reference to works of "indisputable accuracy". We are urged to pile inference onto inference. To take judicial notice of such matters *for this purpose* would, in my opinion be to take even a generous view of judicial notice a leap too far. ... [Justice Binnie's italics]

44 In *CTV, supra*, the Manitoba Court of Appeal applied Justice Binnie's observations to the

issuance of a confidentiality order. Justice Monnin said:

33 With respect, I am of the view that in the circumstances of this case, the judge erred when he based his conclusion on common sense and logic alone, without the benefit of real and substantial evidence.

...

37 To a certain degree, the judge could be said to have taken judicial notice of facts he found central to the resolution of the controversy, and in doing so, he erred. This is even more so since the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458 (S.C.C.), a case dealing with the racial makeup of juries.

...

42 In the present case, when the judge speaks of "compelling common sense and logic" and "judicial experience" he can only be referring to judicial notice under another name. His reasoning, therefore, must be subject to the restrictions that the Supreme Court has expressed in *Spence* [*R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458], as well as the evidentiary requirements referred to therein. In this case, there was no evidence that could permit him to link the difficulty courts have had in convincing police services to videotape statements of accused persons with the release of the respondent's videotaped statement, sufficient to displace the presumption of openness of the courts.

43 The simple fact of this appeal and the Crown's argument in support of the appellant's position demonstrate that reasonable people are debating the accuracy of what the judge concluded as being fact. As such, that fact cannot be taken judicial notice of, based on the first prong of the *Morgan* criteria.

44 Furthermore, if readily accessible sources were available, they were not advanced before the judge. Satisfaction of this criterion would have required the judge to take judicial notice of the existence of such sources, and then make a further inference that these sources confirmed that releasing the videotape would create reluctance to consenting to future videotaping. Simply piling inference upon inference does not satisfy the second prong of the *Morgan* criteria.

45 When the judge took judicial notice of the fact that the releasing of the videotape would hinder the producing of videotaped statements before the courts, that conclusion became determinative of the application. Being so central to the issue at hand, the dicta of *Spence* should have been applied and the *Morgan* criteria should have been adhered to strictly. Neither prong of the *Morgan* criteria being satisfied, the social fact that releasing the respondent's videotaped statement would deter the producing of videotaped statements before the courts should not have been a fact accepted without proof.

45 Turning to this appeal, in my respectful view, the judge's use of judicial notice offended these principles.

46 I accept that judicial notice may be taken of the social fact that "identity theft is real", in the judge's words.

47 I also accept that access to (1) unique personal identifier numbers, namely passport or Social Insurance Numbers, Health Insurance Card or driver's licence numbers, (2) credit or debit card numbers, (3) unique property identifier numbers, namely numbers for bank accounts or other investment assets or for debt instruments or insurance policies, and serial or registration numbers for vehicles, may assist the use of identity theft to fraudulently access property.

48 I also accept that (4) dates of birth, (5) names of parents, (6) personal addresses, (7) email addresses and (8) telephone numbers sometimes may not already be in the public domain, and therefore access to that information in a court file possibly could assist with identity theft. I add that this record has no evidence one way or the other whether that information, for Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques, already is in the public domain.

49 I disagree that access to the respondents' names in the Family Division's court file will add to any risk of identity theft, as the judge feared in her reasons. The respondents' names are already in the public domain for this litigation. They appear in the style of cause of the judge's decision under appeal, which is accessible on the Courts of Nova Scotia website.

50 If children are involved, the information to be filed under Rule 59 may include a Parenting Statement, with the child's details that may include addresses of schools or daycare facilities. That information is not pertinent here, as there are no children of the respondents' marriage.

51 The items I have noted in paragraphs 46-48, in my view, can be judicially noticed as social facts that sufficiently satisfy the test in *Find* as that test may be relaxed for social facts according to the comments in *Spence*. It is not uncommon that access to a court file be on condition that either redacts or bans the publication of items that I have mentioned in paras. 47-48: *e.g. R. v. Globe & Mail, a division of CTV Globemedia Publishing Inc.*, [2011] A.J. No. 682; *M.E.H., supra*.

52 The above, in my view, is the generous outer limit of judicial notice in this case. If Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques wished to urge that the risk of identity theft extends beyond the items I have listed in paras. 47-48, then they should have discharged their burden of proof by adducing evidence to that effect. They chose not to do so.

53 Under *Sierra Club's* test, neither the media nor the public would be deleteriously affected, to any material degree, by not having access to the information I have listed in paras. 47-48. On the other hand, a precedent that extends beyond those items, to seal the entire court file as a matter of course in divorce proceedings before the Family Division, would inflict a stinging wallop on the rationale that underlies the open court principle. I will discuss that matter later under the Second Issue.

54 The key issue in this case is whether, under *Sierra Club's* test, there is a reasonable alternative, less restrictive than sealing the entire court file, that would guard against the risk of identity theft from information in the items I have listed in paras. 47-48.

Reasonable Alternatives to Sealing the File

55 None of those judicially noticed social facts, mentioned above (paras. 46-48), address whether there are reasonable alternative measures that would alleviate the particular risk in *this case*. It is in the assessment of reasonable alternative measures that this appeal encounters the dispositive adjudicative facts, particular to this case, which were the subject of Justice Binnie's comments in *Spence*.

56 There are two possible alternatives: a partial publication ban and redaction. In my opinion, either is reasonable.

57 First, a partial publication ban.

58 The judge appeared to hold the view that, without a sealing order, the media and public, including potential identity thieves, would have uncontrolled access to the respondents' personal identifiers.

59 That is not my reading of Rule 59.60. Rule 59.60(4) says that a person (other than a party or a party's counsel) who requests access to a court file, must give the parties twenty days notice "before obtaining access". Then the parties may move under Rule 59.60(3) for a confidentiality order that may contain conditions under Rule 59.60(6). Provided the respondents make their motion within the twenty days, nobody will access their court file except on the conditions that are approved by a judge. This motion involved Coltsfoot, nobody else. Nobody other than Coltsfoot would gain access to the court file from a ruling on the respondents' motions that are under appeal.

60 Coltsfoot, of course, is in the publishing business. If Coltsfoot published the critical personal identifier information, then the risk of identity theft would spread uncontrollably.

61 But the judge, on the motion under Rules 59.60(3) and (6), can bridle that risk. The judge could issue a partial publication ban, to order that Coltsfoot not publish, disclose, communicate or use the items I have listed above (para. 47-48). The brief from Mr. Jacques' counsel to the judge expressed concern about Coltsfoot's obtaining access to account numbers, social insurance numbers, and credit card numbers. Coltsfoot's reply brief to the judge then undertook not to publish those items. The judge's decision makes no reference to this undertaking. Instead, the judge's reasons (para. 26) decline to consider a partial publication ban because A[t]he court cannot police the later use of personal identifiers by a member of the public including the media".

62 Implicit in the judge's reasons is an inferential finding that Coltsfoot would disobey a publication ban, and disseminate personal identifier information contrary to an explicit court order. There is not a molecule of support in this record for such a finding. There is no evidence that Coltsfoot has disobeyed publication bans in the past, or would do so in his case. Publication bans are common for some intensely sensitive matters, such as sexual assault prosecutions under the *Criminal Code* and child protection cases under the *Children and Family Services Act*. Nothing before the judge suggested that Coltsfoot, or any other media organization, had flouted a publication ban.

63 The judge said (para. 33) that she was "taking judicial notice of the facts I have used to support my analysis". Earlier, the judge's reasons say:

[28] I have accepted the submissions of counsel in respect to their client's expectations. Expectations are not facts. Affidavits are to prove facts. However, in this situation perhaps an expectation is a fact, and if so I accept those expectations without the necessity of proof by way of affidavit because it flows naturally from the applications made by the parties. If this was not their expectation, why make the application to seal the court file? These are facts that should have been admitted by the media ...

64 That Coltsfoot would disobey a court ordered ban does not attain factual status just because counsel for Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques suspect it, nor because Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques have filed a motion. Neither is it something that "should have been admitted" by Coltsfoot. Rather, it is a dispositive adjudicative fact that Justice Binnie addressed in *Spence*. For judicial notice, that fact must satisfy the criteria of notoriety or indisputability set out in *Find* and *Spence*. It is neither notoriously or generally accepted, nor immediately and accurately demonstrable by sources of indisputable accuracy that Coltsfoot either had, in the past, or would disobey an explicit partial publication ban in a court order.

65 With respect, the judge misapplied the doctrine of judicial notice. She "piled inference upon inference".

66 In my view, an order that prohibited Coltsfoot from publication, disclosure, communication or use of the specific items I have listed above (paras. 47-48) was a reasonable alternative to the

sealing order under the *Sierra Club* principle. The judge's rejection of this option was an error of law.

67 The second alternative was redaction. The judge rejected this option as "cumbersome and costly" (para. 35).

68 There is no evidence of what effort or cost would be involved with the redaction of this court file for the items I have listed above (para. 47-48). The filings in the Family Division were not included in the record for the motion or the appeal. There is no statement in an affidavit whether the redactions would number in the few or the hundreds.

69 At the appeal hearing, the respondents' counsel said that redaction would be cumbersome and costly, and urged that the Court of Appeal just trust the judge's instincts to navigate the evidential vacuum. With respect, that's not how it works. The respondents have the onus to establish -- with evidence -- the facts that traverse the access which is presumptively guaranteed by the constitutional open court principle. If there is evidence, the Court of Appeal defers to the judge's finding unless there is a palpable and overriding error. If, as here, there is no evidence, then we turn to judicial notice.

70 As to judicial notice, it is neither notorious nor indisputable that the redaction of those limited items, mentioned in paras. 47-48, would be cumbersome or costly in this case. The judge erred in law by taking judicial notice of disputed adjudicative facts, that would determine the key issue, in a manner that fails to satisfy the tests in *Find* and *Spence*.

71 To reiterate the governing principle, *Sierra Club* (para. 57) "requires the judge to ... restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question". In my view, the consideration of reasonable alternative measures leads to the following conclusions. Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques apparently would mistrust an order for a ban on the publication and use of the items I have identified in paras. 47-48. So they had two options:

- * First, they could have adduced evidence to show that there is sound basis to mistrust the prospect of Coltsfoot's compliance with a partial publication ban. Had they done so persuasively, then the Court would turn to consider whether redaction, to be performed by the Respondents or their counsel, is a reasonable alternative. Given that damning evidence, the cost of any redaction, including reasonable legal fees for the redaction efforts of Respondents' counsel, would have rested with Coltsfoot. As Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques have not adduced such evidence, that option has become immaterial.
- * Second, they have the option, with the assistance of their counsel, to redact those specific items that I have listed in paras. 47-48, and provide the redacted copy to Coltsfoot. As they have adduced no evidence to question the sufficiency of the primary option (the partial publication ban), Mr.

Jacques and Ms. Foster-Jacques should bear any redaction cost, if they select this second option. As the Family Division would not perform the redaction, there would be no cumbersome or costly effort by Court staff. But, if there is a dispute respecting the redaction, the judge of the Family Division would hear any motion to resolve that dispute, consistently with these reasons.

5. Second Issue -- Application of Open Court Principle to Documents Filed with the Court

72 The judge's reasons say:

[36] ... The public may attend the hearing, should there be one, and it may attend to hear any oral decision rendered or read the written decision. ...

[37] The open court principles were crafted at a time when the internet was not a public source of information nor of manipulation. Initially these principles were developed in criminal cases where scrutiny to ensure the state was not abusing its [*sic*] powers of arrest and imprisonment were paramount. This case involves the court as a provider of a dispute resolution process. The state has passed laws that create a framework for that dispute resolution but the potential for state abuse of the parties is limited if nonexistent. The public interest in the process, and in the performance of the judges, remains to be served by the opportunity for the public to attend the hearings and read or listen to decisions rendered. The media can attend and publish what it wishes about that hearing and those decisions.

73 The judge distinguished the historical development of the open court principle in criminal cases, to avoid abuse of police powers, from its application to modern dispute resolution in matrimonial proceedings. For the latter, according to what appears to be the judge's interpretation, the open court principle is limited to what is audible in the open courtroom or read in the judge's written reasons. The contents of documents filed by the parties with the court, but not vocalized for the attendees' ears at the trial, if there is any, would lie outside the perimeter of the open court principle.

74 As there was no evidence on this motion, nothing in the judge's ruling is particular to Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques. So that ruling would not be distinguishable on the facts of a later case. The judge deduced her views from judicial notice (of facts that are supposed to be notorious or indisputable), and the nature of the filings that Rule 59 requires in all divorce proceedings. So the judge's ruling would set the precedent generally for divorce proceedings in the Supreme Court (Family Division) of this Province. In every case, upon motion under Rule 59.60 without evidence, the Family Division's court file would be sealed in its entirety.

75 I have difficulty squaring that result with Rule 59.60(6), which prescribes that A[t]he person requesting access to the court file must be granted access" unless the resisting party persuades the judge to restrict access. The judge's reasoning would convert the *Rule's* presumptive access to invariable sealing of the entire file.

76 I also disagree that the antecedent jurisprudence limits the open court principle in matrimonial disputes, as the judge suggested. The open court principle is neither a recent nor an ill-suited arrival to matrimonial dispute resolution.

77 The seminal English authority on the open court principle is *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), followed and expanded by the Privy Council, on appeal from Alberta, in *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177. Both were divorce cases. In *Scott*, Lord Halsbury (p. 440) said "every Court of justice is open to every subject of the King". In *McPherson*, Lord Blanesburgh (pp. 200-02), referring to *Scott*, stated:

... But publicity is the authentic hall-mark of judicial as distinct from administrative procedure, and it can be safely hazarded that the trial of a divorce suit, a suit not entertained by the old Ecclesiastical Courts at all, is not within any exception.

...

And their Lordships, in reaching the conclusion that the public must be treated as having been excluded from the library on this occasion, have not been uninfluenced by the fact that the cause then being tried was an undefended divorce case. To no class of civil action is Lord Halsbury's statement more appropriate. In no class of case is the privilege more likely to be denied unless every tendency in a contrary direction, whenever manifested, is definitely checked.

...

This requirement must be insisted upon because there is no class of case in which the desire of the parties to avoid publicity is more widespread.

78 In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the Court held that provisions in Alberta's *Judicature Act*, that prohibited publication of details of matrimonial proceedings, violated s. 2(b) of the *Charter* and were not justified under s. 1. Justice Cory, for the plurality, said (page 1341):

The sweeping effect of the prohibition can readily be seen. The term "or in relation to a marriage" is a broad one. It encompasses matters pertaining to custody of children, access to children, division of property and the payment of maintenance. All are matters of public interest yet the evidence given on any of these issues cannot be published. The dangers of this type of restriction are obvious. Members of the public are prevented from learning what evidence is likely to be called in a matrimonial cause, what might be expected by way of division of property and how that evidence is to be put forward. Neither would they be aware of what questioning might be expected. These are matters of great importance to those concerned with the application of family law. It is information people might wish to have before they even considering consulting a lawyer. The very people who would seem to have the greatest need to know of family court proceedings are prevented from obtaining important information by the provisions of s. 30.

In *Edmonton Journal* (p. 1365), Justice Wilson, concurring, approved the passages from *McPherson* that I have quoted above.

79 I will turn to the judge's observation that the open court principle does not apply to the contents of court documents, except to the extent the contents are aired in open court. On the appeal, Mr. Jacques' submission reiterated that view. Mr. Jacques' factum says (para. 55) that "[t]he issue of public education is at the heart of the open court principle". His factum submits:

85. ... The purpose of the open court is for the education of the public. This is met in the present case with an open courtroom and written decisions.

80 To address this point, I will start with the filing requirements in Rule 59.

81 Rules 59.19 to 59.24 require that, in matrimonial proceedings before the Supreme Court (Family Division), each party must file with the Court information on income, expenses and property. The filings are mandatory even without a court order. Rules 59.25 to 59.27 then permit the Court to direct or order further disclosure.

82 There also are filing requirements for information respecting children of the marriage. Those are not in issue on this appeal, because there are no children of the respondents' marriage.

83 Private disclosure and discovery, purely between the parties, carries an enforceable implied undertaking of confidentiality. Because that private process does not involve the court, it does not engage the open court principle. In *Juman v. Doucette*, [2008] 1 S.C.R. 157, Justice Binnie for the Court (para. 22) referred to the principle of judicial accountability that underlies the open court principle, and said:

No such questions of state accountability arise in pre-trial discoveries. The

situations are simply not analogous.

To similar effect: *Lac d'Amiante du Quebec Ltée v. 2858-0702 Quebec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, paras. 59-72; *Globe and Mail*, para. 77.

84 This appeal, on the other hand, exclusively concerns documents that have been filed with the Court, not the parties' disclosure *inter se*. So the statements in *Juman* and *Lac d'Amiante* do not govern. Instead, Rule 59.60(6) presumes that a party seeking access to a "court file" of the Supreme Court (Family Division) "must be granted access" unless the judge restricts access under Rule 59.60(3). Clearly the "court file" under Rule 59.60(6) includes the filings with the Family Division that were made under earlier provisions of Rule 59.

85 I respectfully disagree with Mr. Jacques' submission that the only purpose of the open court principle is to educate the public. Rather, its primary purpose, stated and reiterated by the Supreme Court of Canada, is to illuminate the avenue of accountability for the judicial system. In *Edmonton Journal*, Justice Cory explained the rationale (pages 1338-40):

The importance of the concept that justice be done openly has been known to our law for centuries. In Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373, the following observation appears:

The open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . .

...

In the United States this principle is not restricted to hearings. The principle embraces the recognition of the existence of a common law right "to inspect and copy public records and documents". See *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597.

In Canada this Court has emphasized the importance of the public scrutiny of the courts. It was put this way by Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185:

Many times it has been urged that the '[p]rivacy' of litigants requires that

the public be excluded from court proceedings. It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. ...

He then went on to discuss the application of that same principle to court records. He observed that Canadian law differs somewhat from the law of England which appears to take a more restrictive approach towards the publicity of documents. He said this at p. 189:

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right. ...

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

There is another aspect to freedom of expression which was recognized by this court in *Ford v. Quebec [Attorney General]*, [1988] 2 S.C.R. 712. There at p. 767 it was observed that freedom of expression "protects listeners as well as speakers". That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings -- the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge -- in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really

learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

86 Immediately following this passage, Justice Cory said that the rationale applied equally to court documents, including those filed with the court before the trial (page 1340):

It is equally important for the press to be able to report upon and for the citizen to receive information pertaining to court documents. It was put in this way by Anne Elizabeth Cohen in her article "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 Colum. L. Rev. 1813, at p. 1827:

Access to pretrial documents furthers the same societal needs served by open trials and pretrial civil and criminal proceedings. Court officials can be better evaluated when their actions are seen by informed, rather than merely curious spectators.

This comment reiterated the views, supporting access to documents filed in court, that were made by the Supreme Court of the United States in *Nixon v. Warner Communications* and by (then) Justice Dickson in *MacIntyre*. Justice Cory had cited those views earlier in the passage that I have quoted. Justice Cory then summarized by saying (p. 1340) that his commentary on the rationale "recognizes the crucial importance of both freedom of expression and the openness of courts".

87 Justice Cory's point was that, as the rationale of accountability applies to the workings of the courts, the open court principle applies to documents that the parties file with the court to engage a function that the State has assigned to the court.

88 The Supreme Court repeatedly has said that accountability of the justice system is a fundamental purpose of the open court principle. *MacIntyre*, pp. 183-87. *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, paras. 17, 23. *Sierra Club*, para. 36. *Vancouver Sun* 2004, paras. 23-26. *Societe Radio-Canada v. Quebec (Procureur general)*, [2011] 1 S.C.R. 19, paras. 1, 27-30. *Named Person v. Vancouver Sun*, paras. 31-34 and 81-88.

89 The authorities, in the Supreme Court of Canada and lower courts, have reiterated the application of the open court principle to the pre trial stage and to documents filed by the parties with the court.

90 First, the Supreme Court. In *Vancouver Sun* 2004, Justices Iacobucci and Arbour said:

27 Furthermore, the principle of openness of judicial proceedings extends to the pretrial stage of judicial proceedings because the policy's considerations upon which openness is predicated are the same as in the trial stage: *McIntyre, supra*, at p. 183. ...

In *Toronto Star Newspapers*, Justice Fish for the Court said:

1 In any constitutional climate, the administration of justice thrives on exposure to light -- and withers under a cloud of secrecy.

...

29 Finally, in *Vancouver Sun*, the Court expressly endorsed the reasons of Dickson J. in *MacIntyre* and emphasized that the presumption of openness extends to the pre-trial stage of judicial proceedings. "The open court principle", it was held, "is inextricably linked to the freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and advances the core values therein (para. 26)." It therefore applies at every stage of proceedings (para. 23-27). [Justice Fish's emphasis]

In *Dufour*, Justice Deschamps for the Court said:

[12] Access to exhibits is a corollary to the open court principle. In the absence of an applicable statutory provision, it is up to the trial judge to decide how exhibits can be used so as to ensure that the trial is orderly. This rule has been well established in our law for a very long time. As long ago as in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 189, Dickson J. (As he then was) wrote:

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. [other authorities omitted]

91 Turning to the lower courts, in *R. v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 ONCA 726, [approved in *Dufour*, para. 12], Justice Sharpe for the Court said:

28 I do not agree with CSC's submission that the open court principle and the media's s. 2(b) *Charter* rights are limited to attending court and observing and reporting on what actually transpires in the courtroom. Even before the *Charter*, access to exhibits that were used to make a judicial determination, even ones

introduced in the course of pre-trial proceedings and not at the trial, was a well-recognized aspect of the open court principle: ... [citation omitted]

To similar effect: *CTV Television Inc. v. Ontario Superior Court of Justice*, [2002] O.J. No. 1141 (C.A.), paras. 13-30; *R. v. Global News*, [2011] O.J. No. 3361 (C.J.), at paras. 40,44; *Canada (Attorney General) v. Almaliki*, [2010] F.C.J. No. 886, at paras. 25-29; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] F.C.J. No. 165.

92 Further to the passage from *Dufour*, quoting *MacIntyre*, there is no finding, evidence or suggestion that Coltsfoot's access to the court filings would "subvert the ends of justice". Rather, the issue, in the words of *MacIntyre*, is whether "the judicial documents might be used for an improper purpose", namely to enable identity theft. This point is to be determined according to the principles of the open court principle, that I have discussed in the First Issue.

93 Rules 59.19 to 59.27 advertently engage the court in the mandatory pre-trial acquisition of evidence. The court is enlisted as a warden to ensure that, in family proceedings, obtaining the information which is essential to the court's fact finding is not a costly battleground, lever of procrastination or "game of hide-and-seek": *O'Brien v. O'Brien*, 2007 NBCA 22, para. 15; *Chernyakhovsky v. Chernyakhovsky*, [2005] O.J. No. 944 (S.C.) , para. 6. The parties' court filings under Rule 59 are vital to the workings of the court's administration of justice for the divorcing litigants. So the rationale of accountability applies to those workings.

94 I disagree with the judge's view and with Mr. Jacques' submission that, in matrimonial disputes, the open court principle encompasses only what is audible to attendees in the courtroom and readable in the judge's decision.

6. Third Issue -- Personal Privacy in Divorce Proceedings as the Protected Interest

95 Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques submitted that the personal and private nature of divorce supported the issuance of the sealing order. For instance, Mr. Jacques' factum (para. 74) refers to "the potential vulnerability of the parties, both in a financial and emotional sense" and says:

Only because they have chosen to end their marriage are the Respondents forced to face the potential that intimate details of their personal and financial lives may be made public.

96 Justice MacDonald (para. 15) determined that general expectations of personal financial privacy, or relief from embarrassment, in divorce proceedings were not of superordinate importance and did not justify a confidentiality order. The judge said:

[13] Freedom of the press is fundamental to the open court principle. The press provides an important function by informing the public about court proceedings. Family law proceedings are of great interest to the public. The public should be

informed about the substance of those proceedings. ...

...

[15] Personal embarrassment or a general expectation that personal, health or financial privacy will be maintained when accessing the courts is not, in itself, a reason to issue a sealing order or publication ban.

...

[22] The Applicant and the respondent have raised one proposition that I have decided does not constitute a social value or public interest of superordinate importance in the context of these proceedings. They have argued that the file should be sealed to protect their reputation, and in particular the Respondent's reputation against unproven allegations that may be contained in material filed with this proceeding.

[23] Every proceeding initially may consist of "unproven" allegations whether these appear in statements of claim, or affidavits. Those who have been charged with a criminal offence, and later found to be "not guilty" often must suffer, because of publicity, a ruined reputation that in some cases cannot be rehabilitated. Protection of one's reputation has not been considered to be a social value or public interest of superordinate importance justifying diminishment of the open courts principle. As I have noted, personal embarrassment or a general expectation that personal, health or financial privacy will be maintained when accessing the courts is not, in itself, a reason to seal a file.

97 I agree with the judge that the respondents' preference for personal and financial privacy, and to be free from embarrassment during their divorce is insufficient, in this case, to constitute a serious risk to an important public interest which outweighs the deleterious effect of confidentiality, under the principles from *Dagenais*, *Mentuck* and *Sierra Club*. I refer to the passages from *Scott*, *MacPherson* and *Edmonton Journal*, quoted above, and to *M.E.H. v. Williams*, para. 25.

98 That is not to say that a divorce file never may be subject to a partial or complete sealing order. I refer to the examples in the authorities set out earlier (para. 33) that discuss various gradations of confidentiality orders. Such an order would require evidence that establishes a serious risk of harm beyond mere embarrassment, particularly but not exclusively where children are involved, and the inadequacy of alternative measures to alleviate that risk. Here, that identified risk

is identity theft, and there is no evidence that a partial publication ban or redaction would inadequately protect the respondents from any risk of identity theft.

7. Conclusion

99 In my view, the judge erred in law in her interpretation and application of the open court principle.

100 I would allow the appeal, and overturn the sealing order.

101 I would dismiss the respondents' motions for the sealing order on the following conditions, to be included in the Court of Appeal's Order:

- (a) Coltsfoot and its employees or agents are to be prohibited from publishing, disclosing, communicating or using any item of information that Coltsfoot obtains from the disclosed documents and that is listed in paras. 47 and 48 of these reasons. The Court of Appeal's Order would list those items.
- (b) If either Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques chooses not to rely on the prohibition in condition (a), then either may, at his or her own cost, make a copy of their filings with the Court under Rule 59 and redact from that copy the items listed in paras. 47-48 of these reasons. Then the redacted copy will be the only material to be provided to Coltsfoot.
- (c) Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques shall have ten days from the date of the Court of Appeal's Order that accompanies these reasons, to notify the Family Division and Coltsfoot, whether they wish to utilize option (b) and, if either gives notice, until twenty days from the date of the Order to make the copy and perform the redaction, at the expense of the party who gives notice.
- (d) Until twenty days from the Court of Appeal's Order, Coltsfoot shall not be entitled to access any material in the Court file.
- (e) Twenty days from the date of the Court of Appeal's Order, if neither Mr. Jacques nor Ms. Foster-Jacques has selected option (b), Coltsfoot, at Coltsfoot's expense, will be entitled to access or copy the material filed by the parties with the Supreme Court (Family Division).
- (f) Twenty days from the Court of Appeal's Order, if either Mr. Jacques or Ms. Foster-Jacques has selected option (b), Coltsfoot will be entitled to obtain the redacted copy.
- (g) The redaction under option (b) would not be performed by the Family Division. But, if there is a dispute respecting that redaction, the judge of the Family Division would hear a motion to resolve that dispute, consistently with these reasons.

102 The Supreme Court judge ordered Coltsfoot to pay costs of \$850 to each of Mr. Jacques and

Ms. Foster-Jacques. I would overturn those costs awards. Instead I would order that each of Mr. Jacques and Ms. Foster-Jacques pay Coltsfoot costs of (1) \$750 for the proceeding in the Supreme Court and (2) a further \$500 for the appeal.

J.E. FICHAUD J.A.

Concurred:

J.W.S. SAUNDERS J.A.

D.R. BEVERIDGE J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20110106

Docket: A-310-10

Citation: 2011 FCA 3

Present: MAINVILLE J.A.

BETWEEN:

SANDRA AMY GRACE SINGER

Appellant

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondent

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on January 6, 2011.

REASONS FOR ORDER BY:

MAINVILLE J.A.

Date: 20110106

Docket: A-310-10

Citation: 2011 FCA 3

Present: MAINVILLE J.A.

BETWEEN:

SANDRA AMY GRACE SINGER

Appellant

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondent

REASONS FOR ORDER

MAINVILLE J.A.

[1] The appellant has appealed a judgment of the Federal Court which rejected her application for judicial review of a decision of the Review Tribunal denying her entitlement to a full pension under the *Old Age Security Act*, R.S.C. 1985, c. O-9.

[2] During the course of the proceedings before the Federal Court, the appellant had raised concerns that her social insurance number (SIN) had been reproduced by the respondent in various affidavit materials and had thus been made accessible to the public through access to the records of the Federal Court. Since this personal information was not relevant to the issues raised in the proceedings, the appellant had requested that measures be taken to ensure the confidentiality of her

SIN. This resulted in Prothonotary Lafrenière issuing an order dated January 29, 2010 directing that the affidavit materials of the respondent be sealed in the Federal Court.

[3] In the appeal before this Court, the respondent filed on December 20, 2010 various affidavit materials in response to certain motions brought by the appellant. Again, these affidavit materials contain personal SIN information relating to the appellant and to her husband that is not relevant to the issues raised by the motions.

[4] The appellant has again raised concerns that this SIN information should not be available to the public, and she has thus requested an order directing the affidavit materials of the respondent to be sealed. Through correspondence dated December 30, 2010 the respondent has consented to such an order.

[5] For the reasons set out below, I have decided not to seal the respondent's affidavit materials, but to rather take alternative measures to protect the personal SIN information of the appellant and of her husband.

[6] One of the basic tenets of our legal system and of our democratic system of government is that court hearings and decisions as well as court pleadings and evidence are accessible to the public. This important principle is reflected in paragraphs 26(1) and 29(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. The open court principle is now well established in Canadian law, and the Supreme Court of Canada has on numerous occasions confirmed the fundamental importance and

constitutional nature of this principle: *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, 2007 SCC 43 at paragraphs 81 to 88.

[7] Consequently, confidentiality orders extending to documentation tendered in appeals are the exception, and if required, should be made so as to minimize the impact of the order on the open court principle. The test to be used for such purposes is the one set out by the Supreme Court of Canada in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41 at paragraphs 53 to 57. Under this test, a confidentiality order should only be granted when such an order is necessary to prevent a serious risk to an important interest because reasonably alternative measures will not prevent the risk, and the salutary effects of the confidentiality order outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which includes the public interest in open and accessible court proceedings.

[8] For this purpose, a judge must not only consider whether reasonable alternatives to a confidentiality order are available, but also restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the interest in question.

[9] Here, both the appellant and the respondent agree that the SIN information is not required for the purposes of the motions raised in this appeal and that this information should be protected from accessibility to the public. However, sealing the respondent's affidavit evidence and related exhibits overreaches this purpose, particularly in light of the alternative measures easily available to achieve the same result.

[10] Consequently, the impugned affidavit evidence and exhibits shall be returned to the respondent who shall redact therein all the SIN information relating to the appellant and her husband. The redacted material shall be served and filed by the respondent within 10 days of this order.

[11] The respondent is further notified that, in light of this order and of the prior order of Prothonotary Lafrenière, he would be well advised to redact this SIN information from any future material filed with this Court unless cause can be shown for the need to disclose such information for the purposes of this appeal.

"Robert M. Mainville"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-310-10

STYLE OF CAUSE: SANDRA AMY GRACE SINGER v.
THE ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT APPEARANCE OF PARTIES

REASONS FOR ORDER BY: MAINVILLE J.A.

DATED: January 6, 2011

WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

Derek A. Singer

FOR THE APPELLANT

Allan Matte

FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Derek A. Singer
Edmonton, Alberta

FOR THE APPELLANT

Myles J. Kirvan
Deputy attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENT

OPENNESS AND THE RULE OF LAW

Remarks of the Right Honourable Beverley McLachlin, P.C.

Chief Justice of Canada

at the Annual International Rule of Law Lecture

London, United Kingdom

January 8, 2014

OPENNESS AND THE RULE OF LAW

**Remarks of the Right Honourable Beverley McLachlin, P.C.
Chief Justice of Canada**

**At the Annual International Rule of Law Lecture
January 8, 2014**

I. Introduction

It is a great honour to have been asked to present the Annual International Rule of Law Lecture. The honour is only deepened by the association between this lecture and the late Lord Bingham, whose memory we revere. No one did more to promote the rule of law throughout the world than Tom Bingham, whose book is rightly seen as the bible on the subject.

Today, I take as my theme one of the elements of the rule of law Lord Bingham set out in his book – the principle of open justice. Lord Bingham held that the core of the rule of law is the principle “that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts.”¹

The open court principle is a venerable principle, deeply rooted in western consciousness. And for good reason. As Jeremy Bentham famously put it:

Where there is no publicity there is no justice. Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial.²

¹ Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Group Ltd., 2010) at 8.

² Quoted in *A.G. (Nova Scotia) v. MacIntrye*, [1982] 1 S.C.R. 175 at 183, *per* Dickson J. (as he then was).

Or as Justice Brandeis succinctly expressed it, “Sunshine is said to be one of the best disinfectants.”³

We insist on open justice so that citizens may know how justice is being rendered. Courts must be open and reasons for judgment public so that the litigants, the media, legal scholars and ultimately the general public may follow, scrutinize and criticize what is done in the name of justice. It is a point of pride that long before transparency became the buzzword of governance, the courts insisted that their proceedings be open to all.

Yet open justice, important as it is, comes at a cost. It exists in tension with two other things that we value – privacy and security. In Bentham’s time, the tension between open courts on one hand, and privacy and security on the other, was minimal and hence seldom discussed. In our time, the tension has increased exponentially as a consequence of an increased emphasis on privacy, technology, and national security. The result is that the open court principle – and with it the rule of law – stands in peril as never before. This begs the question: is the open court principle sustainable in the 21st century?

To answer this question, I wish to explore with you what has changed and what we can do about it. I will suggest that much as we might wish to, we can no longer think of open justice as an absolute principle, before which all other considerations must fall. Instead, the courts must

³ “What Publicity Can Do”, *Harpers Weekly* (December 20, 1913).

balance the open justice principle against countervailing interests of privacy and security. The question in each case is where and how to draw the line.

This is not an easy task. Judges, guided by counsel, must identify the values at stake in a particular case and consider how they are likely to play out. The goal is to draw the line at the point where privacy and security are appropriately protected, yet the essentials of the open justice principle are maintained. The science is not exact, to be sure. Yet the task can be accomplished if the judge identifies and carefully evaluates what is at stake on both sides of the issue. It is all too easy in this arena to allow emotion and fear to cloud judgment, skewing the balance in favour of privacy or security. The antidote is reasoned identification and examination of what is really at stake in the case at hand. In this way, we can sustain the fundamental principle of open justice, while also responding to changing circumstances and priorities.

II. The Traditional Open Court Principle

We must first ask ourselves: what is the open court principle?

The open court principle can be reduced to two fundamental propositions. First, court proceedings, including the evidence and documents tendered, are open to the public. Second, juries give their verdicts and judges deliver their judgments in public or in published form.

It is also important to note what the common law open court principle *is not*. It does not require all aspects of the judicial process be open to the public. For example, a judge's private deliberations remain private and evidence may be protected by privileges, such as informer's privilege, that allow some facts to remain private.

The next question is: why is open justice so important?

Open justice serves three important functions: (1) it assists in the search for truth and plays an important role in educating the public by permitting access to and dissemination of accurate information;⁴ (2) it ensures and enhances judicial accountability, deterring misconduct by judges, police officers and prosecutors; and (3) it performs a therapeutic function by permitting the community to see that justice is done.⁵ In these ways, the open courts principle works to preserve public confidence in the administration of justice, which is essential to the rule of law.

The principle of open justice is not new. The idea that judicial proceedings should be public is as old as the trial itself. Before the Norman Conquest, trials were being held in the mandatory presence of the freemen of the local community, who were called upon to render judgment.⁶

⁴ See S.E. Harding, "Cameras and the Need for Unrestricted Electronic Media Access to Federal Courtrooms", (1995-1996) 69 S. Cal. L. Rev. 827, at 845.

⁵ See *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

⁶ Jack B. Harrison, "How Open is Open – the Development of the Public Access Doctrine under State Open Court Provisions" (1991-1992) 60 U. Cin. L. Rev. 1307 at 1308-1309; see also: *Richmond Newspapers, supra*, at 565.

Over time, this system evolved so that only a representative body of freemen was required to attend hearings and pass judgment on behalf of the community. The modern jury system was born. Although the public's attendance at trials was no longer required, trials remained open and the importance of public attendance was recognized.⁷ Gradually, the tradition of open justice became enshrined as a central tenet of the English justice system⁸, and spread throughout the western world and beyond.

Thus in 1892, Canada's first *Criminal Code* endorsed the common law principle that every court "shall be deemed an open and public court, to which the public may generally have access so far as the same [room] can conveniently contain them".⁹

Until recently, this fundamental principle was viewed as virtually absolute, subject only to certain exceptions. In a few narrowly circumscribed situations, the privacy interests of litigants and witnesses were allowed to trump the open court principle – where this was essential to a fair criminal trial, in litigation involving wards, in lunacy proceedings, and in disputes over trade secrets.¹⁰ In all other cases, the open court principle was held to be paramount.

In 1913, the House of Lords in *Scott v. Scott* opined that while public hearings may be trying for parties and witnesses, this is tolerated and endured because openness is the best means for

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Jamie Cameron, "Victim Privacy and the Open Court Principle" (2003) Department of Justice Canada at 7.

¹⁰ *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 at 482 (House of Lords).

establishing public confidence and respect in the administration of justice.¹¹ Lord Atkinson acknowledged that the hearing of a case in public may be “painful, humiliating, or deterrent both to parties and witnesses” and in some cases, “the details may be so indecent as to tend to injure public morals”.¹² Nonetheless, the open courts principle prevails. Lord Shaw acknowledged that the fear of giving evidence in public may deter witnesses from giving testimony, but concluded that “the concession to these feelings would ... tend to bring about those very dangers to liberty in general, and to society at large, against which publicity tends to keep us secure...”¹³

Across the Atlantic, the Supreme Court of Canada, affirmed the importance of the open court principle in 1982, stating:

It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.¹⁴

With the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the open court principle was recognized as a component of freedom of expression, protected by s. 2(b) of our *Charter*.¹⁵ This meant that the government was foreclosed from legislating closed hearings or publication bans unless the limit on freedom of expression was “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of our *Charter*.

¹¹ *Ibid* at 463.

¹² *Ibid*.

¹³ *Ibid* at 485.

¹⁴ *Nova Scotia (Attorney General) v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175 at 185, *per* Dickson J. for the majority.

¹⁵ *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326

In short, court proceedings have historically been open, unless the case fell within a few recognized exceptional categories. Open justice was generally presumed to trump other interests. As we shall presently see, that presumption has been challenged in recent years as the growing importance of other interests has been recognized.

III. The Privacy Principle

The first challenge to the open court principle in the 21st century has been an increasing emphasis on privacy rights.

The right to privacy is the handmaid to several interests worth protecting. It is, in the words of Professor Daniel Solove, a “pluralistic value”. It protects:

intimacy, friendship, dignity, individuality, human relationships, autonomy, freedom, self-development, creativity, independence, imagination, counterculture, eccentricity, freedom of thought, democracy, reputation, and psychological well-being.¹⁶

As George Orwell saw so clearly in his dystopian novel *1984*, the modern panoptic state has the potential to undermine these values are so essential to human flourishing. In 2013, however, the dangers are posed not only by the state, but insidiously by private enterprise’s efforts to amass our personal details so that they can more effectively target us as consumers of their products. By some estimates, there is more personal information – about our tastes, religious and political beliefs, sexual proclivities, and reading and viewing habits – in the hands of corporations than in

¹⁶ Daniel J. Solove, *Understanding Privacy* (Cambridge: Harvard University Press, 2008) at 98.

the hands of any one state.

Traditionally, as *Scott v. Scott* attests, privacy did not count for much in court. Apart from a few exceptions, the public could attend any court hearing, consult any court document, and examine any judgment – regardless of what intimate or embarrassing details of litigants’ and witnesses’ lives may be revealed. Indeed, one searches the old common law cases in vain for an articulated principle of privacy. Perhaps one of the earliest statements of a privacy right is found in the celebrated *Seyman’s Case*,¹⁷ which provides that a man is secure from unreasonable search and seizure within his own home. Summing up the principle, Sir Edward Coke famously proclaimed that “[t]hat the house of every one is to him as his Castle and Fortress as well for defence against injury and violence, as for his repose”.¹⁸ The privacy interest in this statement is implicit. It is cloaked in the language of property rights and the notion of sanctuary – in the principle that “everyone’s house is his safest refuge”¹⁹ – rather than an articulated principle of privacy.

Two seemingly contradictory developments have challenged this anemic conception of privacy in more modern times.

The first was the articulation of privacy as a right or legal entitlement.

In their seminal article, *The Right to Privacy*, Samuel Warren and Louis Brandeis discussed the

¹⁷ (1604) Michaelmas Term, 2 James 1 In the Court of King’s Bench.

¹⁸ *The Reports*, volume 5, page 91a.

¹⁹ *Domus sua cuique est tutissimum refugium*.

importance of protecting one's private life in the age of modern media and advocated for a right to privacy under the law.²⁰ They wrote:

Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops." For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons...

In 1965, the United States Supreme Court recognized a constitutional right to privacy in affirming the right to use contraception. It stated that the various constitutional provisions created "zones of privacy" into which the state could not intrude.²¹ Eight years later, the U.S. Supreme Court affirmed the constitutional right to privacy in *Roe v. Wade*.²² The right to privacy entered the jurisprudential lexicon.

The idea spread. In 1982, Canada adopted a constitutionally entrenched *Charter of Rights and Freedoms*. Section 7 guaranteed the right to "life, liberty and security of person", which the courts construed as including privacy rights. Section 8 protects individuals from unreasonable search or seizure, and implicitly creates a zone of privacy into which the state cannot unreasonably intrude.²³ The right to privacy is also explicitly protected by articles 3 and 35-7 of the *Civil Code* of Quebec.²⁴

²⁰ Samuel Warren and Louis Brandeis, "The Right to Privacy" (1890) 4 Harv. L. Rev. 193.

²¹ *Griswold et al. v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

²² 410 U.S. 113 (1973).

²³ *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 662.

²⁴ S.Q. 1991, c. 64.

The Ontario Court of Appeal recently concluded that invasion of privacy constitutes an actionable tort, provided : 1) the defendant's conduct was intentional; 2) the defendant invaded, without lawful justification, the plaintiff's private affairs or concerns; and 3) a reasonable person would regard the invasion as highly offensive causing distress, humiliation, or anguish.²⁵ The rationales for affirming a tort of privacy included the importance of the value of privacy, the constitutional dimension of privacy, and technological changes that pose novel threats to the right of privacy.²⁶

Most U.S. states have also recognized a tort of invasion of privacy.²⁷ Four Canadian provinces have statutorily created that tort.²⁸

The criminal law has also moved to increase privacy protection for victims, complainants and children. For example, in Canada, we have come to recognize the importance of protecting the privacy of victims of sexual abuse.²⁹ The concern is that complainants may be further victimized by the violation of their privacy and, more broadly, that the administration of justice may be harmed if complainants refuse to pursue complaints because of privacy concerns.³⁰

²⁵ *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241 at para. 71.

²⁶ *Ibid* at paras. 66 – 69.

²⁷ *Ibid* at para. 55.

²⁸ *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373 (British Columbia); *Privacy Act*, R.S.M 1987, c. P125 (Manitoba); *Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24 (Saskatchewan); *Privacy Act*, R.S.N.L., 1990, c. P-22.

²⁹ *Criminal Code*, s. 486.4.

³⁰ *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122.

Many jurisdictions, including Canada, have enacted limits on the open court principle to protect the privacy rights of children. Section 110 of the *Youth Criminal Justice Act*,³¹ prohibits publication of information that may identify the young accused, and s. 111 prohibits the publication of any information that may identify a young victim or witness in connection with an offence committed by a youth.

Provincial child protection legislation often provides for closed hearings and publication bans. For example, under the Ontario *Child and Family Services Act*,³² child protection hearings are heard in private, unless the court orders otherwise. Certain media representatives may be present, but the court has the discretion to exclude the media or prohibit publication if it would cause emotional harm to the child.

Finally, in direct conflict with the open court principle, s. 486 of the Canadian *Criminal Code* provides that a judge may exclude all or any members of the public from the court room if it is in the “interests of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice...” In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*,³³ the Supreme Court of Canada considered the constitutional validity of this limitation on the open court principle and concluded that while it violates freedom of expression, it is justified. It preserves the general principle of openness in most situations, but also gives the court a way to protect the privacy interests of innocent victims in appropriate cases. The Court held that s. 486

³¹ S.C. 2002, c. 1.

³² R.S.O. 1990, c. 11.

³³ [1996] 3 S.C.R. 480.

“arms the judiciary with a useful and flexible interpretive tool to accomplish its goal of preserving the openness principle, subject to what is required by the administration of justice...”³⁴

In England, privacy has entered legal doctrine via Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950,³⁵ incorporated by the *Human Rights Act 1998* (U.K.).³⁶ The House of Lords has declined to recognize a common law tort of invasion of privacy.³⁷ However, the tort of breach of confidence captures the misuse of private information.³⁸ As in Canada, various criminal and civil statutes impose restrictions on the open court principle in the name of privacy. And as in Canada, the U.K. has passed laws protecting the identity of victims of sexual offences and children involved in the criminal justice system.³⁹

The tension between the open court principle and the competing principle of privacy is evident in the recent debates about the U.K. Family Courts. Public access to hearings on family matters is highly restricted. Most family proceedings are heard in private, and while duly accredited members of the media are entitled to attend private hearings, the court retains the power to exclude them and reporting is limited. In most cases, the media representatives are not entitled to

³⁴ *Ibid* at para. 60.

³⁵ 213 U.N.T.S. 221

³⁶ 1998 c. 42.

³⁷ *Wainwright v. Home Office*, [2003] UKHL 53, [2003] 4 All E.R. 969.

³⁸ *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457.

³⁹ Cameron, *supra*, at 43-44.

receive or examine court documents.⁴⁰ And few judgments are made available to the public.⁴¹

Many have called for increases in the openness and transparency of the Family Courts. Recently, Sir James Munby, the president of the Family Division, issued a draft practice guidance calling for greater transparency to improve public understanding of court processes and confidence in the court system. In particular, he suggests presumptions in favour of publishing judgments.⁴²

Overall, the trend appears clear. The open court principle continues to be a fundamental part of our society, but more and more privacy concerns are limiting it. The increasing protection of privacy interests in manifest forms and guises is increasingly circumscribing the open court principle.

Yet this is not the whole story. A second and countervailing development has been simultaneously undermining of the right to privacy. I speak of technological advances in communications. Paradoxically, while courts and legislators have been advancing privacy interests, technology has been working to destroy them. The digital revolution put smart phones and Facebook into the hands of millions. People voluntarily revealed -- and continue to reveal -- immense quantities of private information pertaining not only to themselves but to others within their particular cyberspace. What they choose not to reveal can be obtained by the state, as

⁴⁰ Adam Wolanski and Kate Wilson, "The Family Courts: Media Access and Reporting"(2011), a joint publication of the President of the Family Division, the Judicial College, and the Society of Editors.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Draft Practice Guidance issued by Sir James Munby, "Transparency in the Family Courts and the Court of Protection" (12 July 2013).

Edward Snowden's leaks have revealed. And overarching all this is the information that Google has placed in the ubiquitous "Cloud". As one Silicon Valley boss reportedly remarked, "Privacy is dead. Get over it."⁴³ Or as Mark Zuckerberg, the founder of Facebook, put it, privacy is no longer a "social norm".⁴⁴

This second trend – the negative impact of technology on privacy – also conflicts with the open court principle. In Bentham's day, technical barriers to the mass collection and distribution of information offered some protection to the privacy of participants in the justice system. Only those who were able to attend the court or read newspapers followed court proceedings. Today, television, the internet, and social media provide for the immediate dissemination of information to a vast audience. In the era of 21st century technology, the open court principle can mean an enormous loss of privacy.⁴⁵ In short, the paradigm shift in communication that we are living through has necessitated a change in how we apply the open court principle.

Consider the following. In the United States, Canada and other jurisdictions, electronic filing of court documents, including affidavits, is routine. Following the open court principle, a number of jurisdictions in the United States moved to allow public access to these documents. At the touch of a key, personal details of the parties' conduct, alleged conduct and finances were immediately accessible to anyone who cared to log on. When people had to go to the courthouse

⁴³ Timothy Garton Ash, *Globe and Mail*, "Government Spying? Worry About Yourself", November 1, 2013, p. A15.

⁴⁴ *The Economist*, "The people's panopticon", November 16, 2013, p. 29.

⁴⁵ Chief Justice Beverly McLachlin, "Courts, Transparency, and Public Confidence – To the Better Administration of Justice" (2003) 8 Deakin L. Rev. 1 at 3.

and ask for a file, few accessed such information. When it was simply a matter of striking a few keys in the privacy of one's home, thousands did.⁴⁶

The same paradigm shift may give rise to claims for the protection of the anonymity of litigants to counter the reality of mass distribution. A recent case in the Supreme Court of Canada, *A.B. v. Bragg Communications Inc.*,⁴⁷ concerned a 15 year old girl victimized by a fake, highly sexualized Facebook page. Her father sued the internet provider to obtain information identifying the offender, with a view to suing him for defamation. Normally, parties to litigation must declare who they are. However, in this case, the father asked for an order banning the publication of the girl's identity and the details of the Facebook page, on the ground that publication of these would further injure his daughter. The lower courts denied the publication bans. Reversing those decisions, the Supreme Court emphasized the inherent vulnerability of children, the harms to children as a result of cyber-bullying, and the harms to the administration of justice if children decline to take steps to protect themselves because of the risk of further harm from public disclosure. These harms outweighed the open court principle, warranting a publication ban. This said, the Court confined the publication ban to information that would identify the complainant; the public's right to open courts and press freedom prevailed with respect to the non-identifying Facebook content. The order was justified, the Court said, because the internet allows cyber-bullies to follow children wherever they go and to spread information widely, quickly, and

⁴⁶ Karen Eltis, "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011) 56:2 McGill L.J. 289.

⁴⁷ 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567.

anonymously.⁴⁸

One thing seems clear. In an age of immediate access to vast amounts of information, it is becoming ever more difficult to reconcile concerns for the privacy, reputation and well-being of individuals engaged in the justice system with the principle of the open and public administration of justice.⁴⁹ We all agree that the open court principle is critical to maintaining public confidence in the judiciary, and in turn, fostering the rule of law. However, we must face the question: given the tugs of increasing insistence on privacy on the one hand, and the impact of technology on the dissemination of private data on the other, how will we sustain the open court principle in today's society?

The regulation of the media's access to and publication of litigants' personal information can take different forms. Courts can and ought to continue their case-by-case supervision through confidentiality orders and publication bans. Ultimately, it is the responsibility of the courts to balance the open court principle against the right to privacy. But other forms of regulation of the dissemination of litigants' data can be a useful auxiliary to the courts' direct supervision. At one end of the spectrum, the press can self-regulate through codes of conduct and industry complaint bodies. Information and privacy commissioners can play a role by issuing guidance in relation to the obtaining and use by the press of litigants' personal data. This kind of "soft" law can have a salutary effect, even if it does not have binding force. And at the other end of the spectrum, the

⁴⁸ *Ibid* at para. 22.

⁴⁹ Chief Justice McLachlin, *supra*, at 4.

law could regulate the media's activities through data-protection legislation.

2. National Security

The second concern increasingly impinging on the open court principle is national security. “Our fidelity to the open court principle was nurtured in a stable democracy, in peaceful times.”⁵⁰ Now the open court principle must adapt to unstable times and the global threat of terrorism. Since the September 11, 2001, attacks on the World Trade Center Towers, national security has become a priority for many governments, and there is a heightened need to keep sources and intelligence secret.⁵¹ The state's highest duty is to protect its citizens, it is argued. In a world where the disclosure of information can endanger populations and jeopardize national security efforts, the transnational threat of terrorism makes sharing intelligence between states essential. Cooperation and coordination are in turn premised on mutual commitments that the shared information will be kept confidential.⁵² The result has been ever-greater limits on the openness of judicial proceedings that involve national security issues. The person charged or threatened with deportation may be denied access to the information used against him. And the public and the press are left unable to judge whether the court proceedings are fair and the result just.

Countries across the globe have passed laws limiting access to national security evidence and

⁵⁰ D.M. Paciocco, “When Open Courts Meet Closed Government” (2005) 29 S.C.L.R.(2d) 385 at 386-7.

⁵¹ *Ibid* at 387.

⁵² David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, *Secrecy, National Security, and the Vindication of Constitutional Law*, (United Kingdom: Edward Elgar Publishing Ltd., 2013) at 2.

information in court proceedings. In Canada, anti-terrorism legislation enacted after 9/11 provided for increased discretionary and mandatory publication bans and secret hearings to prevent injury to international relations or national security.⁵³ This has limited public and press access to judicial proceedings.

Not surprisingly, many of these legislative provisions have been challenged as an unreasonable limit on freedom of expression. Canadian courts were asked to strike a balance between the principle of openness, enshrined in our *Charter*, and national security concerns in a post 9/11 world.

In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*,⁵⁴ the Supreme Court of Canada heard a constitutional challenge to a provision in the *Privacy Act*⁵⁵ that provided for mandatory *in camera* and *ex parte* judicial review proceedings where a request for personal information was denied on national security grounds. The Court reiterated the importance of the open court principle, but also recognized that national security is a pressing and substantial concern and closed hearings reduce the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information. Balancing these competing imperatives, the Court concluded that the requirement that the entire judicial review proceeding be heard *in camera* was an unreasonable limit on freedom of expression.

The Court was again asked to determine the appropriate balance between openness and national

⁵³ *Anti-Terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. See also: Pacciocco, *supra*.

⁵⁴ 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3.

⁵⁵ R.S.C. 1985, c. P-21.

security interests in *Re Vancouver Sun*.⁵⁶ Canadian anti-terrorism legislation created a new procedure for investigative hearings, allowing investigators to compel potential witnesses to provide information during terrorism investigations. In this case, the government obtained an order that the hearing was to be held *in camera* and no notice was to be given to the accused, the press, or the public. Subsequently, the witness challenged the constitutional validity of the investigative hearing procedure. The hearing on the constitutional issue was held *in camera* and the reasons for judgment were sealed. The Court criticized the level of secrecy in this case, noting that the facts of this case illustrate “how antithetical to the judicial process secret court hearings are.”⁵⁷ The Court concluded that the constitutional hearing should have been held in open court and the judicial investigative hearing was to be held in public. This case represents a strong affirmation of the open court principle, even in the context of national security. Indeed, the Supreme Court of Canada heard the appeal from the constitutional challenge entirely in open court, subject to some restrictions.⁵⁸

More recently, the Supreme Court of Canada held that the security certificate regime in Canadian immigration law was unconstitutional.⁵⁹ This regime permitted the government to issue security certificates, leading to the detention and ultimate deportation of a non-citizen deemed to be a threat to national security. The certificate and detention were subject to review by a judge, but upon the government’s request, the review was conducted *in camera* and *ex parte*. The named

⁵⁶ 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332.

⁵⁷ *Ibid* at para. 52.

⁵⁸ *Ibid* at para. 20.

⁵⁹ *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

person had no right to see the material upon which the case against him was based.⁶⁰ The Court found this procedure unconstitutional because it resulted in the detainee being denied full information about the case against him.

Last autumn, the Supreme Court of Canada heard yet another constitutional challenge to the revised security certificate regime.⁶¹ Under the legislation, we were obliged to hold part of our hearing *in camera* at a secret location. Much of the evidence and part of the judgments on review were secret.

The challenge of balancing openness against national security concerns is increasingly confronting Canadian judges. For example, the Federal Court has considered provisions requiring closed hearings when determining whether national security information should be disclosed.⁶² The Court held that these provisions were an unjustified limit on the open court principle – but only to the extent that they apply when there is no secret information being reviewed by the court and the court sessions and court records are available to all parties. The provisions remain valid when secret information is in play.⁶³

In the United States, shortly after the terrorist attacks of 9/11, the Chief Immigration Judge issued a directive to all United States Immigration Judges requiring a closure of “special interest cases”, including certain deportation cases. The issue before the U.S. Court of Appeals for the

⁶⁰ *Ibid* at paras. 4-9.

⁶¹ *Ministry of Citizenship and Immigration, et al. v. Mohamed Harkat, et al.* (34884).

⁶² *Toronto Star v. Canada*, 2007 F.C. 128.

⁶³ *Ibid* at para. 2.

Sixth Circuit was whether this violated the First Amendment.⁶⁴ Strongly affirming the open court principle, the court stated:

Democracies die behind closed doors. The First Amendment, through a free press, protects the people's right to know that their government acts fairly, lawfully, and accurately in deportation proceedings. When government begins closing doors, it selectively controls information rightfully belonging to the people. Selective information is misinformation. The Framers of the First Amendment "did not trust any government to separate the true from the false for us"... They protected the people against secret government.⁶⁵

The court added that "open proceedings, with a vigorous and scrutinizing press, serve to ensure the durability of our democracy"⁶⁶ concluding that the press and public have a First Amendment right of access to deportation hearings. Yet we are told that electronic eavesdropping by the federal government is monitored by the Foreign Intelligence Surveillance Court, a court consisting of a panel of selected judges, sitting in secret.⁶⁷

The competing principles of openness and national security are also at play in the recent debates and discussion surrounding closed material proceedings in the U.K. CMP's were first introduced in the late 1990's to facilitate the hearing of deportation cases that raised national security issues. At that time, they were exceptional.⁶⁸ Under a CMP, the court sits in private and sensitive information is only disclosed to the court and Special Advocates appointed by the government to

⁶⁴ *Detroit Free Press, et al. v. John Ashcroft, et al.*, 303 F.3d 681 (3d Cir. 2002).

⁶⁵ *Ibid* at 683.

⁶⁶ *Ibid* at 711.

⁶⁷ "In Secret, Court Vastly Broadens Powers of N.S.A.," *New York Times*, July 6, 2013.

⁶⁸ Lord Justice Stephen Sedley, "Terrorism and Security: Back to the Future?" in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security, and the Vindication of Constitutional Law* (United Kingdom: Edward Elgar Publishing Ltd., 2013) 13 at 21.

represent the other party's interests. The other party does not see the sensitive evidence.⁶⁹ In the past decade, the U.K. Parliament introduced legislation allowing for CMP's in certain terrorism cases.⁷⁰

In *Al Rawi v. Security Service*,⁷¹ the claimants brought proceedings against the Security Services for damages arising from the government's complicity in their detention and ill treatment by foreign authorities. The government claimed that the material for its defence was sensitive and requested that part of the hearing proceed by way of a CMP. The issue before the Court was whether it had the power to order a CMP for the whole or part of a civil trial for damages. The Court affirmed the important principle of open justice, but also recognized the growing need to balance that principle against national security interests. Ultimately, the Court concluded that CMP's are such a significant departure from the common law principles of openness and natural justice, that only Parliament can bring about such a fundamental change.

In *Bank Mellat v. HM Treasury*,⁷² the Supreme Court considered whether it could conduct a closed hearing when the statute in question provided for CMP's in the lower courts. In concluding that it could adopt a CMP under the *Counter-Terrorism Act 2008*, the Court reiterated the open court principle⁷³, but held that CMP's may be necessary to promote the *Act's*

⁶⁹ *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34 at para. 2.

⁷⁰ *Ibid* at para. 27.

⁷¹ *Al Rawi*, *supra*.

⁷² [2013] UKSC 38.

⁷³ *Ibid* at para. 2

aim of protecting the country from threats of terrorism.⁷⁴

The use of CMP's in the U.K. has expanded with the enactment of the *Justice and Security Act*.⁷⁵ Enacted this past year, the *Act* expands the use of “closed material proceedings” in civil cases.

When the *Justice and Security Bill* was first introduced, there was much debate about whether it struck the appropriate balance between transparency in court proceedings and the secrecy that national security sometimes demands. The House of Lords expressed concerns that CMP's offend the principle of open justice, saying:

A CMP is inherently damaging to the integrity of the judicial process. Judicial decisions are respected precisely because all the evidence is heard in open court and can be reported, subject to exceptions, and judges give a reasoned judgment that explains their decision.⁷⁶

The House of Lords suggested amendments to the bill that would allow for judicial discretion in deciding whether to use a CMP, rather than mandating closed procedures.⁷⁷ This allows the judge to balance the competing interests of national security and open justice in the particular circumstances of the case. The government accepted this change, and s. 6(5) of the *Act* provides that the court may allow a closed material application in cases involving sensitive information if “it is in the interests of the fair and effective administration of justice”.

⁷⁴ *Ibid* at paras. 51-54.

⁷⁵ 2013, c. 18.

⁷⁶ Hansard, Report of the 2nd sitting of the House of Lords, November 21, 2012.

⁷⁷ *Ibid*.

The increased use of CMP's and the *Justice and Security Act* are just two more examples of how modern national security concerns test the open court principle. In a time where secrecy is seen as an essential component of national security, is the open court principle sustainable? How can governments and courts reconcile these two competing principles?

III. Is the Open Courts Principle Sustainable?

Lord Bingham was right to state that the open court principle lies at the heart of the rule of law. As such, we must ensure that our courts conduct their business and render their judgments in public. We do not have to reach back far into history to understand the evil of secret trials and Kafkaesque decrees.

At the same time, we would be foolish not to recognize the pressures that modern society and the communications revolution has placed on the open court principle. We cannot be blind to claims for privacy in the face of ever-more invasive publication practices. Nor can we, since 9/11, ignore the reality that some information must be kept secret for the security of everyone.

We must recognize that the open court principle may conflict with other important values, such as privacy or national security. These interests are important to the administration of justice, and only the rash would say that such interests must always yield to the fundamental principle of

openness.

The result, as I suggested at the outset, is that as a society – and as a profession – we find ourselves engaged in a new and complicated exercise of line-drawing. No longer can we say that the open court principle prevails, unless the case falls within a handful of circumscribed exceptions. Instead, we must weigh and evaluate the competing interests in context, with the goal of finding a solution that offers adequate protection to privacy and national security, while preserving open justice and the rule of law. Without denying the importance of protecting privacy and security, we must preserve the essential core of the open court principle, and the broader principle of freedom of expression.

How do we do this? In Canada, we have established a common law test for balancing the open court principle against other interests. Judges may limit the open court principle if: 1) such an order is necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice because other reasonably alternative measures will not prevent the risk; and 2) the salutary effects of the limit on openness outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public.⁷⁸

Drawing the line between conflicting values in the right place is neither an obvious nor easy task.

The recent revelations emerging from the Snowden affair have led some to suggest that

⁷⁸ *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188.

governments have not always drawn the line between security and privacy in the right place.⁷⁹ It is our job as lawyers and judges to ensure that when we are confronted with the task of drawing such lines, we carefully weigh the conflicting concerns in the context at hand. If we do this, I am confident that the open court principle that has sustained the rule of law for the past five hundred years will survive.

⁷⁹ Ash, *supra*.

Treasury Board of Canada Secretariat (<http://www.tbs-sct.gc.ca/index-eng.asp>)

Archived - Privacy and Data Protection Guidelines - Use and Disclosure of Personal Information

This page has been archived on the Web

Information identified as archived is provided for reference, research or recordkeeping purposes. It is not subject to the Government of Canada Web Standards and has not been altered or updated since it was archived. Please contact us to request a format other than those available.

1. General principles

Sections 7 and 8 of the *Privacy Act* govern the use and disclosure of all personal information under the control of government institutions unless the personal information is excluded by virtue of being publicly available [subsection 69(2)] or by virtue of being a confidence of the Queen's Privy Council for Canada (section 70, refer to Chapter 2-8). These two sections together are often referred to as the Use and Disclosure Code.

The general principle is that personal information may only be used for purposes allowed by the *Privacy Act* and may only be disclosed in accordance with the Act. The privacy policy requires that institutions have administrative controls in place to ensure that personal information is not disclosed to anyone who is not permitted access under the *Privacy Act*. Institutions may refer to the Security volume of the Treasury Board Manual for guidance on the storage and transmittal standards for the protection of personal information.

Sections 7 and 8 do not take precedence over specific statutory prohibitions regulating the use and disclosure of personal information (e.g. section 241 of the *Income Tax Act*) but only apply where no other statutory provision exists. These sections permit the use and disclosure of personal information for the purposes specified in subsection 8(2), they do not constitute a right of access to or use of the information. It is left to the discretion of the government institution whether to proceed with a use or disclosure permitted by the legislation. Government policy requires that institutions recognize the general right to protection of privacy when considering a discretionary use or disclosure of personal information.

2. Use of personal information

Without the consent of the subject individual, government institutions may use personal information only for the purpose(s) for which the information was obtained or compiled; for uses consistent with that purpose; and for purposes for which information may be disclosed to them under subsection 8(2). This provision allows government institutions to use personal information for any purpose for which subsection 8(2) would allow the information to be disclosed to them.

3. Disclosure of personal information

Disclosure refers to the release of personal information by any method (e.g. transmission, provision of a copy, examination of the record) to any body or person.

4. Consent

The consent of the subject individual allows institutions to use or disclose personal information for any purpose consented to by the individual. In other words, the consent of the individual removes the need to find a provision for use or disclosure under sections 7 or 8.

Consent by an individual to the use or disclosure of personal information may be sought either at the time of collection of the information or subsequently, when a specific need arises.

4.1 Consent at time of collection

When consent for additional use or disclosure is sought at the time the personal information is collected, institutions should provide sufficient information concerning the intended use or disclosure to allow individuals to make an informed decision to consent or refuse. Such information should include:

- a. a description of the specific information involved;
- b. a description of the use or disclosure for which consent is being sought; and
- c. a statement that refusal to consent to such use or disclosure will not prejudice the individual in any way or result in any adverse consequences for the individual in connection with the primary administrative purpose being served by the information collection.

The information collection form should also contain a consent/refusal statement with space for the signature of the individual or authorized representative and the date.

All uses or disclosures for which consent is sought at the time of collection of personal information must be included in the description of the relevant personal information bank in *Info Source*.

4.2 Consent subsequent to collection

Consent for use or disclosure subsequent to collection should be obtained in writing. Institutions should employ a form which covers the minimal requirements contained in Chapter 3-6, however individuals may always indicate their consent by a written authorization. In any case a government institution should consider that consent has been given only on receipt of a signed consent from the individual or their authorized representative specifying the permitted use or disclosure.

4.3 Consent by minors

Section 10 of the *Privacy Regulations* provides that rights or actions under the *Privacy Act* and its regulations, including the giving of consent, may be exercised on behalf of a minor by a person authorized by or pursuant to the laws of Canada or a province to manage the affairs of the minor.

This regulation does not prevent an institution from obtaining consent from individuals who have not attained the age of majority when such individuals have the ability to understand the matter for which consent is being sought and are able to appreciate the consequences of giving or refusing consent. In these circumstances consent should be sought from the minor. In situations where there is a reasonable uncertainty that these conditions exist, the institution should seek the consent of the parent or guardian who has legal custody of the minor. While the age of majority varies from province to province, age sixteen is usually the age at which minors could reasonably be expected to be capable of giving informed consent.

4.4 Consent by incompetents

Section 10 of the *Privacy Regulations* provides that rights or actions under the *Privacy Act* and its regulations, including the giving of consent, may be exercised on behalf of incompetent individuals by a person authorized by or pursuant to the laws of Canada or a province to manage the affairs of that person.

4.5 Consent on behalf of a deceased individual

Section 10 of the *Privacy Regulations* provides that rights or actions under the *Privacy Act* and its regulations, including the giving of consent, may be exercised on behalf of deceased persons by a person authorized by or pursuant to the laws of Canada or a

province to administer the estate of the deceased, but only for the purposes of such administration.

Sections 7 and 8 of the *Privacy Act* do not apply to information concerning an individual who has been dead for more than twenty years. Consent for the use or disclosure of information pertaining to individuals who have been dead less than twenty years should be sought from the executor or administrator of the individual's estate, and then only for the purpose of administering the estate.

4.6 Consent by a representative of an individual

Section 10 of the *Privacy Regulations* provides that the rights or actions under the *Privacy Act* or its regulations, including the giving of consent, may be exercised on behalf of any individual, other than a minor, incompetent or deceased person, by any person authorized in writing by the individual to whom the information pertains. This provision allows representatives such as lawyers to act on behalf of individuals in the giving of consent. In order to ensure that personal information is not improperly used or disclosed, institutions should verify that the representative is empowered to act on behalf of the subject individual. Such verification may be in the form of a written authorization signed by the individual which empowers the representative to act on his or her behalf in matters under the *Privacy Act*, or, in the case of lawyers, may be written authorization for the lawyer to act in all matters involving the individual. The Appointment of Representative Form included in Chapter 3-5 may be used to aid in fulfilling this requirement, but its use is not mandatory.

5. Consistent use

Sections 7 and 8 of the *Privacy Act* provide that personal information may be used or disclosed by a government institution without the consent of the individual to whom it relates for a purpose directly related to the purpose(s) for which the information was obtained or compiled. Such related purposes are termed consistent uses. For a use or disclosure to be consistent, it must have a reasonable and direct connection to the original purpose(s) for which the information was obtained or compiled.

A test of whether a proposed use or disclosure is "consistent" may be whether it would be reasonable for the individual who provided the information to expect that it would be used in the proposed manner. This means that the original purpose and the proposed purpose are so closely related that the individual would expect that the information would be used for the consistent purpose, even if the use is not spelled out. As required by subsection 9(4) of the Act, once the consistent use is identified, it is added to the description of the uses of the information.

5.1 Accounting for consistent uses

Section 11 of the *Privacy Act* requires that the descriptions of personal information banks contained in *Info Source* include a statement of the consistent uses for which the information may be used or disclosed. Subsection 9(4) of the Act requires that institutions notify the Privacy Commissioner whenever personal information is used or disclosed in a manner consistent with the purpose(s) for which the information was obtained or compiled, but which consistent use is not included in *Info Source*. This subsection also requires that the institution ensure the consistent use is added to the personal information bank description.

6. Permissible disclosures of personal information

Subsection 8(2) of the *Privacy Act* describes the circumstances under which personal information under the control of a government institution may be disclosed without the consent of the individual to whom the information pertains. Such disclosures are discretionary and are subject to any other Act of Parliament.

6.1 Original purpose and consistent use

Paragraph 8(2)(a) provides that personal information may be disclosed for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose. This gives government institutions the discretion to disclose personal information where it is necessary to accomplish the purpose for which the information was obtained or compiled or for a use consistent with that purpose.

6.2 Act of Parliament or regulation

Paragraph 8(2)(b) provides that personal information may be disclosed for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure. This paragraph encompasses all other authorities for the disclosure of personal information contained in federal statutes and regulations. Such authorities may be either specific, such as the authority in the *Canada Elections Act* for the posting of electors' names and addresses for public inspection, or broad, such as the authority in the *Unemployment Insurance Act* for disclosure of information as the Minister deems advisable. Where personal information has been disclosed under a broad statutory authority, the description of the relevant personal information bank should be amended to include:

- a. a reference to the statutory authority and/or regulation governing disclosure;
- b. a description of the type of information disclosed;
- c. the purpose of the disclosure;
- d. who has received the information; and
- e. any conditions respecting the use of the information.

Departments are reminded that, when developing legislation or regulations with privacy implications, consultation with the Office of the Privacy Commissioner must take place prior to submission of the appropriate documentation for approval by the Governor-in-Council or, where applicable, prior to the approval of ministerial regulations.

6.3 Subpoenas, warrants, court orders and rules of court

Paragraph 8(2)(c) provides that personal information may be disclosed for the purpose of complying with a subpoena or warrant issued or order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information or for the purpose of complying with rules of court relating to the production of information. The person or body other than a court may include quasi-judicial bodies and commissions of inquiry.

Normally, government institutions will wish to comply with a subpoena or warrant. There are instances, however, when this will not be the case and, indeed, where it would not be proper to disclose the particular personal information involved. Government institutions should consult with their legal advisor when a subpoena or warrant is received, to ensure the validity of the subpoena or warrant and to determine the proper form of compliance. When responding to a subpoena, government institutions should supply only that information which is the subject of the subpoena, and should normally produce copies of the required records, unless the subpoena stipulates otherwise. When these copies do not become part of the court's records, the government institution should request their return, either for proper disposal or reintegration into its filing system.

6.4 Attorney General for use in legal proceedings

Paragraph 8(2)(d) provides that personal information may be disclosed to the Attorney General of Canada for use in legal proceedings involving the Crown in right of Canada or the Government of Canada. This covers those circumstances where personal information is required by the Attorney General in order to conduct a case before the courts or a quasi-judicial body in which the Government of Canada or the Crown in right of Canada is a party or is implicated.

6.5 Federal investigative bodies

Paragraph 8(2)(e) provides that personal information may be disclosed to an investigative body specified in the regulations on the written request of the body for the purpose of enforcing any law of Canada or any province or carrying out a lawful investigation. The request must specify the purpose and describe the information to be disclosed.

This provision does not grant investigative bodies a right of access to personal information. It leaves the disclosure decision to the discretion of the institution once the relevant criteria have been satisfied. Disclosure under this provision is strictly limited to those federal investigative bodies named in the Regulations (Schedule II). The policy requires that the authority to disclose information under this provision be restricted to senior officials. Personal information may only be disclosed under paragraph 8(2)(e) pursuant to a written request which may be made on the form entitled *Request for Disclosure to Federal Investigative Bodies* [TBC 350-56 (83/2); see an example in Chapter 3-5] or on letterhead, but must include the following:

- a. the name of the investigative body;
- b. the name of the individual who is the subject of the request, or some other personal identifier;
- c. a description of the requested information;
- d. the section of the federal or provincial statute under which the investigative activity is being undertaken; and
- e. the name, title and signature of the requesting member of the investigative body.

The institution receiving the request for disclosure must indicate clearly on the request whether it has been accepted or refused; the date of receipt; the personal information banks in which the disclosed information is held; the name, title and signature of the official who authorized the response; and the name of the institution. This document then becomes a record of disclosure. A separate personal information bank must be maintained for all records of disclosures to federal investigative bodies, including copies of the information disclosed in response to the requests. As prescribed by subsection 8(4) of the *Privacy Act* and section 7 of the *Privacy Regulations*, information contained in this bank must be retained for a minimum of two years, and must be made available to the Privacy Commissioner on request. It is recognized that although individuals may request access to information about themselves which may be held in such banks, much of the information will likely qualify for exemption from access under section 22 of the *Privacy Act*. In accordance with the privacy policy, the institution must consult with the investigative body which requested the information prior to responding to any such requests for access.

Due to the potential impact a disclosure under paragraph 8(2)(e) may have on personal privacy, institutions should develop internal directives governing the disclosure of personal information pursuant to a request under that paragraph of the *Privacy Act*. These internal directives should distinguish the various types of personal information (e.g. non-sensitive

biographical data versus sensitive medical information) and establish guidelines governing the circumstances for disclosure of personal information to federal investigative bodies. Special attention should be paid to situations where personal information was collected under an express promise of confidentiality. **Institutions should disclose this type of personal information only in exceptional circumstances, where the need for disclosure clearly outweighs the undertaking of confidentiality.**

Subsection 9(2) provides that the requirement for a record of disclosures contained in subsection 9(1) does not apply to information disclosed under paragraph 8(2)(e).

6.6 Provinces, foreign states and international bodies

Paragraph 8(2)(f) provides that personal information may be disclosed under an agreement or arrangement between the Government of Canada or an institution thereof and the government of a province; the government of a foreign state; an international organization of states or an international organization established by the governments of states; or any institution of any such government or organization, for the purpose of administering or enforcing any law or carrying out a lawful investigation.

This provision accommodates practices whereby personal information is exchanged between federal police, security and investigative bodies and their counterparts, both domestically and internationally. Such disclosures aid in effective law enforcement and investigative activities and are necessary to the functioning of federal law enforcement agencies. This permits federal government institutions to disclose personal information to provincial or foreign governments or international organizations for the purpose of administering a statute as well as for the purpose of law enforcement. Examples of this type of disclosure include the federal-provincial exchange of information related to social assistance and the international exchange of information required to administer veterans' benefits. Institutions entering into such agreements should refer to section A.12 of the Security Volume.

Disclosures under this provision are to be made in accordance with a formal, written agreement or arrangement. As required by the privacy policy, these agreements or arrangements must, at a minimum, contain the components listed in Chapter 3-5.

The privacy policy also requires that all federal government institutions involved in the disclosure of personal information by agreement or arrangement indicate in the appropriate entries in *Info Source* the various agencies or types of agencies with which the information is shared (e.g. provincial social assistance agencies, international law enforcement agencies, etc.).

All institutions involved in the disclosure of personal information to provincial or foreign governments or international organizations must, in accordance with subsection 9(1) and (3) of the Act, make provision for the filing and retention of a copy of all records pertaining to any disclosure made under such agreements or arrangements which are not included in the appropriate entries in *Info Source*.

6.7 Members of Parliament

Paragraph 8(2)(g) provides that personal information may be disclosed to a member of Parliament for the purpose of assisting the individual to whom the information relates in resolving a problem. The term "member of Parliament" includes both members of the House of Commons and the Senate. This provision is intended for use when a constituent has asked their M.P. for assistance, but may not have specifically provided consent for release of their personal information.

In situations where the personal information is of an extremely sensitive nature (e.g. a medical record), the institution may ask the member to submit a request for the information in writing. Where the member is acting on behalf of an agent for the individual, the institution may also seek the member's assistance in verifying that the agent is authorized to act on behalf of the individual.

In exceptional circumstances the government institution may choose to disclose to the member information that would be exempted from disclosure to the individual, in order to assist the member in understanding the circumstances surrounding the problem involving the individual. In such cases the member must first agree not to disclose the additional information to the individual without the permission of the head of the government institution.

Once Parliament has been dissolved prior to an election and until a new M.P. is sworn in, or once an M.P. has resigned, this provision may not be applied. At such times the personal information of an individual who has sought the assistance of a former M.P. may be provided to the former M.P. only with the express consent of the individual.

6.8 Audit purposes

Paragraph 8(2)(h) provides that personal information may be disclosed to officers or employees of the institution for internal audit purposes, or to the Office of the Comptroller General or any other person or body specified in the regulations for audit purposes.

No other persons or bodies were identified for inclusion in the *Privacy Regulations*. The Auditor General of Canada is not mentioned in this paragraph because disclosure to the Auditor General or a member of his or her office is specifically authorized under the *Auditor*

General Act, therefore disclosure would be permissible under paragraph 8(2)(b).

Audit purposes include the conducting of an independent review and appraisal of the management practices and controls and of the financial accountability of particular operations and programs. Personal information may be disclosed pursuant to this provision for audit purposes only and not as part of any decision-making process concerning the individual to whom the information relates.

6.9 Archival purposes

Paragraph 8(2)(i) provides that personal information may be disclosed to the National Archives of Canada for archival purposes.

Disclosure for archival purposes includes not only the actual transfer of personal information to the control of the National Archives for archival and historical purposes, but also the examination by staff of the National Archives of personal information within government institutions in order to determine whether or not that information qualifies as an archival record and to establish appropriate retention and disposal standards for that information.

Subsection 8(3) provides for disclosure of personal information by the National Archives for research or statistical purposes. This provision is further discussed in 6.14.

6.10 Research or statistical purposes

Paragraph 8(2)(j) provides that personal information may be disclosed to any person or body for research or statistical purposes when the head of the government institution:

- a. is satisfied that the purpose for which the information is disclosed cannot reasonably be accomplished unless the information is provided in a form that would identify the individuals to whom it relates; and
- b. obtains from the person or body a written undertaking that no subsequent disclosure of the information will be made in a form that could reasonably be expected to identify the individual to whom it relates.

The *Research Application and Undertaking Form* which is described in Chapter 3-5 may be used to allow continued research and statistical analysis involving personal data, especially in medicine and the social sciences, while making researchers, statisticians and research or statistical bodies formally accountable for the protection of individual privacy when they are allowed to have access to such information.

When considering the use of this provision in relation to older information, reference should also be made to subsection 8(3) of the *Privacy Act*. This subsection relates to disclosure by the National Archives for research or statistical purposes, under certain conditions, of personal information that has been transferred to it for historical and archival purposes.

If a researcher or statistician to whom information has been provided under this section wishes to release it in a personally identifiable form, he or she must obtain the permission of the head of the government institution which provided the information. Permission to disclose the information may be given on the basis of a public interest, as provided in subparagraph 8(2)(m)(i), or if consent is obtained from the subject individuals.

In accordance with the privacy policy, government institutions must ensure that research privileges are immediately withdrawn from any person or body found to be improperly disclosing personal information or individually identifiable information obtained or produced as a result of a disclosure under this subsection. In such cases institutions must also ensure that immediate steps are taken to prevent further disclosure of the information. They should also consult their legal advisor.

When considering the discretion to disclose personal information under the research or statistical purposes provision, government institutions should take into account the sensitivity of the information and other factors set out in the invasion-of-privacy test (included in 6.13).

6.11 Native claims research

Paragraph 8(2)(k) provides that personal information may be disclosed to any association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of any of these groups, for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada.

This permits the disclosure of personal information to researchers involved in the process of settling native claims. The term "aboriginal people" is intended to have the same meaning as in the Canadian Charter of Rights. Such information would be primarily contained in the records of the Department of Indian and Northern Affairs but may be found in any government institution. Personal information may be disclosed to an individual acting on behalf of an association of aboriginal people, Indian band or government institution upon presentation of a letter from any such group accrediting him or her as undertaking work researching or validating native claims on its behalf. Individuals accredited to undertake such research or validation but not employed by a government institution should fill out the *Research Application and Undertaking Form* mentioned in relation to the previous paragraph, and comply with its requirements.

In exercising discretion to disclose personal information under the native claim research provision, government institutions should take into account the sensitivity of the information and other factors set out in the invasion-of-privacy test.

6.12 Payment of a benefit and collection of a debt

Paragraph 8(2)(l) provides that personal information may be disclosed to any government institution for the purpose of locating an individual in order to collect a debt owing to Her Majesty in right of Canada by that individual or to make a payment owing to that individual by Her Majesty in right of Canada.

This provision facilitates the task of locating individuals for the purpose of collecting Crown debts or paying government benefits. This provision does not permit the disclosure of information for the purpose of determining whether a debt is owed, nor does it permit disclosure of any more information than is necessary to locate the individual. Government institutions will normally release the appropriate information to other institutions for the purpose of locating individuals owing Crown debts unless specifically prohibited from doing so. This provision does not override statutory prohibitions against the release of information, such as are contained in the *Income Tax Act*. In the case of payments owing to an individual, the intention is to expedite the payment of income tax refunds or other government cheques.

Government institutions requesting personal information under this paragraph should clearly specify the debt owing or the benefit which will be paid. The government institution which has been asked to disclose the information should consider the alternative of forwarding the cheque on behalf of the requesting institution, thereby eliminating the need for a disclosure.

6.13 Public interest

Paragraph 8(2)(m) provides that personal information may be disclosed for any purpose where, in the opinion of the head of an institution, (i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or (ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

Sub-paragraph 8(2)(m)(i)

This provision is designed to deal with disclosure of personal information in situations which either cannot be readily foreseen or which are so specialized that they cannot be suitably covered in specific terms elsewhere in subsection 8(2). It is emphasized that this provision does not imply any right of access to personal information; rather, it only permits disclosure at the discretion of the head of the institution where the appropriate conditions

are met. Furthermore, the provision is only a supplement to, and not a replacement for, paragraphs (a) to (l) of subsection 8(2). In any case, this sub-paragraph must be used with a good deal of restraint. Information should only be disclosed under this provision when it is apparent that there is a clear public interest in disclosure but no other release category under subsection 8(2) is applicable.

Subsection 8(5) requires that the Privacy Commissioner be informed of disclosures made under this provision. The Privacy Commissioner may, subject to the requirement not to disclose information for which an exemption has been claimed, decide to notify the individual concerned, or to initiate a complaint under subsections 29(1) and 29(3) or an investigation under section 37 of the Act.

In accordance with the privacy policy, the decision whether or not to disclose information under this provision must balance the public interest in disclosure against the threat to an individual's privacy. This balancing should be based on an invasion-of-privacy test which weighs the expectations of the individual, the nature of the particular personal information involved and the possible consequences of disclosure for the individual against the public interest in disclosure. This last item may be assessed in terms of the benefit to only a small number of people or to the public as a whole. There is no easy guide by which to determine whether or not a specific disclosure is in the public interest. The criteria must cover unique, one-time cases, as well as similar, recurring releases affecting a number of individuals. There are obvious emergency situations where the circumstances are urgent and unambiguous, the public interest in disclosure is clear and the threat to privacy is very slight. There are situations, too, where either because of the type of information involved or the passage of time, there is little, if any, threat to an individual's privacy. In most situations, however, the public interest in disclosure is less immediately apparent. The invasion-of-privacy test is then more crucial in deciding exactly which types of information may be released.

Basis of the invasion-of-privacy test

There are three interrelated factors which should be taken into account in any invasion-of-privacy test. They are:

- a. ***Expectations of the individual*** The conditions which governed the collection of the personal information and the expectations of the individual to whom it relates are important criteria in any test. Was the information compiled or obtained under guarantees which preclude some or all types of disclosures? Or, on the other hand, can the information be considered to have been unsolicited or given freely or voluntarily with little expectation of it being maintained in total confidence? Has the individual himself or herself made a version of the information generally available to the public and thus waived the right to privacy in these circumstances?
- b. ***Sensitivity of the information*** It should be determined what type of information is involved in the request for a public interest disclosure. Is it obviously of a highly

sensitive personal nature or does it appear to be fairly innocuous information? Is the information very current and for that reason more sensitive, or has the passage of time possibly reduced that sensitivity so that disclosure under specific circumstances would lead to no measurable injury to the individual's privacy? On the other hand, could disclosure of the information after a passage of time simply re-open old wounds?

- c. **Probability of injury** If the information is considered sensitive, can it be surmised that the particular disclosure carries with it the probability of causing measurable injury? Injury should be interpreted as any harm or embarrassment which will have direct negative effects on an individual's career, reputation, financial position, safety, health or well-being. As well, the head of an institution must consider if a disclosure of personal information will make that information available for a decision-making process by a government institution beyond that for which it is being disclosed.

Institutions may also have other factors unique to their own situations which should be added to an invasion-of-privacy test. For this reason, institutions are encouraged to develop guidelines on the application of the invasion-of-privacy test within their institution.

It is important to remember that public curiosity does not equate with public interest. The public interest to be balanced against the possible invasion of privacy can be evaluated on the basis of whether it is specific, current and probable (similar to the injury test described in 2.1.1 of Chapter 2-9). Where there is a possible invasion of privacy balanced against a public interest, consideration may be given to who would be receiving the information and whether any controls can be placed on further use or release.

Examples of situations in which there could be a public interest which outweighs the potential invasion of privacy in disclosure as outlined in sub-paragraph 8(2)(m)(i) include:

- a. health or medical emergencies, accidents, natural disasters or hostile or terrorist acts where one or more individual's lives and well-being depend on disclosure;
- b. disclosure of information to carry out an order of the court (e.g. enforcement of a custody order); and
- c. disclosure of information to either substantiate or correct a statement made publicly by the individual concerned. In these circumstances the individual would first have made public the information being substantiated or corrected.

Application to individuals who are deceased

Sub-paragraph 8(2)(m)(i) may be considered in relation to a request for disclosure of information relating to an individual who has been dead less than twenty years. Often there is a diminution of privacy concerns with the passage of time and such information can be disclosed. The head of the institution should weigh the sensitivity of the information against the public interest in disclosure to determine if an unwarranted invasion of privacy would occur if the information was released. Important factors to consider are:

- a. whether disclosure may cause financial injury to the immediate family of the deceased;
- b. whether disclosure may endanger the physical well-being of any of the family of the deceased;
- c. whether the head of the institution has any reason to believe that an immediate family member or ex-spouse does not want the information released;
- d. whether the information contains medical, psychological or social work case reports or data which it is reasonable to believe would prove harmful to familial relationships;
- e. whether the deceased had expressed or implied any wishes with regard to the information;
- f. whether disclosure may harm the reputation of the deceased (who cannot defend himself or herself).

Sub-paragraph 8(2)(m)(ii)

This provision gives discretion to the head of an institution to ensure that personal information is not withheld from disclosure where the individual could clearly benefit from its release. The test in such circumstances is satisfied if the individual considers the release of the information of benefit to himself or herself. Some examples of situations where personal information may be released on the grounds of "benefit to the individual" are:

- a. disclosure to a doctor or hospital of an individual's blood type in an emergency when a transfusion is needed;
- b. disclosure to an airline of information to locate passengers' next of kin where an accident has occurred or to locate passengers when, for example, they have been exposed to food poisoning on a flight;
- c. disclosure of information to assist in determining the owner of lost or stolen property;
- d. notification of next of kin in case of an accident or disaster; and
- e. disclosure of information about an individual to immediate family members or an authorized representative of the individual such as a lawyer, under compassionate circumstances (e.g. information as to whether or not an individual has been arrested in another country).

Notification of Privacy Commissioner

Subsection 8(5) of the *Privacy Act* provides that the head of a government institution must notify the Privacy Commissioner of any disclosure of personal information under paragraph 8(2)(m) either prior to the disclosure or, if this is not practicable, at the time of disclosure. The Privacy Commissioner has discretion to notify the individual to whom the information relates of the disclosure if he deems such notification to be appropriate.

The provision acts as a check on unreasonable use of paragraph 8(2)(m). When notified of an intention to disclose, the Privacy Commissioner may decide to intervene and recommend against disclosure.

Notification of an individual by the Privacy Commissioner is, however, subject to the requirements of section 64 of the *Privacy Act*. This provision places the Privacy Commissioner under a duty not to disclose any information that is exempt under either the *Access to Information Act* or *Privacy Act* or any information which could confirm the existence of personal information where the head of a government institution, in refusing to disclose the information to the subject individual, has not indicated whether it exists.

Notification of the Privacy Commissioner under subsection 8(5) should include:

- a. the name and last known address(es) of the individual(s) involved;
- b. copies of the information and/or a description of the information being disclosed;
- c. the purpose of the disclosure and a statement as to why the public interest overrides privacy concerns in this instance, or how the disclosure would clearly benefit the individual; and
- d. the name and signature of the person authorizing the disclosure.

Delegation of 8(2)(m) authority

It is recommended that the authority to disclose personal information under paragraph 8(2)(m) be either retained by the head of the institution or delegated only to the most senior officials of the institution.

6.14 Disclosure by the National Archives

Subsection 8(3) of the *Privacy Act* provides that, subject to any other Act of Parliament, personal information that has been transferred to the control of the National Archives by a government institution for archival or historical purposes may be disclosed, in accordance with the regulations, to any person or body for research or statistical purposes.

Section 6 of the *Privacy Regulations* sets out the conditions for disclosure of archival or historical personal information for research or statistical purposes. Such information may be disclosed for these purposes where:

- a. the information is of such a nature that disclosure would not constitute an unwarranted invasion of privacy of the individual to whom the information pertains;
- b. the disclosure is in accordance with paragraphs 8(2)(j) or (k) of the Act;
- c. one hundred and ten years have elapsed following the birth of the subject individual; or
- d. in cases where the information was obtained through the taking of a census or survey, ninety-two years have elapsed following the taking of the census or survey

containing the information.

This provision permits the disclosure of personal information in certain circumstances for research of an historical nature. It is similar to paragraph 8(2)(j), disclosure for research or statistical purposes, but this latter clause was thought too restrictive in regard to historical research to be conducted at the National Archives. The National Archives is, therefore, permitted to make personal information which it has collected for archival or historical purposes available for research or statistical purposes under the specific conditions set out in the *Privacy Regulations*. It should be noted that:

- a. subsection 8(3) does not create a right of access for third parties to personal information transferred to the National Archives for archival or historical purposes. Rather it permits that institution discretion to disclose such information under particular conditions to serve specific research or statistical purposes; and
- b. while paragraphs 8(2)(j) and (k) of the *Privacy Act* are mentioned specifically in section 6 of the *Privacy Regulations* as providing for permissive disclosures by the National Archives, all other provisions in section 8 of the Act apply equally to the National Archives. The National Archives is governed by the policy on *Privacy and Data Protection* and these guidelines.

Subsection 8(3) of the *Privacy Act* is subject to any other Act of Parliament. This means that where a federal statute forbids the disclosure of personal information (e.g. the *Income Tax Act*), it cannot be disclosed by the National Archives. The regulation prescribing the circumstances under which personal information of an archival or historical nature may be disclosed is based on a determination that disclosure of the information would not constitute an unwarranted invasion of the privacy of the subject individual. For example, sensitive medical, personnel or law enforcement records could contain information which, if disclosed, could constitute an unwarranted invasion of privacy. For additional guidance on this topic, see the invasion-of-privacy test in 6.13.

Since the National Archives assumes control over the personal information transferred to it for historical or archival purposes, discretion to determine those types of information the disclosure of which would not constitute an unwarranted invasion of privacy is given to the head of that institution. The National Archives should have publicly available guidelines on how such determinations are made (based on the invasion-of-privacy test), and the authority to make such determinations should be limited to senior officials of the National Archives. When a government institution is transferring personal information for archival or historical purposes, the National Archives should consult that organization for advice on records containing information which, if disclosed, could constitute an unwarranted invasion of privacy.

Disclosures under subsection 8(3) are subject to compliance review by the Privacy Commissioner under subsection 37(1) of the Act.

6.15 Information publicly available

Subsection 69(2) of the *Privacy Act* provides that the use and disclosure code contained in sections 7 and 8 of the Act does not apply to personal information which is publicly available.

This provision applies to information which has been published in any form or which constitutes or is part of a public record obtainable from another source. This provision is intended to cover situations where a government institution wishes to obtain information which is in the public domain from another government institution. For example, since Communications Canada allows public access to information concerning amateur radio operators, another government institution seeking that information would not be required to obtain the consent of the subject individuals for use of the information available to the public.

Although personal information which is publicly available is not protected by sections 7 and 8 of the Act, such information is still subject to all the remaining provisions of the Act. It must, therefore, be processed in response to a request by the subject individual under section 12.

7. Mailing lists and enclosures

Any individual's name and his or her home, business or mailing address or telephone number fall within the definition of personal information contained in paragraph 3(d) of the *Privacy Act*, and are therefore protected from improper use or disclosure. There are exceptions to this protection in the following paragraphs: regarding the business addresses and telephone numbers of public servants, 3(j); regarding the names and business addresses of contractors performing services for the federal government, 3(k); regarding information about an individual who has been dead for more than twenty years, 3(m); and regarding information that is publicly available, 69(2). Addresses of companies that do not include the names of individuals are not considered to be personal information.

Names and addresses that fall within the definition of personal information may not be disclosed or used for mailing list purposes unless:

- the addresses were collected for that purpose and the subject individuals were so informed;
- the individuals have consented to having this information on the mailing list;
- the use or disclosure of the information for mailing list purposes is authorized by an Act of Parliament or a regulation, as provided for in paragraph 8(2)(b) of the Act; or
- the use or disclosure may be justified under section 7 or one of the paragraphs of subsection 8(2) of the *Privacy Act*; notably paragraph 8(2)(a), Consistent Use, or sub-paragraphs 8(2)(m)(i), Public Interest, or 8(2)(m)(ii), Individual Benefit. It is government policy that these authorities for the use or disclosure of mailing lists will

be used in exceptional circumstances only.

7.1 Enclosures

In circumstances where a cheque or information distribution system already exists within a particular program, there may be requests to enclose additional informational materials. Such enclosures do not usually require any disclosure of personal information, however consideration must be given to whether the proposed use of personal information would be in conformity with the provisions of the *Privacy Act*.

Information may only be included with regular program mailings when:

- the information to be enclosed is related to the program in such a manner as to qualify the enclosure as a consistent use under subsection 7(a);
- the distribution of the information with the regular mailing is authorized by an Act of Parliament or a regulation [under paragraph 8(2)(b)]; or
- the distribution of the information in this manner is justified under sub-paragraphs 8(2)(m)(i), Public Interest, or 8(2)(m)(ii), Individual Benefit. Paragraph 8(2)(m) should only be used where no other authorized disclosure provision under subsection 8(2) applies. Use of sub-paragraph 8(2)(m)(i) requires that the public interest clearly outweigh any possible invasion of privacy. The use of sub-paragraph 8(2)(m)(ii) requires that all of the individuals clearly benefit from the provision of the insert.

Disclosure of a mailing list should only be considered under exceptional circumstances, as this is the least desirable means of distributing information. Where the criteria for an enclosure have been satisfied, it is preferable to distribute the information with a regular program mailing than to initiate a separate mail-out just for the additional information. The best course of action would be to obtain consent from all of the recipients for the use of their information.

Departments that have mailing lists should consider developing assessment criteria and procedures for use in responding to requests for mailing lists or information enclosures. Departments should ensure that their personal information bank descriptions in *Info Source* identify all mailing list and enclosure activities related to their banks. Records of uses or disclosures not described in *Info Source* must be retained in accordance with subsection 9(1).

How a mailing list is used and whether an enclosure will accompany a government mail-out is decided by the department responsible for the mailing list. A department approving a consistent use of a mailing list or an enclosure would have to satisfy the requirements of subsection 9(4), while a department disclosing personal information under paragraph 8(2)(m) must satisfy the requirements of subsection 8(5).

8. Use of the Social Insurance Number

In its response to the parliamentary review of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, the government committed itself to examining the use of the Social Insurance Number (SIN) within the government and putting limits on its use by the federal government. A policy on Data Matching and Control of the Social Insurance Number was issued in 1989, and has been incorporated into the current policy on Privacy and Data Protection. As required by the policy, government institutions must limit their uses of the SIN for administrative purposes to those authorized by statute or regulation and for administering pensions, income tax, health and social programs (as listed in Chapter 3-4).

In addition, government institutions must not withhold any right, benefit or privilege nor impose any penalty by reason of an individual's refusal to disclose the SIN to a government institution except for the purposes set out in Chapter 3-4 or as otherwise authorized by Parliament.

As a consequence, any institutions wishing to initiate a new use of the SIN would need to have the authorization for use of the SIN included in their legislation.

9. Data-Matching

Data-matching is defined as the comparison of personal data obtained from different sources, including personal information banks, for the purpose of making decisions about the individuals to whom the data pertains. Data-matching is therefore a specialized activity involving the collection, use and disclosure of personal information. Included in the definition of data-matching is data linkage, also known as data profiling.

In accordance with the privacy policy, prior to initiating a data-matching program, government institutions must assess the feasibility of the proposed match, analysing the potential impact on the privacy of individuals and the costs and benefits of the data-matching program.

The privacy policy also requires that:

- Government institutions notify the Privacy Commissioner of a new matching program by providing him or her with a copy of their assessment of the program at least 60 days before the matching program is to begin.
- A data-matching program be approved only by the head of the government institution or an official specifically delegated this authority by the head.
- Government institutions subject information generated by a matching program to verification with original or additional authoritative sources before that information is used for an administrative purpose.

Chapter 2-5 provides further guidance on procedures for initiating data-matching programs.

10. Accounting for use and disclosure

of personal information

10.1 General principles

The Use and Disclosure Code dealt with in section 1 is based on the principle that the right of an individual to privacy includes the right to control the use which is made of their personal information and, when exceptions to this principle exist, to know what use can be made of the information. Section 9, sub-paragraph 11(1)(a)(iv) and subsection 11(2) of the *Privacy Act* ensure that all uses and disclosures of personal information contained in personal information banks are recorded, accounted for and, where appropriate, described in an index of personal information (*Info Source*) so that an individual can determine what specific uses and disclosures of their personal information may occur.

10.2 Statement of purposes

Sub-paragraph 11(1)(a)(iv) of the *Privacy Act* provides that the Designated Minister shall cause to be published a statement of the purposes for which personal information in the bank was obtained or compiled and a statement of the uses which are consistent with such purposes for which the information is used and disclosed. This information must be published on a periodic basis not less frequently than once each year, as part of the index of personal information (*Info Source*).

This requirement to publish a statement of uses and a statement of consistent uses is the basis of accounting for use and disclosure of personal information which underlies the Use and Disclosure Code set out in sections 7 and 8 of the Act. This is the primary means by which the government notifies the public of how it uses the personal information under its control. In order to ensure the completeness of this notification process, government institutions are required to provide to the Designated Minister comprehensive statements of all of the purposes for which personal information under their control was obtained or compiled and similar statements of consistent uses for which information in each personal information bank may be used or disclosed. These statements form part of the personal information bank identification and description process required by section 11 of the Act.

It is a requirement of the *Policy on Privacy and Data Protection* that, when the Social Insurance Number is included in any personal information bank, the government institution must so indicate in the description of the bank provided for *Info Source* and must cite the authority under which the number is collected and the purposes for which it is used. The policy also requires that government institutions account for all data-matching activities in *Info Source*.

10.3 Routine uses not included as primary or consistent uses

Subsection 11(2) provides that the Designated Minister may include in the index of personal information a statement of any of the routine uses of personal information which were not included in the statement of primary uses or consistent uses made pursuant to sub-paragraph 11(1)(a)(iv).

This provision permits the Designated Minister to include in the personal information bank descriptions statements of routine uses of the personal information that do not fall within the categories of purpose of collection or consistent use. These would be disclosures of the information under subsection 8(2) of the Act which take place on a regular basis. (An example might be the provision under paragraph 8(2)(b) of family allowance information by National Health and Welfare to the Department of Indian and Northern Affairs to assist it in carrying out its programs.)

In accordance with subsection 9(1) of the Act (see 10.4 below), if no statement of a routine use is included in the information bank description in *Info Source*, the institution is required to record each such use on the individual's file. Including the statement of routine uses is, therefore, a far more efficient practice.

10.4 Retention of use and disclosure record

Subsection 9(1) of the *Privacy Act* provides that a government institution must retain a record of any use or disclosure of personal information contained in an information bank where the use or disclosure is not included in the statements published in the index of personal information (*Info Source*). In such cases, the institution shall attach the record of the use or disclosure to the personal information.

Subsection 9(3) of the Act provides that a record of use or disclosure described in subsection 9(1) shall be deemed to form part of the personal information to which it is attached.

The purpose of these two subsections is to ensure that any use made of personal information which is not listed in the *Info Source* can be traced by the individual to whom the information relates. By requiring that a record of such uses and disclosures be attached to and form a part of the personal information, it will be accessible with the information whenever a request for access is made, subject to any applicable exemptions. This provision also assists the Privacy Commissioner in reviewing the use and disclosure of personal information.

A record of use or disclosure pursuant to subsection 9(1) of the *Privacy Act* should include (i) the name and title of the person authorizing the use or disclosure; (ii) the name of the institution, person, organization or body receiving the information; (iii) a description of the use or purpose of disclosure; and (iv) a copy of the information disclosed, or a description in sufficient detail to allow a determination of exactly what information was used or disclosed.

Subsection 9(2) provides that subsection 9(1) does not apply in respect of disclosures under paragraph 8(2)(e). The requirement for recording these disclosures is contained in subsection 8(4) and is discussed in the section of the guidelines concerning disclosures under 8(2)(e) (see 6.5).

As for all personal information, records of disclosure must be retained for a minimum period of two years following the use or disclosure.

10.5 Consistent uses not previously accounted for

Subsection 9(4) of the *Privacy Act* provides that where personal information in a personal information bank is used or disclosed for a use consistent with the purpose for which the information was obtained or compiled, but the use is not included in the statement of consistent uses published in the index of personal information pursuant to sub-paragraph 11(1)(a)(iv), the head of a government institution shall:

- a. forthwith notify the Privacy Commissioner of the use for which the information was used or disclosed; and
- b. ensure that the use is included in the statement of consistent uses published in *Info Source*.

This provision is intended to deal with those exceptional circumstances where it is necessary for institutions to use or disclose personal information for a purpose which, while consistent with the purpose for which it was obtained or compiled, was not anticipated, and is therefore not reflected in *Info Source*. It permits the use or disclosure under paragraphs 7(a) or 8(2)(a) only where the Privacy Commissioner is immediately notified. Institutions are also required to amend the personal information bank description to include the new use. This amendment should be submitted to the Designated Minister for inclusion in *Info Source*.

11. Protection of personal information

In conformity with the Government Security Policy, institutions are responsible for designating personal information, as defined in section 3 of the *Privacy Act* (A.5.6(c) of the Security Manual). Institutions are also required to identify particularly sensitive personal

information and apply the appropriate security measures based on a threat and risk assessment. Such an assessment may be based on the invasion-of-privacy test found in 6.13 of this chapter.

Date Modified:

1993-12-01

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 94

Tuesday, June 8, 1982

Chairman: Mr. Jean-Guy Dubois

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 94

Le mardi 8 juin 1982

Président: M. Jean-Guy Dubois

*Minutes of Proceedings and Evidence
of the Standing Committee on**Procès-verbaux et témoignages
du Comité permanent de la*

Justice and Legal Affairs

Justice et des questions juridiques

RESPECTING:

Bill C-43, An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof

and

Order of Reference respecting soliciting for the purpose of prostitution

INCLUDING:

The Fifth Report to the House
(Bill C-43—Access to Information)

CONCERNANT:

Bill C-43, Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois

et

Ordre de renvoi concernant la sollicitation à des fins de prostitution

Y COMPRIS:

Le cinquième rapport à la Chambre
(Bill C-43—Accès à l'information)

APPEARING:

Re: Bill C-43 (Access to Information)

The Honourable Francis Fox,
Minister of Communications

WITNESSES:

(See back cover)

COMPARAÎT:

Re: Bill C-43 (Accès à l'information)

L'honorable Francis Fox,
Ministre des Communications

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

First Session of the
Thirty-second Parliament, 1980-81-82

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982

[Texte]

* 2205

I do not know whether this is one of the areas in which the minister or the Solicitor General saw the second opinion from Liberal lawyers, but certainly I would be most interested to know what the minister's response is to that very serious criticism of the bill; and secondly, to the suggestion made by the McDonald commission, and I am quoting from the commission now:

The RCMP security service and the criminal investigations side of the force

—in other words, both sides of the force,

have now been denied under Part IV of the Canadian Human Rights Act access to virtually all personal information

I note parenthetically, legal access,

possessed by other federal government institutions.

Mr. Chairman, does the minister accept that particular characterization of the present degree of access? What is the minister's response to this very damning criticism by the McDonald commission of Clause 8 of the proposed Privacy Act?

Mr. Lachance: May I point out right here something that links with Mr. Robinson's point about this problem of access to different categories of personal information? I would like to know from the minister, how does he justify... and now I jump to Clause 68 of the bill, which provides blanket exclusion from the application of the bill for the application of Clauses 7 and 8 for all personal information that is publicly available. How does he define "publicly available"?

Mr. Fox: Simply because it does not seem to make any sense that we are going to restrict access, or have a quota for access to information that is publicly available.

Mr. Lachance: How would you define "publicly available", Mr. Minister?

Mr. Fox: The definition would be information—that is really, I suppose, somewhat circuitous—which is easily available or readily available.

Mr. Lachance: I am taking time from Mr. Robinson, but an example; for instance, what happened to this history of employment? Now, that is in a sense publicly available if you peddle it from one employee to the other and you try to follow the route of the employment of a person.

Mr. Fox: I do not think that is publicly available. If you talk about newspaper clippings, magazine clippings, court register or that type of information, it is information that would fall within that type of definition.

[Traduction]

faudrait qu'elle soit soumise à un système d'examen et de contrôle très rigoureux.

Je ne saurais dire si c'est une question pour laquelle le ministre ou le Solliciteur général ont demandé confirmation aux avocats du parti libéral, mais pour ma part je voudrais savoir ce que le ministre a à répondre à cette critique très sérieuse à l'endroit du projet de loi; deuxièmement, je voudrais également qu'il me fasse part de son avis sur les recommandations de la Commission McDonald et je cite de nouveau:

Les services de sécurité de la Gendarmerie royale et les services d'enquêtes criminelles

en d'autres termes, les deux services d'enquête de la Gendarmerie royale

ne peuvent plus en vertu de la partie IV de la Déclaration canadienne des droits, avoir accès aux renseignements personnels.

Entre parenthèses, il s'agit d'un accès juridique.

renseignements que pourraient avoir d'autres institutions du gouvernement fédéral.

Monsieur le président, le ministre accepte-t-il la description qui vient d'être faite de l'accès à l'information publique? Qu'a-t-il à répondre à la critique formulée par la Commission McDonald au sujet de l'article 8 du projet de loi sur la protection des renseignements personnels?

M. Lachance: Permettez-moi d'ajouter quelque chose qui se rattache à ce que M. Robinson a dit au sujet de l'accès à différentes catégories de renseignements personnels? Je voudrais que le ministre me dise comment il justifie... et je passe maintenant à l'article 68 du projet de loi qui exempte en règle générale de l'application du projet de loi, pour rendre possible l'application des articles 7 et 8, tous les renseignements personnels du domaine public. Je voudrais savoir ce qu'il entend par «du domaine public»?

M. Fox: Tout simplement parce qu'il serait bête que nous restreignions l'accès ou imposions des limites sur certains renseignements du domaine public.

M. Lachance: Comment définiriez-vous «du domaine public», monsieur le ministre?

M. Fox: Eh bien, il s'agirait de renseignements qu'il est possible, à mon avis, d'obtenir très facilement.

M. Lachance: Je suis en train d'empiéter sur le temps de M. Robinson mais prenons un exemple. Prenons par exemple les divers emplois qu'a pu avoir un employé. Dans un sens, il s'agit de renseignements du domaine public. En effet, ces renseignements peuvent être communiqués entre les différents employés et l'on peut ainsi retracer la carrière d'un individu.

M. Fox: Je ne crois pas que ce soit du domaine public. Mais si vous parlez par exemple de coupures de journaux, de magazines, des délibérations des tribunaux, de ce type de

[Text]

Mr. Lachance: It is Mr. Robinson's time. I will come back.

Mr. Robinson (Burnaby): That is fine. Certainly I am sympathetic to Mr. Lachance's point.

Mr. Lachance: Thank you very much, Mr. Robinson.

Mr. Robinson (Burnaby): Perhaps the minister could respond to the, as I say, very damning criticisms by the McDonald commission of his act.

Mr. Fox: I suppose what we are saying is that, under the present scheme of things, we feel for law enforcement purposes that investigative bodies should have access to various types of information which are held in government information banks, in various departments. I suppose we would say that we would not agree with that part of the McDonald commission. I certainly would not agree with any recommendation to the effect that the RCMP should be completely closed off from access to information which is obviously useful and in some cases necessary for law enforcement purposes. I suppose I can think of the RCMP. I can think of the Parole Board or the Penitentiary Service, of National Revenue or a number of organizations. Surely, it should not be the purpose of this committee to want to restrict access to information that is necessary in the prosecution of offences. I think that if we went that way, we would not really be rendering much of a service to the people who are charged with the enforcement of such acts.

• 2210

Mr. Robinson (Burnaby): Mr. Chairman, of course we are not just dealing with the prosecution of offences as the minister knows, having had some experience with the RCMP; we are also dealing with the security service. We are not just dealing with criminal investigation.

The minister can surely indicate to this committee, and I think this will be the acid test, Mr. Chairman... The McDonald Commission said that at the present time, under Part IV of the Canadian Human Rights Act, the RCMP security service and the criminal investigation side of the force have now been denied access to virtually all personal information possessed by other federal government institutions. Is the minister prepared to give this committee an assurance that information to which the RCMP security service and the criminal investigation side are presently denied access will not be made available to them under the provisions of this bill?

Mr. Fox: Well, I think the bill speaks for itself, Mr. Robinson. If you are looking for this bill to establish a general framework for the RCMP security service, you know I—

Mr. Robinson (Burnaby): Mr. Chairman, let us not insult the intelligence of the committee by that kind of response. Is

[Translation]

renseignements, il s'agit de renseignements qui tombent sur le coup de cette définition.

M. Lachance: Étant donné que j'utilise le temps de M. Robinson, je reviendrai.

M. Robinson (Burnaby): Cela ne fait rien. Je comprends tout à fait ce que M. Lachance veut dire.

M. Lachance: Merci beaucoup, monsieur Robinson.

M. Robinson (Burnaby): Le ministre pourrait-il répondre comme je l'ai dit aux critiques acerbes de la Commission McDonald sur son projet de loi.

M. Fox: Vous voulez dire, je crois, que dans l'état actuel des choses, nous pensons que pour faire respecter la loi, les organismes chargés d'enquêter devraient avoir accès à différents types de renseignements consignés dans les banques de données du gouvernement auprès des différents ministères. Nous ne sommes pas d'accord avec les critiques de la Commission McDonald. Pour ma part, je ne peux être d'accord avec quelque recommandation que ce soit voulant que la Gendarmerie royale ne puisse avoir accès à certains renseignements qui, de toute évidence, pourraient s'avérer utiles dans certains cas pour faire respecter la loi. Je pense que je peux parler de la Gendarmerie royale. Je pense également à l'Office de libération conditionnelle ou au Service pénitencier, au ministère du Revenu ainsi qu'à d'autres organismes. De toute évidence, le Comité ne devrait pas vouloir restreindre l'accès aux renseignements nécessaires aux poursuites pour cause d'infraction. Si nous agissions de la sorte, eh bien, nous ne rendrions pas grand service aux responsables chargés de faire respecter les lois.

M. Robinson (Burnaby): Il est évident, monsieur le président, que nous ne parlons pas simplement ici de poursuites engagées à la suite d'infractions, et le ministre le sait fort bien puisqu'il connaît la GRC; il s'agit également des services de sécurité. Nous ne parlons pas simplement des enquêtes sur le plan criminel.

Le ministre pourrait sans nul doute nous dire, ce serait en quelque sorte le test de l'acide, monsieur le président... la commission McDonald a dit qu'à l'heure actuelle, sous le régime de la Partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne, les services de sécurité de la GRC et le service des enquêtes criminelles de ce corps policier s'étaient vu refuser l'accès à presque tous les dossiers personnels conservés par les autres organismes officiels. Le ministre est-il disposé à nous garantir que les renseignements qu'on refuse actuellement aux services de sécurité et à la division des enquêtes criminelles de la GRC continueront à leur être refusés en application des dispositions du projet de loi?

M. Fox: Le projet de loi est suffisamment éloquent, monsieur Robinson. Si vous l'envisagez comme un cadre général de référence pour les activités des services de sécurité de la GRC, vous savez fort bien...

M. Robinson (Burnaby): Monsieur le président, nous ne devrions pas permettre cette insulte à l'intelligence des mem-

Model Policy for Access to Court Records in Canada

Judges Technology Advisory Committee

Canadian Judicial Council

September 2005

Executive Summary

In May 2003, the Canadian Judicial Council released a discussion paper prepared by the Judges Technology Advisory Committee (JTAC) entitled “Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy,” which built upon an earlier report for the Administration of Justice Committee of the Council. This discussion paper assembled 33 conclusions including that the right of the public to open courts is an important constitutional rule, that the right of an individual to privacy is a fundamental value, and that the right to open courts generally outweighs the right to privacy. The discussion paper also concluded that the Canadian Judicial Council has a leadership role in initiating discussions and debate about the development of electronic access policies and that such policies be as consistent as possible throughout Canada. The Council then invited public comment on the many policy and logistical issues that were developed within the discussion paper so that it could move towards framing a model policy on electronic access.

The results of the public consultation regarding the discussion paper are available in the report prepared for JTAC entitled “Synthesis of the Comments on JTAC’s Discussion Paper on Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy.” This report summarizes the many responses received by JTAC, indicates where there is an emerging consensus on the issues, and develops a principled framework for the development of a model policy on access to court records. Such a policy must acknowledge two possibilities that arise from the move towards electronic access. The first is that the realization of the open courts principle may be significantly enhanced through the adoption of new information technologies. The second is the possibility that unrestricted electronic access might facilitate some uses of information that are not strongly connected to the underlying rationale for open courts and which might have a significant negative impact on values such as privacy, security, and the administration of justice. Given this, the proposed guiding principles for an access policy are:

- (a) The open courts principle is a fundamental constitutional principle and should be enabled through the use of new information technologies.
- (b) Restrictions on access to court records can only be justified where:

- i. Such restrictions are needed to address serious risks to individual privacy and security rights, or other important interests such as the proper administration of justice;
- ii. Such restrictions are carefully tailored so that the impact on the open courts principle is as minimal as possible; and
- iii. The benefits of the restrictions outweigh their negative effects on the open courts principle, taking into account the availability of this information through other means, the desirability of facilitating access for purposes strongly connected to the open courts principle, and the need to avoid facilitating access for purposes that are not connected to the open courts principle.

As a result of this preliminary work, as well as further research, the Canadian Judicial Council proposes the following “Model Policy for Access to Court Records in Canada.” Although there might be a number of different ways in which to draft a policy that is consistent with these guiding principles, the model proposed is the one that the Canadian Judicial Council considers to be the most consistent with the emerging national consensus on these questions, acknowledging that there remain a number of elements on which there is some disagreement. The Canadian Judicial Council hopes that this model policy can serve as a basis for the development of access policies in the courts of Canada. At the very least it is hoped that this model policy can serve to foster further national discussion on these issues.

In summary, this policy endorses the principle of openness and retains the existing presumption that all court records are available to the public at the courthouse. When technically feasible, the public is also entitled to remote access to judgments and most docket information. This policy does not endorse remote public access to all other court records, although individual courts may decide to provide remote public access to some categories of documents where the risks of misuse are low. In addition, users may enter into an access agreement with the court in order to get remote access to court records, including bulk access. Finally, this policy develops many of the further elements of an access policy, including provisions relating to the creation, storage and destruction of court records.

Table of contents

Introduction	v
1 General Provisions	1
1.1 Purpose	1
1.2 Scope and Application.....	2
1.2.1 <i>Persons Covered</i>	2
1.2.2 <i>Type of Proceeding</i>	2
1.2.3 <i>Form of Court Record</i>	2
1.2.4 <i>Other Applicable Laws</i>	3
1.3 Definitions	3
1.3.1 <i>Access</i>	3
1.3.2 <i>Case File</i>	4
1.3.3 <i>Court Records</i>	4
1.3.4 <i>Docket</i>	4
1.3.5 <i>Judgment</i>	5
1.3.6 <i>Parties</i>	5
1.3.7 <i>Personal data identifiers</i>	5
1.3.8 <i>Personal Information</i>	6
1.3.9 <i>Registered Access</i>	6
1.3.10 <i>Remote Access</i>	7
2 Creation	8
2.1 Inclusion of Personal Information	8
2.2 Responsibilities of the Parties.....	8
2.3 Responsibilities of the Judiciary.....	8
3 Storage	9
4 Access	10
4.1 Presumption of Access	10
4.2 Fees.....	10
4.3 Existence of a Case File	10
4.4 Format of Records	10
4.5 Search Functions	11
4.6 Type of Record and Means of Access	11
4.6.1 <i>Judgments</i>	11
4.6.2 <i>Docket Information</i>	12
4.6.3 <i>Case Files</i>	13
4.6.4 <i>Other Court Records</i>	13
5 Extended Access	14
5.1 Request for Extended Access	14
5.2 Bulk Access.....	14
6 Information Management	15
6.1 Authentication and Security	15
6.2 Destruction of Records	15
7 Policy Dissemination	16
8 Maintenance and Development.....	16
Bibliography – Selected Materials	I
Appendix – Model Policy (Text Only)	I

Introduction

Background

[1] The Judges Technology Advisory Committee (JTAC) is an advisory committee of the Canadian Judicial Council (the Council). The mandate given to JTAC by the Council includes the following:

- Providing advice and making recommendations to the Council on matters relating to the effective use of technology by the courts, consistent with the Council's overall mandate to promote uniformity and efficiency and improve the quality of judicial service in courts across the country;
- Supporting the development of standards for judicial information, court filings, evidence, judgments and other information in electronic form;
- Monitoring and considering technical issues that may have an impact on access to justice.

[2] In March 2002, Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia, Donald I. Brenner and his Law Officer, Judith Hoffman prepared a report for the Administration of Justice Committee of the Council, entitled "Electronic Filing, Access to Court Records and Privacy". In the report, the authors identified and considered some of the policy and logistical issues arising from electronic filing and electronic access to court records. The Administration of Justice Committee received that report and referred it to JTAC. In response, in April 2002, JTAC created a subcommittee which included Chief Justice Brenner (Supreme Court of British Columbia), Judith Hoffman (Law Officer, Supreme Court of British Columbia), Jennifer Jordan (Registrar, Court of Appeal of British Columbia), Justice Frances Kiteley (Superior Court of Ontario), Justice Denis Pelletier (Federal Court of Appeal) and Justice Linda Webber (Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division). JTAC directed the subcommittee to make proposals for its consideration.

[3] Building upon the work of the initial report for the Administration of Justice Committee of the Council, the JTAC subcommittee prepared a discussion paper entitled "Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy" (the Discussion Paper). Reviewing the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, the Discussion Paper generated 33 conclusions on various issues connected with the constitutional right of the public to open courts, the right of individuals to privacy and many of the policy and logistical issues pertaining to access to court records if electronic and remote access is granted to the public. This paper was considered by JTAC at its meeting in May, 2003 and released for public comment in September 2003 (online at <<http://www.cjc-ccm.gc.ca>>).

[4] Up until April 2004, the Council received many responses to its Discussion Paper from Deputy Attorneys General, judges, other members of the legal profession,

academics and representatives of the media. The Council directed JTAC to prepare a synthesis of the responses and to draft a model policy on access to court information.

[5] JTAC engaged Lisa Austin, Assistant Professor at the University of Toronto Faculty of Law, and Frédéric Pelletier, Assistant Editor at CanLII and Research Officer at the University of Montreal's Centre de recherche en droit public, to synthesize these responses and, under the direction of the subcommittee, to draft this model policy on access to court records. The subcommittee and JTAC are grateful for the enormous contribution that Professor Austin and Mr. Pelletier have made to this evolving and challenging exercise. Without their expertise, this project could not have been accomplished.

The Issues at Stake

[6] Canadian courts have consistently held that the openness of court proceedings is an important constitutional principle that fosters many fundamental values, including public confidence in the judicial system, understanding of the administration of justice, and judicial accountability. Included within the open courts principle is the public's right of access to court records.

[7] Traditionally, court records have been accessible in paper format to any member of the public at the courthouse. There are some exceptions to this, namely for records that are sealed by a court order or pursuant to a statutory requirement. However, in general any person who can afford a trip to the court registry may ask a court clerk to see all documents and information pertaining to a specific case.

[8] This traditional way of obtaining access to court records is becoming more and more obsolete. Courts still store their court files in paper format, but most docket or case information is now kept in electronic databases in which a user may find information much more easily than in the former paper ledgers. Several courts are also adopting electronic filing, which potentially increases the availability of records since the information and actual documents in the court file may be stored in digital formats. Moreover, access to recent court decisions has never been better since many courts make them publicly available on the internet at no charge. The overwhelming trend, therefore, is for courts to adopt digital formats for court records in order to make preparation, storage and access to court information easier and more efficient.

[9] In addition to this trend towards the adoption of court records in digital format is the increasing availability of electronic networks such as the internet that could be used to obtain remote and bulk access to court information along with the use of powerful search tools. Through these new technologies it will become possible to retrieve more information about court proceedings and their participants than ever before, not only in terms of quantity, but also in terms of quality since such information can be aggregated or combined with other publicly available information. The resulting ability to break down the practical barriers to access to court records has the potential to greatly enhance the realization of the open courts principle for all members of the public.

[10] However, there are also potential drawbacks to the adoption of new technologies in relation to court records: new technologies increase the risks that court information might be used for improper purposes such as commercial data mining, identity theft, stalking, harassment and discrimination. Such uses can undermine the proper administration of justice and threaten the rights and interests of participants in judicial proceedings, including their privacy and security interests. In many ways, the “practical obscurity” of paper-based records, because it created a barrier to access, also provided de facto protection for some of these other values such as privacy. Now that barriers to access may be dramatically reduced, the question of whether and how to protect such values in the context of access to court records has become much more salient.

[11] As the Canadian Judicial Council’s Discussion Paper outlined, “[a]t the heart of the matter is the relationship between two fundamental values: the right of the public to transparency in the administration of justice and the right of an individual to privacy.” After surveying the existing jurisprudence regarding the open courts principle, the Discussion Paper concluded:

- the right of the public to open courts is an important constitutional rule;
- the right of an individual to privacy is a fundamental value; and
- the right to open courts generally outweighs the right to privacy.

However, the Discussion Paper also acknowledged that “[t]here is disagreement about the nature of the exemptions to the general rule.” The challenge for courts is to construct a policy for access to court records that can maximize the many benefits of new information technologies with respect to the realization of the open courts principle while determining what kinds of exemptions are warranted.

[12] Drawing upon the responses to the Discussion Paper, this model policy outlines a set of guiding principles with respect to the relationship between the open courts principle and other important constitutional values such as privacy. In addition, it is important to note that just as new information technologies can raise new issues with respect to access to court records, such technologies can also offer new solutions. In the past, exemptions to the general rule of openness have led to the use of such judicial tools as publication bans and sealing orders. New technologies offer the possibility of many more nuanced responses that can protect values such as privacy without the same dramatic impact on openness. Therefore, in addition to articulating a principled framework for treating the question of exemptions to the principle of openness, this model policy also addresses many of the more technical aspects of the careful tailoring called for by any exemptions to openness.

Responses to the Discussion Paper

[13] The Council received many responses to its Discussion Paper, which are documented in more detail in the report entitled, “Synthesis of the Comments on JTAC’s Discussion Paper on Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy.” Although these responses were not unanimous with respect to the issues raised by electronic access to court information, there were some significant points of agreement.

[14] First, there was strong agreement with respect to the central importance of the open courts principle, as well as the Discussion Paper's conclusion that "[t]he right to open courts generally outweighs the right to privacy."

[15] Second, there was also strong agreement with respect to the potential problems associated with permitting unrestricted electronic access to court records. For example, there were concerns regarding bulk searches of court records in electronic form, especially if commercial entities could engage in forms of data-mining. A number of other privacy and security concerns were consistently raised, including identity theft and the possibility of the harassment of participants in the judicial system.

[16] While there was more variability in the comments dealing with the desirability and feasibility of the types of restrictions on access which might be used to address privacy and security considerations, nonetheless there were areas of broad agreement:

- a) There was a general consensus that remote access to the contents of all court records is not desirable for the public. Suggestions to deal with privacy concerns with court records include implementing de-identification protocols, indicating that a document exists without providing details regarding its contents, providing differing levels of access to different categories of users, and exempting "sensitive" records from remote access entirely;
- b) There was a general consensus that members of the public should not have the right to run unrestricted bulk searches;
- c) There was a general consensus that remote public access should be provided to reasons for decision, with privacy concerns dealt with through de-identification protocols for which courts would be responsible;
- d) There were mixed views regarding remote public access to docket information, partly because of the inconsistent cross-jurisdictional approaches to what is included within docket information. Suggestions to deal with privacy concerns with docket information included implementing de-identification protocols, charging fees for remote access, providing remote access only to specific categories of users, or restricting remote access entirely.

Guiding Principles

[17] The following model policy seeks to reflect the consensus that emerged from the responses to the Discussion Paper and place that consensus within a principled framework. Such a framework must offer a way of addressing the relationship between the open courts principle and other important values such as individual privacy, security, the proper administration of justice as well as the timely conduct of judicial proceedings.

[18] As already indicated, new information technologies have the potential to significantly enhance access to court records. At the same time, such technologies threaten to undermine the "practical obscurity" of traditional paper-based records which has provided a kind of de facto protection for values such as privacy and security. A focus on the benefits of broad access would emphasize the need for unrestricted online access to court record information. A focus on the protections of "practical obscurity" would emphasize the need to reproduce such protections in the online environment. This

model policy outlines a third option by proposing a different way of thinking about the significance of “practical obscurity” and its relation to the open courts principle.

[19] The “practical obscurity” fostered by paper-based records has meant that records were difficult and costly to obtain, search, and link with other documents. This has meant that purposes unconnected with the accountability of the judicial system, and which could have a serious negative impact on other constitutional values, have largely not been pursued by members of the public. However, the move towards a digital environment brings such possibilities to the fore. Furthermore, the digital environment permits the linking and aggregation of personal information, which can make privacy and security concerns stronger than in a paper-based environment.

[20] At the same time, the move towards electronic access raises the possibility that the realization of the open courts principle may be significantly enhanced. Therefore, restrictions on access should only be justified where the possibility of negative impacts on other values crystallizes into a serious risk. Moreover, any resulting restrictions on access must be carefully tailored in light of their impact on the open courts principle. This is consistent with Canadian constitutional jurisprudence regarding publication bans and other restrictions on the open courts principle.

[21] The model policy is therefore built upon the following principled framework:

- (a) the open courts principle is a fundamental constitutional principle and should be enabled through the use of new information technologies;
- (b) restrictions on access to court records can only be justified where:
 - i. such restrictions are needed to address serious risks to individual privacy and security rights, or other important interests such as the proper administration of justice;
 - ii. such restrictions are carefully tailored so that the impact on the open courts principle is as minimal as possible; and
 - iii. the benefits of the restrictions outweigh their negative effects on the open courts principle, taking into account the availability of this information through other means, the desirability of facilitating access for purposes strongly connected to the open courts principle, and the need to avoid facilitating access for purposes that are not connected to the open courts principle.

Purpose of this Model Policy

[22] The purpose of the Council in developing this model policy is not to state legal rules governing access to court records. Its purpose is rather to provide courts with a framework to deal with new concerns and sensitive issues raised by the availability of new information technologies that allow for unprecedented access to court information. This model policy was designed to help Canadian courts develop their own policies of access to their records, thus assuming their supervisory and protective power over these records, in a manner that is consistent with the consensus that is emerging in Canada and in other countries on these issues, including the recent Canadian Judicial Council report,

“Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol” (online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2811>>). This model policy is also consistent with the current constitutional framework that applies in Canada with regard to the balance that needs to be struck between the open courts principle and other important values, such as privacy, security and the administration of justice.

[23] The Canadian Judicial Council hopes that this model policy can serve as a basis for the development of access policies in the courts of Canada. Access policies developed with the help of this model policy will be used by the judiciary as guidelines for drafting and revising several aspects of their internal rules of practice and other court rules that have an impact on issues related to access to court records.

[24] Despite the efforts made by the Council to gather and reconcile various viewpoints, this model policy may contain several elements upon which some disagreement will remain. The risks to personal privacy rights must be assessed in specific social and technological contexts, taking into account not only real threats, but also perceived threats that have an impact on the behavior of participants in judicial proceedings. These risks can be managed only in a specific context. Furthermore, the technological solutions that might prevent or circumvent many of these risks are not yet fully realized. Time and experience will certainly allow for a better assessment of the risks, and as new technology is implemented in courts to manage their information, many issues will be better addressed. In the mean time, courts that are implementing this model policy are invited to share their experiences and solutions with the Council, so that the Council may continue to foster a national discussion on these issues.

Model Policy for Access to Court Records in Canada

1 General Provisions

1.1 Purpose

The purpose of this policy is to define principles of access to court records, consistent with applicable statutory and common law rules, so as to guide the judiciary in the exercise of its supervisory and protective power over court records. The principles stated in this policy are the result of a balancing of the constitutional requirement of open courts against other rights and interests of the public and participants to judicial proceedings, namely privacy and security of individuals and the proper administration of justice.

Discussion

Openness of court proceedings is a fundamental constitutional principle that ensures public confidence in the integrity of the court system, better understanding of the administration of justice and accountability of the judiciary. The open courts principle not only ensures that members of the public have a right to attend proceedings in the courtroom, but also that all information that is part of the court record and that is not confidential according to statutes or common law must remain open to public scrutiny.

Any access policy developed by the judiciary on the basis of this model policy will be founded upon the inherent jurisdiction of the judiciary to maintain supervisory and protective power over its own records. Thus, it must be clear that any reference made in this model policy to the “court” does not include the administrative aspects of the court for which the executive branch of the government is responsible, but only the judiciary in the exercise of a judicial function such as its supervisory and protective powers regarding court records.

Openness is the core principle upon which any policy for access to court records should be developed. At the same time, a policy must aim at addressing other important but sometimes competing rights and interests, such as privacy and security of individuals and the proper administration of justice. These two elements summarize many concerns and issues that are most often raised in regard to open access to court records, namely, public safety, protection of confidential business information, efficacy of court administration, timely conduct of court proceedings, etc.

In the context of the emergence of new information technologies, many benefits are expected with regard to open access to court records. At the same time, unrestricted access to court records also carries with it potential encroachments on individual privacy and security rights. In particular, new means of access to records pose new threats to those rights, such as data mining, identity theft, stalking, harassment and discrimination. Moreover, if court records are accessed and utilized for improper purposes or in a manner that subverts justice, then public confidence in the administration of justice might be undermined. Various statutory provisions and common law measures, including such mechanisms as sealing orders and publication bans, are already available to protect

these interests. However, these are blunt tools that have a significant impact on the open courts principle. New technologies and methods can provide other options for protecting such interests in a manner that permits much more careful tailoring of restrictions on access, including segregating some kinds of sensitive data in records and utilizing drafting protocols that minimize the insertion of personal data in the court record.

A careful analysis of each of these issues in a given context is key to determining how access will actually be provided to the public and how any restriction to such access could be narrowly tailored so as to fully achieve open access while minimizing the risks that this information is used for improper purposes.

1.2 Scope and Application

1.2.1 Persons Covered

This policy sets out the principles governing the public's access to court records. It is not intended to apply to the availability of court records to the judiciary and court personnel.

Discussion

This model policy does not apply to judges and other court personnel and is not intended to interfere with the applicable internal rules and practices of the court regarding the daily business of the court's judiciary and court personnel.

1.2.2 Type of Proceeding

This policy applies to court records in both civil and criminal proceedings, at both trial and appeal levels, unless otherwise indicated.

Discussion

Distinctions may need to be made depending upon the type of proceeding, e.g. family, criminal or youth protection proceedings. There might also be distinctions to make between trial and appeal levels of court. This model policy does not make these distinctions but nevertheless presents various levels of access that could be adopted for various types of records.

1.2.3 Form of Court Record

This policy covers all court records in any form, whether these records are created, stored or made available on paper or in digital format.

Discussion

This model policy contains guiding principles that are, whenever possible, framed in a manner that is technologically neutral. Although most Canadian courts are moving towards maintaining records in electronic format, the technologies implemented to manage electronic records can differ across different court systems. Furthermore, this

model policy should be adaptable to the possibilities of emerging technologies. Because of this, the rights of access outlined in this model policy are not premised upon the particular format of court records (paper vs. electronic) but instead are expressed in terms of functionality, that is, in terms of what level of access should result from the processes and mechanisms that are put in place to ensure such access to different types of court records.

Of course, for the sake of clarity, an access policy may specify the form in which a record can be accessed in accordance with a specific technological environment. For example, when a court allows any member of the public to search in its electronic docket information system at the courthouse, it is much clearer to refer to this specific system in its electronic form. The specific name of the system may also be used, e.g. “JUSTIN” in British Columbia or the “Plumitifs” in Quebec.

1.2.4 Other Applicable Laws

The access provided for in this policy is subject to any applicable statutory or common law provision regarding access to, or publication of, court records.

Discussion

For more clarity and better consistency, courts may add, as an appendix to their policy, a compendium of applicable statutory and common law restrictions that might be of particular importance in their jurisdiction with regard to rights of access to court records. It should be noted that court records are exempt from provincial and federal access to information legislation.

1.3 Definitions

1.3.1 Access

“Access” means the ability to view and to obtain a copy of a court record.

Discussion

This definition of access includes the ability to obtain a copy of a court record since such a copy might be necessary for the efficient exercise of the public’s right of access. In some jurisdictions, however, the current statutes and rules of access provide only for the right to see the document, remaining silent about the issue of obtaining copies of documents.

Courts that offer electronic access should also examine compliance to accessibility standards for the physically impaired in the virtual world. For documents posted on websites, for instance, courts may want to make their web pages compliant to the W3C’s Web Content Accessibility Guidelines (online: <<http://www.w3.org/TR/WCAG10/wai-pageauth.html>>).

1.3.2 Case File

“Case file” refers to docket information and documents in connection with a single judicial proceeding, such as pleadings, indictments, exhibits, warrants and judgments.

1.3.3 Court Records

“Court records” include any information or document that is collected, received, stored, maintained or archived by a court in connection with its judicial proceedings. It includes, but is not limited to:

- a) case files;
- b) dockets;
- c) minute books;
- d) calendars of hearings;
- e) case indexes;
- f) registers of actions; and
- g) records of the proceedings in any form.

This definition does not include other records that might be maintained by court staff, but that are not connected with court proceedings, such as license and public land records. It does not include any information that merely pertains to management and administration of the court, such as judicial training programs, scheduling of judges and trials and statistics of judicial activity. Neither does it include any personal note, memorandum, draft and similar document or information that is prepared and used by judges, court officials and other court personnel.

1.3.4 Docket

“Docket” means a data system in which court staff collect and store information about each proceeding initiated before the court, such as:

- a) information about the court division and type of case;
- b) docket number;
- c) names and roles of parties;
- d) names of counsel or solicitors of record;
- e) names of judges and judicial officers;
- f) nature of proceedings, including cause of action or criminal informations and indictments;
- g) information about the requested relief or amount of damages;
- h) list and corresponding filing dates of documents present in the case file;
- i) dates of hearings; and
- j) dispositions with their corresponding dates.

Discussion

The definitions of case file, court record and docket may vary from one jurisdiction to another. In this model policy, these three definitions play an important role in the recommended rights of access to different types of information contained in the court record. However, their content and wording should be adapted to the types of records in a specific court or jurisdiction.

The definition of “case file”, in this model policy, is premised on the assumption that the parties should have unrestricted access to records that pertain to their own case. Docket information relating to a single case is also considered to be part of the case file.

The definition of “court record” sets out what elements of information fall within the scope of an access policy to court records, and which elements do not. This information is presumptively open for public access according to this model policy.

The definition of “docket” identifies all the basic elements of information relating to cases managed by a court. The content and availability of docket information varies from one jurisdiction to another, so special care should be brought to adapt the terms used in this definition. Applicable statutes and rules of court may also dictate some adaptations.

1.3.5 Judgment

“Judgment” refers to any decision rendered by judges or judicial officers, including endorsements and orders, as well as any disposition or reasons given in connection with such decision.

Discussion

This definition may include oral reasons, depending upon whether or not the court administration makes them available in audio or written form.

1.3.6 Parties

“Parties” include the parties, their counsel and other authorized agents.

1.3.7 Personal data identifiers

“Personal data identifiers” refers to personal information that, when combined together or with the name of an individual, enables the direct identification of this individual so as to pose a serious threat to this individual’s personal security. This information includes:

- a) **day and month of birth;**
- b) **addresses (e.g. civic, postal or e-mail);**
- c) **unique numbers (e.g. phone, social insurance, financial accounts); and**
- d) **biometrical information (e.g. fingerprints, facial image).**

“Personal data identifiers” does not include a person’s name.

Discussion

Personal data identifiers are the subset of personal information that is the most important and valuable for any individual, since they are used by institutions to authenticate a person's identity, apart from an individual's name. Personal data identifiers also typically allow direct contact with an individual. Unrestricted public access to this type of personal information would entail serious threats to personal security, such as identity theft, stalking and harassment, and the foreseeable uses of this information are not likely to be connected with the purposes for which court records are made public.

It must be noted that this definition of "personal data identifiers" does not include the name of an individual per se, since the risks stated above usually occur when these elements of information are combined with an individual's name.

This model policy will refer to personal data identifiers as information that should not be widely accessible to the public. Even if the names of individuals in court proceedings remain public, there is no rationale for making their personal data identifiers widely available.

This use of "personal data identifiers" is consistent with the Canadian Judicial Council's "Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol" (online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2811>>).

1.3.8 Personal Information

"Personal information" is information about an identifiable individual.

Discussion

This definition conforms to the common meanings of this term. Information about an identifiable individual singles out a person as a unique individual, allows for this person's identification or allows someone to learn something about this person. Depending upon the context, certain personal information is considered private and other personal information is considered public.

In the judicial context, the level of personal information that is considered public is a function of what information is required for the disposition of a case, subject to any applicable disclosure restrictions. Unless a record is sealed or is the subject of a publication ban, individuals are usually not protected from being named in judicial proceedings. Their other personal information is not usually protected either. However, since every individual has at least some interest in protecting his or her personal information, an access policy to court records should limit the level of personal information found in court records to that required for the disposition of a case.

1.3.9 Registered Access

"Registered Access" is a means of access that entails identification of the person who is granted certain rights of access. This means of access may also involve the logging of requests made by this person during a session.

Discussion

Registered access is a technical means of granting various levels of access to identified persons, in accordance with the access policy. The person must provide identification, either as an individual or as a member of an organization, with a user identification code and a password. Registered access may also be used to keep track of this person's activities during a logged session. The log may contain a record of every request that was made and of each piece of information that was consulted. This is useful to check for unlawful or abusive uses of an individual's rights of access. Of course, user tracking should be governed by a strict privacy policy, of which the user should be made aware. This privacy policy should minimally guarantee that only necessary information will be collected, that the log will be kept confidential, that it will be consulted by a limited number of authorized court staff, and only if needed for the purpose of verifying whether the user is breaching the terms and conditions of access or is performing other unlawful or abusive activities (See the federal Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, which provides, in its Schedule 1, principles that should underlie any such privacy policy).

This model policy uses registered access as a potential condition in special access agreements to ensure that where access is granted on certain conditions that it is used in compliance with those conditions. For example, since parties are given full remote access to their case files but the public is not, it is important to be able to identify the user. Registered access will also typically be included as conditions of use when extended access is granted to certain persons pursuant to Section 5, below, e.g. bulk or remote access to all case files or a subset of case files.

1.3.10 Remote Access

“Remote access” means the ability to access court records without having to be physically present where the records are kept, and without needing the assistance of court personnel.

Discussion

This definition describes what usually constitutes remote access to an electronic repository of information, available through the internet or any other distant connection. This type of access is more likely to represent privacy and security risks since the court relies on technology to provide access and there is no court staff to filter each access request.

In this model policy, this type of access will typically require special safeguards and may be governed by terms and conditions included in an access agreement.

Certain courts may want to include traditional means of remote access in their access policy, such as when it is possible for a person to call a court clerk by phone to request that a copy of a court record be prepared and sent by mail. In this model policy, this type of access is treated like any access at the courthouse, since it poses the same very low level of risk.

For more clarity, a reference could be made in this definition to the specific systems that fulfill the functionality that is described in this definition, e.g. an electronic docket system available through a court's website.

2 Creation

2.1 Inclusion of Personal Information

Rules that govern the filing of documents in the court record shall prohibit the inclusion of unnecessary personal data identifiers and other personal information in the court record. Such information shall be included only when required for the disposition of the case and, when possible, only at the moment this information needs to be part of the court record.

2.2 Responsibilities of the Parties

When the parties prepare pleadings, indictments and other documents that are intended to be part of the case file, they are responsible for limiting the disclosure of personal data identifiers and other personal information to what is necessary for the disposition of the case.

2.3 Responsibilities of the Judiciary

When judges and judicial officers draft their judgments and, more generally, when court staff prepare documents intended to be part of the case file, they are responsible for avoiding the disclosure of personal data identifiers and limiting the disclosure of personal information to what is necessary and relevant for the purposes of the document.

Discussion

The access policy must prevent the inclusion of unnecessary personal data identifiers and other personal information when the court record is created in order to reduce the amount of personal information that will have to be stored and potentially made accessible to the public. The policy must also clearly outline the responsibilities of those who prepare documents that will be included in the court record.

With regard to the disclosure of “personal data identifiers” as defined in this model policy, the requirements for pleadings prepared by the parties are less strict than those for documents prepared by the court. There are two major reasons for this. First, personal data identifiers are less likely to be relevant for the purposes of the judgments than they are for the filing requirements of pleadings or indictments. Second, unlike documents filed by the parties, judgments are much more likely to be published in case law reports and databases, so the inclusion of personal data identifiers in these documents would constitute a much higher risk for the personal safety of participants in judicial proceedings.

The onus of limiting personal information in the court record rests on the persons who draft or prepare documents that are intended to be part of this record, as these persons are in the best position to be aware of the presence of such information. Judges drafting judgments should follow the above-mentioned document from the Canadian Judicial Council entitled “Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol” (online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2811>>).

The implementation of this section may require a reexamination of the statutes and rules of practice. Prescribed forms may have to be revisited, as well as case workflow processes. For instance, while the documents would continue to be served on other parties, filing requirements for documents which contain sensitive personal information should permit the filing of such documents at the latest practicable date before their use is required in the proceedings.

3 Storage

When storing court records, the court should ensure, where possible, that personal data identifiers and other personal information that should not be disclosed to the public are capable of being segregated from other documents or information found in the court record.

Discussion

The access policy should provide for easier management of personal data identifiers and other personal information that must be collected and stored in the court file. Because of the risks that are triggered by the disclosure of personal data identifiers (e.g. identity theft, harassment, stalking), the manner in which the court stores this information becomes key for ensuring that the security rights of litigants are protected when their case information is accessed by third parties.

Docket information is now usually stored in an electronic database that allows for the efficient management of information about a case and for different levels of permission for access. In this way, public access to certain information – especially personal data identifiers – can be restricted for certain types of cases without completely restricting public access to other docket information. This should be brought to the attention of the court administration when choosing and implementing a case management technology.

When court administrations do not have the resources and technical means to implement such segregation of personal information, remote access to certain information or documents should be restricted. For example, if identities of participants in child protection proceedings should not be published and the court does not have the means to store their names as a specific hidden field in their docket, then docket information pertaining to this type of proceeding should not be made publicly available on this court’s website for members of the public.

4 Access

4.1 Presumption of Access

Members of the public have presumptive right of access to all court records.

Discussion

The access policy should clearly state the principle of public access to court records. It is placed first in this section in order to emphasize the importance of the open courts principle.

4.2 Fees

Fees should not impede access under this policy.

Discussion

Tailored access to court information, remotely and in electronic format, might require the acquisition and operation of advanced information management systems, and in some jurisdictions the implementation of such systems might not be possible without asking users to contribute. However, case management systems may also reduce court administration costs, and overall may result in global savings. Those savings should serve the purpose of open courts and contribute to the reduction of access fees. The court should at the very least make sure that traditional access on the court premises will remain possible at no extra cost for members of the public.

4.3 Existence of a Case File

Members of the public are entitled to know that a case file exists, even when a case file is sealed or subject to a non-publication order.

Discussion

Public knowledge of the existence of a case file is a minimal requirement for openness, this being all the more important when the file is sealed. In such cases, the disclosure of the existence of a case file should be made in a manner that does not disclose its content. However, it must be stated that as provided for in Section 1.2.4 of this model policy, this section is subject to any applicable statutory provision prohibiting the disclosure of the existence of a file, such as any applicable provision related to national security.

4.4 Format of Records

Members of the public are entitled to access court records in the format in which they are maintained.

Discussion

This model policy allows for a progressive transition from traditional forms of access to more advanced technologies, namely from paper records to digital documents. However, each court may want to state more specifically which formats of access are actually provided to the public, e.g. paper, electronic, or both.

4.5 Search Functions

When accessing court records, members of the public shall be provided with appropriate search functions that allow for efficient research of court records but also limit the risk of improper use of personal information.

Discussion

Search functions should be made available to users who have access to court records. The availability of search tools should depend upon the type of court record accessed and the level of risk of misuse of information associated with the means of access provided.

Search tools can be designed in a manner that limits the technical possibility of aggregation of information and secondary uses that are not related to the rationale for open access to court records, such as direct marketing solicitations. Such limitations include allowing searches only in certain fields of information and not allowing full text searches.

Section 4.6, below, contains specific recommendations as to what search functions should be made available to the public with regard to specific types of records and means of access.

4.6 Type of Record and Means of Access

4.6.1 Judgments

Members of the public shall have on-site access and, where available, remote access to all judgments.

Discussion

The access policy should provide for broad public access to every judgment rendered by the court, subject to any applicable statutory or court-ordered publication ban.

Online publication of judgments containing personal information about vulnerable persons involved in certain categories of cases, such as children and adults in need of protection, is a controversial issue. The evaluation of the level of risk associated with the publication of sensitive personal information about these innocent persons differs from one jurisdiction to another, as ascertained by variations in applicable restrictions on publication and disclosure of records throughout Canada. Many jurisdictions already provide for such protection by way of legislation. In jurisdictions where such restrictions are not put in place, judges are sometimes reluctant to post the full text of decisions on the internet. The Canadian Judicial Council addressed this issue in “Use of Personal

Information in Judgments and Recommended Protocol” (online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2811>>).

With regard to the availability of search functions for judgments, it is recommended that courts provide the most powerful search functions available including, whenever possible, field search (e.g. by docket number, by date of judgment, by case name, etc.) and full text search. However, if the judgments are posted on the internet, it is a good practice to prevent indexing and cache storage from web robots or “spiders”. Such indexation and cache storage of court information makes this information available even when the purpose of the search is not to find court records, as any judgment could be found unintentionally using popular search engines like Google or Yahoo. Moreover, when the judgment is cache stored by the search engine, it is available to internet users even if the court decides to withdraw the judgment from public access. To prevent such problems, very simple technical standards can be implemented (for further information, see the Robots exclusion protocol and the Robot Meta tag standard, online: <<http://www.robotstxt.org/wc/exclusion.html>>).

Note that courts may want to grant the same rights of access to some other types of court records which are of central importance to the open courts principle and which pose little risk to the privacy and security of individuals. This is addressed in Section 4.6.4 of this policy.

4.6.2 Docket Information

Members of the public shall have both on-site and, where available, remote access to docket information, provided that personal data identifiers are not made remotely accessible.

Discussion

The access policy should provide for broad public access to docket information, which is essential for ensuring the openness of court proceedings. However, given the fact that the docket may contain personal data identifiers, it is important that relevant docket information be accessible in a way that does not disclose at the same time such personal data identifiers.

Since there are many variations in Canada with regard to the content and management of docket information, in some situations technical and/or statutory changes will have to occur before providing the public with remote electronic access to docket information. In some courts, only small portions of the docket will first be made accessible, such as dates of hearings or basic case lists.

With regard to the availability of search functions for docket information, full text search is not usually required, and may not be appropriate. In most situations, search by docket number, names of parties and type of proceedings will suffice for the purposes closely linked with the rationale for open courts. It must be noted that many sets of information may also be accessed by way of lists of cases presented by date of hearing, party name or docket number, without having to provide a search engine to the user.

4.6.3 Case Files

Parties shall have both on-site and, where available, remote and registered access to their own case file. Members of the public shall only have on-site access to case files, unless otherwise provided in this access policy.

Discussion

Case files are the repositories of all documents pertaining to the court's cases. These documents include information such as personal data identifiers and other personally identifiable data, business proprietary information, details about financial situations and medical conditions of individuals, affidavits, exhibits, many of which are only partially relevant for the disposition of the case. The pleadings may also contain unsubstantiated and sometimes outrageous allegations, which may provide little assistance to the public's understanding of the judicial process or even be defamatory in nature. Consequently, there are many risks to individual and public rights and interests associated with unrestricted remote access to materials contained in the case file, and often unclear benefit with regard to the open courts principle.

The access policy should grant the parties with all available means of access to their own case file. However, as far as the public is concerned, access to such information should be limited to the court premises, except for those records that a specific court determines should be made remotely available to the public pursuant to Section 4.6.4, below, or for those persons who are granted extended access pursuant to Section 5, below.

Several jurisdictions have enacted statutory provisions that prohibit any public disclosure of certain sensitive materials found in case files such as financial statements or medical reports. For those jurisdictions where there is no such legal framework, it may be appropriate for courts to include similar restrictions in their access policy.

Not all documents in the case file will raise the same level of concern regarding remote public access. If any court wants to only grant remote public access to part of their case files then they can use Section 4.6.4, below, to list the types of documents for which this type of access is available.

4.6.4 Other Court Records

In addition to the records already listed in this policy, members of the public shall have remote access, where available, to those court records, or portions thereof, listed in this subsection.

Discussion

This subsection of this model policy contemplates the possibility that specific courts may determine that some types of records can be made remotely available to the public without engaging serious risks to individual privacy, security, or to the proper administration of justice. If a specific court makes such distinctions between types of court records, then their policy should contain subsections listing those records. If a specific court does not make such distinctions, then this subsection is not needed.

5 Extended Access

5.1 Request for Extended Access

Any member of the public may make a request for access to a portion of the court record that is otherwise restricted pursuant to this policy. The request shall be made in the form prescribed by the court. In deciding whether or not access should be granted, and what specific terms and conditions should be imposed, including the possibility of registered access, the following criteria shall be taken into consideration:

- a) the connection between the purposes for which access is sought and the rationale for the constitutional right to open courts;
- b) the potential detrimental impact on the rights of individuals and on the proper administration of justice, if the request is granted; and
- c) the adequacy of existing legal or non-legal norms, and remedies for their breach, if improper use is made of the information contained in the court records to which access is granted. This includes, but is not restricted to, existing privacy laws and professional norms such as journalistic ethics.

Discussion

The access policy should be adaptable to the particular needs of certain members of the public. When a member of the public seeks access to court records by means that are not otherwise granted in Section 4, above, the court should be able to respond in a timely way to administrative requests for extended access. Such requests will typically be made by individuals who have a professional interest in accessing court record information with minimal restrictions, such as journalists and researchers, but any member of the public should be able to make a request.

When granted, extended access will typically be governed by an “access agreement”. Such an agreement may include terms and conditions primarily designed to minimize the risks that extended access will be used to undermine the privacy and security rights of individuals or the proper administration of justice. Such terms and conditions could provide for the rights and obligations of the user regarding registered access, applicable fees, etc. If remote electronic access to case files is granted, a provision prohibiting massive downloading of files might be included.

Since it is foreseeable that certain categories of individuals will ask for extended access, such as academics, law researchers or journalists, the court may design boilerplate access agreements adapted to those categories of users.

5.2 Bulk Access

The court may permit bulk access to a portion or to the entirety of the court record. Such access shall be governed by a special agreement with the court that may include the requirement of registered access and should contain terms and conditions establishing that:

- a) **the information should be regularly checked against the source of the court record for accuracy, if this information is to be published or re-distributed; and**
- b) **any use of the information contained in the court record should comply with provincial and federal privacy and credit reporting legislation, as well as any other applicable law.**

Discussion

Bulk access is the ability to have systematic and direct access to all or to a significant subset of court record information or documents, including compiled information.

Courts may grant bulk access to individuals or to private or governmental organizations. The purpose for which the individual or organization needs this type of access may range from academic research to commercial publication. It is not recommended that bulk access be granted to individuals or organizations that are likely to use court record information in a manner that poses a serious risk to the privacy and security rights of participants in the judicial system and for purposes not connected with the open court principle.

Publishers of case law are traditionally granted bulk access to judgments, as their purpose is closely related to open access. Credit or insurance agencies, private investigators and information brokers may have a legitimate interest in bulk access not only to judgments, but also to case files, but they should be granted bulk access only in jurisdictions where their use of information is regulated in such a manner that does not undermine the proper administration of justice and the rights and interests of participants in judicial proceedings.

When granted, bulk access will typically be governed by an “access agreement”, as is the case for the other types of extended access described in the previous subsection.

6 Information Management

6.1 Authentication and Security

The court shall put into place proper security, logging, archiving and audit functions for the management of court records.

Discussion

Proper security measures are paramount to ensure the integrity of information and documents that are created, stored, transferred, transmitted and otherwise managed by the court.

6.2 Destruction of Records

When court records are destroyed, the court shall implement proper methods and protocols to make sure that all of the information found in those records is not reusable.

Discussion

For paper records, the proper method of destruction is the paper shredder or other similar means. For digital documents, it is not always sufficient to only “delete” the file from the system, since such deleted information might nevertheless remain retrievable through special means. Before discarding any computer, hard drive or diskette, the court must put in place appropriate measures so that the information found on these supports is completely “wiped”. It should be clear that “deleting” a digital record is not a proper method for making sure it is destroyed.

7 Policy Dissemination

The court shall inform the public and participants to the judicial system of the extent to which court record information is made available to the public, and of the measures that are taken pursuant to this policy to protect their personal information.

Discussion

When a person is entering into the judicial process, whether as a party or as a witness, this person should be informed of the key elements of the policy pertaining to their personal information. This could be achieved by providing them with a brochure summarizing the access policy. A particular emphasis must be made on the public availability of the documents that will be widely accessible through the internet, namely judgments. Short notices regarding the duties of litigants and their counsel with regard to the inclusion of personal information in the court record could also be included in statements of claim and forms prescribed by court rules. This is key to ensuring that all participants in judicial proceedings are made aware, and in some cases reassured, about the level of privacy protection they can expect.

8 Maintenance and Development

The court shall create a steering committee for the maintenance and further development of this policy. This committee should have representatives from each relevant court service and is responsible for various aspects of this policy’s maintenance and development, including:

- a) implementation;**
- b) dissemination;**
- c) seeking and receiving comments;**
- d) evaluation;**
- e) reviewing; and**
- f) recommending modifications.**

Discussion

The policy must include guidelines to ensure its ongoing maintenance and development. It should be adapted to the court’s specific environment, as that environment changes.

Bibliography – Selected Materials

Case Law

- Attorney General (Nova Scotia) v. McIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175.
- Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.
- Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671.
- Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.
- Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (A.G.)*, [1996] 3 S.C.R. 480.
- F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 CSC 35.
- R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.
- Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of finance)*, [2002] S.C.R. 522, 2002 SCC 41.
- Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43.

Articles

- M. Fitz-James, “Defending the Publicness of the Justice System”, in P. A. Molinari, ed., *Dialogues About Justice: The Public, legislators, courts and the Media* (Montreal, Canadian Institute for the Administration of Justice/Thémis, 2002) 107.
- B. Givens, “Public records on the Internet: The Privacy Dilemma” (April 2002), Privacy Rights Clearinghouse, online: <<http://www.privacyrights.org/ar/onlinepubrecs.htm>>.
- E.F. Judge, “Canada’s Courts Online: Privacy, Public Access and Electronic Court Records” in P. A. Molinari, ed., *Dialogues About Justice: The Public, legislators, courts and the Media* (Montreal, Canadian Institute for the Administration of Justice/Thémis, 2002) 1.
- Reporters Committee for Freedom of the Press, “Electronic Access to Court Records: Ensuring Access in the Public Interest”, online: <<http://www.rcfp.org/courtaccess/index.html>>.
- A. Wallace, “Courts Online - Privacy and Public Access in Australian and United States’ Courts” (2001), article written in support of a presentation given at CTC7, online: <<http://www.ctc8.net/showarticle.asp?id=23>>.
- L. Webster, “Caught in Converging Technologies: The Modern Court Administrator and the Privacy/Access/Security Conundrum” (1999), article written in support of a presentation given at CTC6, online: <<http://www.ctc8.net/showarticle.asp?id=39>>.

Policy Materials

D.I. Brenner & J. Hoffman, “Electronic Filing, Access to Court Records and Privacy” (March 2002), Canadian Judicial Council.

Judges Technology Advisory Committee, “Discussion Paper on Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy” (May 2003), Canadian Judicial Council, online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/OpenCourts-2-EN.pdf>>.

Justice Québec, « Analyse préliminaire du Système intégré d’information de justice », (May 2003), online: <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/siij-analyse.htm>>.

Minnesota Supreme Court, “Recommendations of the Minnesota Supreme Court Advisory Committee on Rules of Public Access to Records of the Judicial Branch - Final Report” (June 2004), Minnesota Judicial Branch, online: <http://www.courts.state.mn.us/cio/public_notices/accessreport.htm>.

New York State - Commission on Public Access to Court Records, “Report to the Chief Judge of the State of New York”, (February 2004), online: <<http://www.courtaccess.org/states/ny/documents/ny-report-publicaccess2004.pdf>>.

K. Roche, “A Quiet Revolution in the Courts: Electronic Access to State Court Records” (October 2002), Center for Democracy & Technology, online: <<http://www.ctd.org/publications/020821courtreports.shtml>>.

D. Roussel, *Modèle de pratiques de protection des renseignements personnels*, (Québec: Les Publications du Québec, 2004), online : <<http://www.aiprp.gouv.qc.ca/autre/index.asp?Sect=Modele>>.

M.W. Steketee & A. Carlson, “Developing CCJ/COSCA Guidelines for Public Access to Court Records: A National Project to Assist State Courts” (October 2002), National Center for State Courts / Justice Management Institute, online: <<http://www.courtaccess.org/modelpolicy>>.

Supreme Court of Florida, “Committee on Privacy and Court Records: Report and Recommendations” (Draft - May 6, 2005), online: <http://www.flcourts.org/gen_public/stratplan/privacy.shtml>.

Québec - Commission d’accès à l’information, « Avis de la Commission d’accès à l’information concernant le Système intégré d’information de justice (SIJ) présenté par le ministère de la Justice », dossier 02 17 29 (January 2004), online: <http://www.cai.gouv.qc.ca/05_communiqués_et_discours/01_pdf/a021729.pdf>

Treasury Board of Canada, “Privacy Impact Assessment Guidelines: A Framework to Manage Privacy Risks” (August 2002), online: <http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/ciopubs/pia-pefr/paipg-pefrld_e.asp>.

Appendix – Model Policy (Text Only)

Model Policy for Access to Court Records in Canada

1 General Provisions

1.1 Purpose

The purpose of this policy is to define principles of access to court records, consistent with applicable statutory and common law rules, so as to guide the judiciary in the exercise of its supervisory and protective power over court records. The principles stated in this policy are the result of a balancing of the constitutional requirement of open courts against other rights and interests of the public and participants to judicial proceedings, namely privacy and security of individuals and the proper administration of justice.

1.2 Scope and Application

1.2.1 Persons Covered

This policy sets out the principles governing the public's access to court records. It is not intended to apply to the availability of court records to the judiciary and court personnel.

1.2.2 Type of Proceeding

This policy applies to court records in both civil and criminal proceedings, at both trial and appeal levels, unless otherwise indicated.

1.2.3 Form of Court Record

This policy covers all court records in any form, whether these records are created, stored or made available on paper or in digital format.

1.2.4 Other Applicable Laws

The access provided for in this policy is subject to any applicable statutory or common law provision regarding access to, or publication of, court records.

1.3 Definitions

1.3.1 Access

“Access” means the ability to view and to obtain a copy of a court record.

1.3.2 Case File

“Case file” refers to docket information and documents in connection with a single judicial proceeding, such as pleadings, indictments, exhibits, warrants and judgments.

1.3.3 Court Record

“Court record” includes any information or document that is collected, received, stored, maintained or archived by a court in connection with its judicial proceedings. It includes, but is not limited to:

- a) case files;
- b) dockets;
- c) minute books;
- d) calendars of hearings;
- e) case indexes;
- f) registers of actions; and
- g) records of the proceedings in any form.

This definition does not include other records that might be maintained by court staff, but that are not connected with court proceedings, such as license and public land records. It does not include any information that merely pertains to management and administration of the court, such as judicial training programs, scheduling of judges and trials and statistics of judicial activity. Neither does it include any personal note, memorandum, draft and similar document or information that is prepared and used by judges, court officials and other court personnel.

1.3.4 Docket

“Docket” means a data system in which court staff collect and store information about each proceeding initiated before the court, such as:

- a) information about the court division and type of case;
- b) docket number;
- c) names and roles of parties;
- d) names of counsel or solicitors of record;
- e) names of judges and judicial officers;
- f) nature of proceedings, including cause of action or criminal informations and indictments;
- g) information about the requested relief or amount of damages;
- h) list and corresponding filing dates of documents present in the case file;
- i) dates of hearings; and
- j) dispositions with their corresponding dates.

1.3.5 Judgment

“Judgment” refers to any decision rendered by judges or judicial officers, including endorsements and orders, as well as any disposition or reasons given in connection with such decision.

1.3.6 Parties

“Parties” include the parties, their counsel and other authorized agents.

1.3.7 Personal data identifiers

“Personal data identifiers” refers to personal information that, when combined together or with the name of an individual, enables the direct identification of this individual so as to pose a serious threat to this individual’s personal security. This information includes:

- a) day and month of birth;
- b) addresses (e.g. civic, postal or e-mail);
- c) unique numbers (e.g. phone, social insurance, financial accounts); and
- d) biometrical information (e.g. fingerprints, facial image).

“Personal data identifiers” does not include a person’s name.

1.3.8 Personal Information

“Personal information” is information about an identifiable individual.

1.3.9 Registered Access

“Registered Access” is a means of access that entails identification of the person who is granted certain rights of access. This means of access may also involve the logging of requests made by this person during a session.

1.3.10 Remote Access

“Remote access” means the ability to access court records without having to be physically present where the records are kept, and without needing the assistance of court personnel.

2 Creation

2.1 Inclusion of Personal Information

Rules that govern the filing of documents in the court record shall prohibit the inclusion of unnecessary personal data identifiers and other personal information in the court record. Such information shall be included only when required for the disposition of the

case and, when possible, only at the moment this information needs to be part of the court record.

2.2 Responsibilities of the Parties

When the parties prepare pleadings, indictments and other documents that are intended to be part of the case file, they are responsible for limiting the disclosure of personal data identifiers and other personal information to what is necessary for the disposition of the case.

2.3 Responsibilities of the Judiciary

When judges and judicial officers draft their judgments and, more generally, when court staff prepare documents intended to be part of the case file, they are responsible for avoiding the disclosure of personal data identifiers and limiting the disclosure of personal information to what is necessary and relevant for the purposes of the document.

3 Storage

When storing court records, the court should ensure, where possible, that personal data identifiers and other personal information that should not be disclosed to the public are capable of being segregated from other documents or information found in the court record.

4 Access

4.1 Presumption of Access

Members of the public have presumptive right of access to all court records.

4.2 Fees

Fees should not impede access under this policy.

4.3 Existence of a Case File

Members of the public are entitled to know that a case file exists, even when a case file is sealed or subject to a non-publication order.

4.4 Format of Records

Members of the public are entitled to access court records in the format in which they are maintained.

4.5 Search Functions

When accessing court records, members of the public shall be provided with appropriate search functions that allow for efficient research of court records but also limit the risk of improper use of personal information.

4.6 Type of Record and Means of Access

4.6.1 Judgments

Members of the public shall have on-site access and, where available, remote access to all judgments.

4.6.2 Docket Information

Members of the public shall have both on-site and, where available, remote access to docket information, provided that personal data identifiers are not made remotely accessible.

4.6.3 Case Files

Parties shall have both on-site and, where available, remote and registered access to their own case file. Members of the public shall only have on-site access to case files, unless otherwise provided in this access policy.

4.6.4 Other Court Records

In addition to the records already listed in this policy, members of the public shall have remote access, where available, to those court records, or portions thereof, listed in this subsection.

5 Extended Access

5.1 Request for Extended Access

Any member of the public may make a request for access to a portion of the court record that is otherwise restricted pursuant to this policy. The request shall be made in the form prescribed by the court. In deciding whether or not access should be granted, and what specific terms and conditions should be imposed, including the possibility of registered access, the following criteria shall be taken into consideration:

- a) the connection between the purposes for which access is sought and the rationale for the constitutional right to open courts;
- b) the potential detrimental impact on the rights of individuals and on the proper administration of justice, if the request is granted; and
- c) the adequacy of existing legal or non-legal norms, and remedies for their breach, if improper use is made of the information contained in the court

records to which access is granted. This includes, but is not restricted to, existing privacy laws and professional norms such as journalistic ethics.

5.2 Bulk Access

The court may permit bulk access to a portion or to the entirety of the court record. Such access shall be governed by a special agreement with the court that may include the requirement of registered access and should contain terms and conditions establishing that:

- a) the information should be regularly checked against the source of the court record for accuracy, if this information is to be published or re-distributed; and
- b) any use of the information contained in the court record should comply with provincial and federal privacy and credit reporting legislation, as well as any other applicable law.

6 Information Management

6.1 Authentication and Security

The court shall put into place proper security, logging, archiving and audit functions for the management of court records.

6.2 Destruction of Records

When court records are destroyed, the court shall implement proper methods and protocols to make sure that all of the information found in those records is not reusable.

7 Policy Dissemination

The court shall inform the public and participants to the judicial system of the extent to which court record information is made available to the public, and of the measures that are taken pursuant to this policy to protect their personal information.

8 Maintenance and Development

The court shall create a steering committee for the maintenance and further development of this policy. This committee should have representatives from each relevant court service and is responsible for various aspects of this policy's maintenance and development, including:

- a) implementation;
- b) dissemination;
- c) seeking and receiving comments;
- d) evaluation;
- e) reviewing; and
- f) recommending modifications.



Judges' Technology Advisory Committee

**Use of Personal Information in Judgments
and Recommended Protocol**

Approved by the Canadian Judicial Council, March 2005

Contents

Background	3
Threshold Questions	3
Responsibility for the Contents of Judgments	4
Desirability of Placing All Judgments on the Internet	5
Recommended Protocol for the Use of Personal Information in Judgments	8
Why a Protocol is Needed	8
Objectives of the Protocol	9
Levels of Protection	10
Personal Data Identifiers	10
Legal Prohibitions on Publication	11
Discretionary Protection of Privacy Rights	13
References	15
Appendix A - Removing Names from Decisions	16

Background

[1] The JTAC Open Courts and E-Access to Court Records and Privacy Subcommittee was asked in February, 2004 to consider developing and implementing a standardized national protocol to de-identify family judgments which would allow all of them to be posted on court websites (see the Council's Discussion Paper on *Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy*, available at { HYPERLINK "<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/OpenCourts-2-EN.pdf>" }).

[2] The subcommittee drafted a recommended protocol that was endorsed by JTAC on February 4, 2005. It should be noted that this protocol extends to all judgments in which sensitive personal information or information subject to publication bans may be contained as it is clear that these issues are not limited to family cases.

Threshold Questions

[3] In fulfilling its mandate, the subcommittee has identified two threshold questions that should be considered and debated by JTAC in the context of considering the recommended protocol.

- I. Who should be responsible to ensure that the content of judgments conforms with publication bans?
- II. Is it desirable for courts to publish all of their judgments on the internet given the answer to question one as well as other policy considerations?

The threshold questions are dealt with separately as a preface to the protocol.

Discussion of Threshold Questions

I. Responsibility for the Contents of Judgments

[4] A question has been raised about whether judges should take responsibility for ensuring that the contents of their judgments do not violate publication bans or whether this should remain in the hands of publishers. Traditionally, the courts have left the dissemination and publication of their judgments to publishers. As a result most publishers have adopted guidelines and employed editing staff to remove sensitive identifying information from judgments in cases subject to publication bans and in some instances, in all cases falling within a particular category regardless of whether there is an order banning the disclosure of this information. It would appear that the latter practice is, at least in part, a protective measure against the situation where the existence of a publication ban is not communicated to the publisher by the court. Now several courts across Canada have themselves become publishers by posting judgments on their own websites and are facing the same issues.

[5] One potential advantage to having a publisher deal with editing the judgments to conform with publication bans and non-disclosure provisions is that judges can focus on writing a decision that is most meaningful to the parties and do not have to concern themselves with whether the contents of the judgment, when more widely circulated beyond the parties, might violate a publication ban. One disadvantage of placing the onus on a publisher is that the court, not the publishers, is in the best position to be aware of the existence of publication bans. Moreover, this is not an option for those courts that publish decisions directly on their websites and do not have the resources to employ staff to edit those judgments. In addition, there is likely to be inconsistency between publishers as to how judgments are edited and this will be particularly acute when the same judgment is edited in different ways by different publishers. When the editing process takes place during the drafting stage, this is avoided.

[6] In considering this question, it is relevant to consider who bears the responsibility to ensure that judgments which contain information subject to publication bans are not published in contravention of a publication ban. The sub-committee also considered what liability may flow from the breach of a publication ban through the posting of a judgment on a court website. Courts are not immune from censure for the failure to withhold court information that is subject to a non-disclosure provision. In *Re (F.N.)*, [2000] 1 S.C.R. 880, the Supreme Court of Canada held that the court staff of the St. John's Youth Court had breached the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act* by routinely distributing its weekly Youth Court docket to local school boards. One of the dockets distributed disclosed the name of the appellant and the fact that he was charged with two counts of assault and breach of probation. The young person sought an order of prohibition. Although there were several exceptions to the relevant disclosure provisions in the

Young Offenders Act, none of them were found to justify the disclosure made by the court's staff.

[7] Provisions for publication bans on the identity of victims, complainants and young persons set out in the *Criminal Code* and the *Youth Criminal Justice Act* include an exception for the disclosure of information "in the course of the administration of justice where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community" (see section 486(3.1) of the *Criminal Code* and section 110(2)(c) of the *Youth Criminal Justice Act*). While the dissemination of judgments may be part and parcel of the administration of justice, it is doubtful that the publication of judgments on the internet would be found to fall within this exception as the whole purpose of posting judgments is to inform the public and facilitate access to the decisions of the court.

[8] It seems equally clear that publishers not connected with the courts also have a responsibility to ensure that judgments published by them conform to the law in respect of publication bans.

[9] The sub-committee recommends that the ultimate responsibility to ensure that reasons for judgment comply with publication bans and non-disclosure provisions should rest with the judge drafting the decision. The sub-committee recognizes that judges need support in the form of information and resources to ensure that this responsibility can be carried out. The sub-committee recommends that the protocol, if adopted, be proposed as a part of the curriculum of the judgment writing course offered by the National Judicial Institute. It is also recommended that the Chief Justices in each jurisdiction be encouraged to provide informational support by maintaining an up to date document which informs judges of the publication ban and statutory non-disclosure provisions applicable in their jurisdiction similar to the compendium appended to the discussion paper *Open Courts, Electronic Access to Court Records and Privacy*.¹

II. Desirability of Placing All Judgments on the Internet

[10] One of the purposes of the protocol is to encourage each court to post all of its judgments to its website. The subcommittee has debated whether this is desirable. Providing public access to reasons for judgment is an important aspect of the open courts principle as it allows for justice to be seen to be done. Having judgments available on court websites enhances access to the courts. Free access to all decisions of the court also facilitates research for the legal profession, the media, and the public. On the other hand, concerns have been raised about the need to place certain judgments, particularly family judgments which contain sensitive personal information which may be relevant only to the parties before the court, on the internet for all to see.

¹ On-line: The Canadian Judicial Council <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/OpenCourts-2-EN.pdf>>.

[11] In debating this question, the sub-committee considered the risks of placing judgments on court websites. One potential risk examined was liability for defamation and whether posting a judgment to the internet constitutes publication for the purposes of the law of defamation. Posting material on the internet has been held to constitute publication for the purposes of the law of defamation². However, judges enjoy an absolute privilege to write and speak without legal liability for defamation when doing so in the context of a judicial proceeding.³ This includes written reasons for judgment.⁴ One author describes the rationale for this immunity from prosecution as follows:

... in the proper administration of justice, the participants in such proceedings should feel free to speak freely, frankly, openly and candidly and not be subject to constraints inhibiting the disclosure of the processing of information essential to the judicial process or be left open to fear of influence by fear of a possible defamation action and the vexation of having to defend them.... The privilege promotes the search for the truth, the very heart of the process.⁵

[12] It has been held that this immunity is unchanged by the fact that a judge has permitted his or her judgment to be broadcast through the communications media.⁶ However, the publishing of judgments on court websites is a function performed by court staff. This immunity has been held to extend to court staff who carry out the administrative duties.⁷ Thus, it would appear that there is little risk of liability for defamation for court staff in posting judgments to court websites.

² *Vaquero Energy Ltd. v. Weir*, 2004 ABQB 68; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, [2004] O.J. No. 2329; *Ross v. Holley*, [2004] O.J. No. 4643

³ Linden, *Canadian Tort Law*, 6th Ed. (Toronto: Butterworths, 1997) at 699.

⁴ *Stark v. Auerback* (1979), 11 B.C.L.R. 355 (S.C.)

⁵ Brown, *The Law of Defamation in Canada*, 2nd Ed. Looseleaf (Toronto: Carswell, 1999) at para 12.4(1).

⁶ *Irwin v. Ashurst*, 158 Or 61, 74 P.2d 1127 (1938) as quoted in Brown, *supra* at para 12.4(4)(b)

⁷ *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.). Here the plaintiff, Crispin, was incorrectly named as a defendant in a default summons. He took steps to have the correct defendant substituted in the pleadings. In spite of this correction, when the registrar entered default judgment, he mistakenly entered Crispin's name in the civil record book as the defendant. This information was then subsequently published in a local weekly business publication. The court found that the registrar was exercising a judicial function in entering the name in the civil record book and on that basis held that he was immune from prosecution for defamation. However, the court went on to consider whether judicial immunity extends to court staff performing purely administrative functions. The court held as follows at page 252:

The immunity is not confined to words spoken or written in a Courtroom. It extends to at least some categories of documents prepared outside a Courtroom collateral to the case concerned. Well known examples are briefs of evidence for witnesses as in *Thompson v. Turbott*, pleadings as in *Atkins v. Mays*, and written decisions or findings as in *Jekyll v. Sir John Moore* (1806) 6 Esp 63 and *Addis v. Crocker* [1961] 1 QB 11. The authors of such decisions are entitled to immunity. Logically, those responsible for recording and directing such decisions should have like protection. The underlying policy is that those required to exercise judicial functions should have

[13] Although the sub-committee was not able to come to a unanimous view on this question, it recommends that courts be encouraged to post all of their written judgments on their own court websites or make them available to other publicly accessible sites such as the site hosted by CANLII. While there may be privacy concerns associated with doing so, a majority of the sub-committee holds the view that these concerns are outweighed by the benefits of facilitating open access to the decisions of the court and that any adverse impacts on the privacy of justice system participants can be significantly reduced by following the guidelines set out in the attached protocol.

freedom to speak and act without fear of reprisal. That will be subverted if, while the author is free from attack, his subordinates in the form of officers of the Court required to record and despatch his decisions are not protected. Obviously a judge must not be in a position where he knows that what he does or says may expose the staff of his Court to a personal liability.... The position of a Registrar who records a judgment will indeed involve "perilous duty" if not protected by immunity, and the judiciary will indeed have a very weak flank if despite individual immunity for Judges, Court staff are open to attack. I have no doubt that even if a registrar recording entry of a judgment by default is at that stage merely acting administratively, he is protected by the immunity. The administration of justice requires it.

Recommended Protocol for the Use of Personal Information in Judgments

I. Why a Protocol is Needed

[14] The principle of open justice is a cornerstone of our judicial system. Except in the most exceptional of cases, proceedings before the court are open to the public. Generally speaking, the identity of participants in court proceedings is a matter of public record and, for the most part, individuals are not protected from being named in reasons for judgment. However, it is also clear that there are times when the privacy interests of participants in the judicial system outweigh the public interest of open justice. This is reflected in legislative and common law restrictions on the publication of certain personal facts or information disclosed in court documents, proceedings, and reasons for judgment.

[15] In the past, judgments were made accessible to the public through court registries and legal publishers. Decisions were published through law reports and were traditionally available only at law libraries and more recently, through electronic subscription services. Where publication bans were ordered by the court, commercial case law reporters traditionally assumed the task of editing reasons before publication to ensure compliance with the law.

[16] In the past ten years, court decisions have been made much more widely available over the internet on court websites. Judicial decisions are now available free of charge to any member of the public who has access to a computer and an internet connection. This is a very positive development which greatly enhances access to justice by giving more members of the public the opportunity to understand how court decisions are made. At the same time, the wide dissemination of decisions by the courts over the internet has raised new privacy concerns that must now be addressed by the courts and the judges. Reasons for judgment in any type of proceeding before the court can contain personal information about parties to the litigation, witnesses, or third parties with some connection to the proceedings. Beyond the restrictions imposed by legislative and common law publication bans, some have begun to question the need to disseminate sensitive personal information in judgments which are posted on the internet.

[17] Courts across Canada have developed a variety of different solutions to protect the privacy of the parties and others involved in litigation. Although concerns about personal information can arise in any type of proceedings, decisions involving family law matters are particularly sensitive. Some courts do not publish family law decisions on their websites; others publish only headnotes, using initials; while others publish the decisions with full names. The anomalies in the electronic publishing of judgments across jurisdictions were highlighted in the *Discussion Paper on Open Courts, Electronic Access to Court Records and Privacy* prepared by the Judges Technology Advisory Committee for the Canadian Judicial Council at

paragraphs 55 to 57. The uneven dissemination of family law judgments across the country has caused some concern among the public and legal community as the internet has come to be a resource heavily relied upon by the public, lawyers and the media for information on noteworthy decisions and case law research.

II. Objectives of the Protocol

[18] The purpose of the protocol is to encourage consistency in the way judgments are drafted when publication bans apply or when the privacy interests of the parties and others involved in proceedings should be protected. It is preferable to have judges address these issues when their decisions are drafted, rather than to have decisions either edited inconsistently by the various publishers after they are issued, or to have judgments removed from the scrutiny of the public and the legal community by not posting them to court websites. It is hoped that through use of the protocol, courts will be encouraged to publish all of their decisions on the internet and to reconsider whether it is necessary to exclude certain classes of cases from internet publication to adequately protect privacy.

[19] This protocol is intended to assist judges in striking a balance between protecting the privacy of litigants in appropriate cases and fostering an open judicial system when drafting reasons for judgment. As noted above, unless there are publication bans in place with respect to the name of a party, individuals, are generally not protected from being named when involved in court proceedings. However, even in cases where no publication ban is in place, it may still be appropriate for a judge when drafting reasons to omit certain personal information from a judgment in the interest of protecting the privacy of the litigants or other participants in the proceedings. The protocol establishes some basic types of cases where individual identities or factual information needs to be protected and suggests what types of information should be removed. There are four objectives which must be taken into account when determining what information should be included or omitted from reasons for judgment:

- 1) ensuring full compliance with the law;
- 2) fostering an open and accountable judicial system;
- 3) protecting the privacy of justice system participants where appropriate;
and
- 4) maintaining the readability of reasons for judgment.

[20] Compliance with the law relates to decisions where there are legal publication restrictions in place. Openness of the judicial system requires that even where restrictions are in place or a case involves highly personal information, such as in family matters, the public still should have access to the relevant facts of the case and the reasons for the judge's decision. The tensions among these objectives need to be considered when editing judgments for privacy concerns. For example,

publishing egregious facts in a case may be seen to violate privacy concerns of a litigant, but if these facts are highly relevant to the case and in particular, to an understanding of the decision reached, their omission would deny the public full access to the judicial system. It is also important to ensure that judgments are understandable and that the removal of information does not hinder the ability of the public to comprehend the decision that has been reached.

III. Levels of Protection

[21] The protocol addresses the following three levels of protection:

- A. **Personal Data Identifiers:** omitting personal data identifiers which by their very nature are fundamental to an individual's right to privacy;
- B. **Legal Prohibitions on Publication:** omitting information which, if published, could disclose the identity of certain participants in the judicial proceeding in violation of a statutory or common law restriction on publication; and
- C. **Discretionary Protection of Privacy Rights:** omitting other personal information to prevent the identification of parties where the circumstances are such that the dissemination of this information over the internet could harm innocent persons or subvert the course of justice.

A. *Personal Data Identifiers*

[22] The first level of protection to be considered relates to information, other than a person's name, which serves as part of an individual's legal identity. This type of information is typically referred to as personal data identifiers and includes:

- day and month of birth;
- social insurance numbers;
- credit card numbers; and
- financial account numbers (banks, investments etc.).

[23] This type of information is susceptible to misuse and, when connected with a person's name, could be used to perpetrate identity theft especially if such information is easily accessible over the internet. Individuals have the right to the privacy of this information and to be protected against identity theft. Except in cases where identification is an issue, there is rarely any reason to include this type of information in a decision. As such, this type of information should generally be omitted from all reasons for judgment. If it is necessary to include a personal data identifier, consideration should be given to removing some of the information to obscure the full identifier.

**B. Legal Prohibitions on Publication – Statutory and Common Law
Publication Bans and Legislative Restrictions**

[24] Publication bans are imposed either by order of the court or through the operation of a federal or provincial statute. The most common bans occur in the context of *Youth Criminal Justice Act* matters, criminal pre-trial proceedings, criminal jury matters and criminal proceedings relating to sexual and other violent criminal offences. Typically, these bans prohibit the publication of the identity, or any information which would disclose the identity, of a complainant, witness or youth dealt with under the *Youth Criminal Justice Act*. Provincially there may also be statutory bans in proceedings involving adoption, family law, child protection, health and social assistance statutes, as well as some professional discipline statutes.

[25] Appendix A provides guidelines for the removal of names from a decision where it is appropriate to do so. However, avoiding the use of the name of the person who is sought to be protected by a publication ban is often not sufficient in and of itself to prevent disclosure of identity. Sometimes further information connected to the individual must also be omitted to ensure that the identity is protected. The following general considerations may be helpful in determining what further information should be avoided to comply with a publication ban:

- The presence of **personal data** (e.g., address, account numbers) and **personal acquaintances' information** (e.g., personal data of parents, workplace, school) in a decision represents a high risk of disclosure of identity and should not be included in a judgment where there is a prohibition on publishing the identity of a person.
- With respect to the ability of the public to understand why a decision was reached, **specific factual information** (names of communities, accused persons or persons acting in an official capacity) tends to have little or no legal relevance in and of itself, while **general factual information** (age, occupation, judicial district of residence) tends to be more relevant.
- Sometimes the presence of **specific factual information** could increase the risk of identification. This type of information should also be avoided unless it is clear that once **personal data** is eliminated from the judgment, there is a minimal risk of identification through this **specific factual information**. Caution should be exercised here as often leaving such specific factual information out can impair the readability of the reasons for judgment.
- The presence of **general factual information** in a decision tends to represent a low risk of identification of a person if **personal data** (e.g., name, address) and **personal acquaintances** have not been included.

[26] Avoiding **personal data, personal acquaintances' information** and **specific factual information** will generally be sufficient to prevent the disclosure of the identity of the person sought to be protected by the ban. The following list more specifically identifies the types of information which falls into these three categories of information.

1. Personal Data

[27] Personal data is information that allows for direct or indirect contact with a person. This would include:

- Names, nicknames, aliases;
- Day and month of birth;
- Birthplace;
- Addresses – street name and number, municipality, postal code, phone, fax, e-mail, URL, IP address;
- Unique personal identifiers (e.g., numbers, images or codes for social security, health insurance, medical record, passport, bank or credit card accounts);
- Personal possession identifiers (e.g., licence or serial number, property or land identification, corporate or business name).

2. Personal Acquaintances Information

[28] Personal acquaintances information is names and other personal data of persons or organizations with which a person is directly involved. This type of information would include names and other personal data of:

- Extended family members: parents, children, brothers and sisters, in-laws, grandparents, cousins;
- Foster family members, tutors, guardians, teachers, babysitters;
- Friends, co-habiting persons, lessors, tenants, neighbours;
- Employers, employees, co-workers, business associates, schools, sports teams.

3. Specific Factual Information

[29] This type of information includes:

- Names of communities or geographic locations;
- Names of accused or co-accused persons (if not already included in the publication restriction);
- Names of persons acting in an official capacity (e.g., expert witnesses, social workers, police officers, physicians);

- Extraordinary or atypical information on a person (e.g., renowned professional athlete, very large number of children in the family, unusually high income, celebrity).

[30] If personal data and any other potentially identifying information is avoided in the judgment, certain other types of specific factual information may be safely included if doing so will improve readability and is required to explain the rationale for the decision. The possibility that some people in the local area may be able to deduce the individual involved by piecing together the specific factual information should not outweigh the public interest in providing a cohesive, reasoned decision. This type of information would include:

- Year of birth, age;
- Gender and sexual orientation;
- Race, ethnic and national origin;
- District, jurisdiction and country of birth and residence;
- Professional status and occupation;
- Marital and family status;
- Religious beliefs and political affiliations.

C. Discretionary Protection of Privacy Rights

[31] Absent a legislative or common law publication ban, there may be exceptional cases where the presence of egregious or sensational facts justifies the omission of certain identifying information from reasons for judgment. However, such protection should only be resorted to where there may be harm to minor children or innocent third parties, or where the ends of justice may be subverted by disclosure or the information might be used for an improper purpose. In such a situation it may be necessary to avoid the use of information which identifies the parties in order to protect an innocent third party.

[32] Protection of the innocent from unnecessary harm is a valid and important policy consideration (see *A.G. of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175). In these cases, the judge must balance this consideration with the open court principle by asking how much information must be included in the judgment to ensure that the public will understand the decision that has been made. It should be noted that where there is no publication ban in place, the identity of persons sought to be protected by editing reasons for judgment may still be ascertainable by examining the actual court file. Thus, full access to the record is maintained for those who have sufficient reason to take the extra step of attending at the registry or doing an online search for court records. However, by not disseminating the information to easily accessible court websites, some level of protection is maintained.

[33] Cases in which it may be appropriate to exercise a discretion to remove personal identifying information may include those involving allegations of sexual assault or exploitation or the sexual, physical or mental abuse of children or adults.

In such cases, consideration should be given to whether the identity of the victims should be included in reasons for judgment. The abuse of children may be severe enough to warrant name protection if the children were subjected to serious physical or psychological harm. The protection might also be extended in situations where the child welfare authorities have been contacted concerning abuse or lack of care, or if there is any mention of child protection proceedings, foster care, guardianship or wardship. In divorce or custody proceedings where allegations of sexual abuse are made, consideration could be given to protecting the identity of all family members, even where the allegation is unfounded. In proceedings where a paternity issue is raised, it may also be appropriate to protect the identity of the children involved.

References:

Alberta Courts Website Privacy Policy (Revised May 17, 2002) (contact Kate Welsh, Privacy Officer)

Brenner, Chief Justice Donald I. and Hoffman, Judith, *Electronic Filing, Access to Court Records and Privacy*, Report Prepared for the Administration of Justice Committee, Canadian Judicial Council (March, 2002)

British Columbia Court of Appeal “*Guidelines for Protecting Privacy Interests in Reasons for Judgment*” (2004)

Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy, Discussion Paper prepared on behalf of the Judges Technology Advisory Committee, Canadian Judicial Council, (May 2003)

Pelletier, Frédéric, *Protecting Identities in Published Case Law* (December 12, 2003)

Quicklaw Case Name Indexing Manual (July 2001)

Appendix A

Removing Names from Decisions

[34] Where it is considered to be appropriate to avoid using a name in a decision, the name should be replaced either with initials, omission marks or both, as provided for below. Initials are used to allow for the creation of a wider variety of case names (e.g., “*M.L. v. D.L.*”).

[35] In very rare instances where initials, combined with the facts of the case, would clearly reveal the identity of an individual or of an organization, the letter “X” is used to replace the name instead of initials. For an additional individual or organization, the letter “Y” is used for the second individual/organization named, then “Z” for the third, “A” for the fourth, “B” for the fifth, and so on.

[36] The same initials are used to replace each occurrence of an individual or an organization’s name throughout the judgment, including cover pages and headnotes, even if there are variations in the way this individual/organization is referred to in the decision.

[37] If the judge has expressly used a fictitious name to replace a real name, this fictitious name must be used throughout the decision.

A. Name of an Individual

[38] When the name of an individual must be replaced, the full initials of the name are used: one initial for each forename and one initial for the surname.

[39] Only one initial is used for a compound or hyphenated forename or surname.

Examples:

<u>Name</u>	<u>Replaced by:</u>
Mary Jane Davis	M.J.D.
Linda S. St-James	L.S.S.
Kate van de Wiel	K.V.
John McKeown	J.M.
Sean O’Neil	S.O.
Marie-Claude Desbien-Marcotte	M.D.
Simon B. de Grandpré	S.B.D.

[40] To avoid confusion between many individuals who have the same initials, a fictitious initial is added after the first forename of the other persons named in the decision that have the same initials. This fictitious initial is the second letter of the person's first forename for the second one named, the third letter for the third named, and so on.

Examples

<u>Names</u>	<u>Replaced by</u>
John McKeown and James Morgan	J.M. and J.A.M.
Mary Jane Davis and Mark John Dalton	M.J.D. and M.A.J.D.
Mary, Mark and Mario Davis	M.D., M.A.D. and M.R.D.

B. Name of an Organization

[41] When the name of an organization is to be avoided (e.g., for a person's employer, a business, a community or a school), only its first initial is used, followed by omission marks.

Examples

<u>Names</u>	<u>Replaced by</u>
Air Canada	A....
John McCain Auto Parts Inc.	J....
Sydney Steel Corporation	S...
Municipality of Truro	T...

[42] To avoid confusion between two organizations which are being referred to by initials but have the same initial, a second letter is added to the initial of the name of the second organization named in the decision that has the same initial. This second letter is the second letter of the organization's name for the second one named, the third letter for the third named, and so on.

Examples

<u>Names</u>	<u>Replaced by</u>
Air Canada and Alimport Inc.	A... and A.L....
Air Canada, Alimport and Alcan	A..., A.L.... and A.C....

Electronic Disclosure of Personal Information in the Decisions of Administrative Tribunals

What should administrative tribunals consider when contemplating Internet publication of their decisions?

Federal administrative and quasi-judicial tribunals consider issues such as the denial of pension and employment insurance benefits, compliance with employment and other professional standards, allegations of regulatory violations, and challenges to federal public service hiring processes. These bodies, which are governed by the Privacy Act, commonly publish their decisions on the Internet, even though the decisions often contain personal details that not many people would be comfortable sharing widely – salaries, physical and mental health problems, detailed descriptions of disputes with employers, and alleged wrongdoing in the workplace. Other information of questionable relevance is also sometimes included in the published decisions, such as the names of children, home addresses, places and dates of birth, and descriptions of criminal convictions for which a pardon has been granted.

Our Office has long shared the concerns of individuals who fear that participating in a tribunal proceeding could violate their privacy when the decision is ultimately posted online. Our Office, in consultation with our provincial and territorial counterparts, has therefore developed the following guidelines, aimed at maintaining the transparency of administrative justice, while also protecting the privacy of individuals.

Introduction

Administrative and quasi-judicial bodies ("tribunals") widely utilize the Internet as an efficient, inexpensive and effective tool to communicate their decisions to the public. The benefits are many. By electronically disseminating their decisions, tribunals can better educate the public about their mandates, make precedent-setting decisions readily accessible, promote transparency and demonstrate accountability.

However, tribunal decisions may contain significant amounts of personal information. Some of this may be sensitive information, such as information about medical conditions, financial circumstances or mental health issues.

Often, the format of tribunal decisions published on the Internet and the personal information they contain has not changed to reflect the reality that the Internet provides unlimited access to tribunals' decisions to unlimited persons for unlimited uses.

Canada's information and privacy oversight agencies wish to highlight the challenges posed by Internet publication of personal information in tribunal decisions. When personal information is made available on the Internet, individuals are at greater risk of identity theft, stalkers, data profilers, data miners and discriminatory practices; personal information can be taken out of context and used in illegitimate ways; and individuals lose control over personal information they may well have legitimately expected would be used for only limited purposes.

In drawing attention to the privacy challenges posed by Internet publication of tribunal decisions, Canada's information and privacy oversight agencies do not intend to suggest steps that would limit access to personal information the publication of which is demonstrably necessary to achieve the legitimate goals of openness, accountability and transparency.

The courts are increasingly grappling with these difficult issues and many have developed policies to limit the disclosure of personal information through Internet publication of decisions. The purpose of this document is to help tribunals appropriately balance openness and personal privacy when publishing their decisions online by suggesting answers to a few key questions.

Given the diversity of tribunals, their enabling legislation and the mandates they discharge, a 'one-size-fits-all' approach to the disclosure of personal information on the Internet is not possible. This document offers general guidance for tribunals to adapt and apply to their individual circumstances as they attempt to achieve an appropriate balance between privacy and openness in the publication of their decisions on the Internet. The suggestions set out in this document are, for clarity, restricted to the publication of tribunal decisions on the Internet.

How can a tribunal be transparent about the disclosure of personal information?

Transparency will lessen the risk of privacy-related conflicts by providing important information to the parties and witnesses in advance, helping to manage the parties' expectations and enabling them to make informed choices. To make your tribunal's practices transparent:

- Advise the parties of the specific policies, statutes and regulations that govern your tribunal's information-handling rules.

- Give the parties notice of preliminary processes through which personal information may be identified and protected from disclosure prior to a public hearing.
- Publish a written notice that describes your tribunal's practices regarding the publication of personal information online and in reasons for decision. This notice should identify:
 - the type of information that is generally made available to the public via the Internet;
 - how decisions are published electronically;
 - whether and when personal identifiers are included in decisions published on the Internet; and
 - what procedures are available for parties and witnesses to make submissions about the electronic disclosure of personal information of particular concern.
- Develop a policy to guide your tribunal's exercise of discretion concerning the disclosure of personal information in decisions posted on the Internet and maintain a clear record of all decisions made pursuant to this policy.

What should a tribunal consider when seeking to balance privacy and openness?

The open court principle promotes public and media access to many tribunal proceedings. It exists to ensure the effectiveness of the evidentiary process, encourage fair and transparent decision-making, promote the integrity of the justice system and inform the public about its operation. However, this principle does not necessitate the limitless disclosure of personal information consistent with the full capacity of all available technologies.

The legislated provisions applicable to tribunals must also be considered. A tribunal's own enabling legislation may specifically regulate what personal information may or must be included in its decisions. And many tribunals are subject to privacy legislation that creates a statutory entitlement to the protection of personal information and sets out the circumstances in which this right can yield to other interests and policy objectives. As a best practice, every tribunal should consider whether it is appropriate to disclose personal information absent a clearly identified public interest in disclosure, whether it is subject to privacy legislation or not.

When seeking to strike an appropriate balance between privacy and openness, tribunals are encouraged to:

- Assess the extent to which your tribunal's enabling legislation indicates decisions should be made available to the public at large.
- Determine whether your tribunal is subject to any legislation that would prohibit or limit the public disclosure of parties and witnesses' personal information and/or reasons for decision.
- If the disclosure of personal information in decisions is permitted, assess whether the disclosure of personal information under consideration is necessary or appropriate.
 - Consider and specifically identify the public interest in the electronic disclosure of the identities of parties or witnesses in each case.
 - For example, a public interest in the disclosure of identifying information may include protecting the public from fraud, physical harm or professional misconduct or promoting deterrence.
 - If there is a clearly identified public interest in the electronic disclosure of the identities of parties or witnesses in a particular case, weigh other relevant factors, including:
 - the sensitivity, accuracy and level of detail of the personal information;
 - the context in which the personal information was collected;
 - the specific public policy objectives and mandate of your tribunal;
 - the expectations of any individual who may be affected;
 - the possibility that an individual to whom the information relates may be unfairly exposed to monetary, reputational or other harm as a result of a disclosure;
 - the gravity of any harm that could come to an individual affected as a result of the disclosure of personal information;
 - the public interest in the proceedings and their outcome;
 - the finality of your tribunal's decision and the availability of a right of appeal or review; and
 - any special circumstances or privacy interests specific to individual cases.
- After weighing the relevant factors, determine whether disclosure of the identity of each party or witness is actually necessary to satisfy the public interest in disclosure.

- Where a tribunal determines that the public interest requires disclosure of a party's or witness' personal information, provide appropriate notice of decisions respecting the disclosure of personal information to the parties affected and to anybody to whom notice must be provided under statute.

How can a tribunal limit disclosure to that which is necessary?

In many cases, a tribunal can comply with privacy legislation and accomplish its goals with respect to openness, accountability and transparency through the publication of de-identified reasons for decision – reasons that do not include the names of parties or witnesses or other personally identifying information.

- Decisions should generally be written in a de-identified manner to the greatest extent possible.
 - Mask identities in decisions through the use of initials or pseudonyms.
 - Encourage decision-makers to draft all decisions with a view to eliminating the inclusion of unnecessary and sensitive personal information that is not essential to an understanding of the decision or the decision-making process.
 - To assist decisions-makers, encourage parties to consider withholding clearly immaterial personal information from their submissions, which would include specific identifiers like social insurance numbers not relevant to matters in issue.
- If personal identifiers including names are included in a tribunal's reasons, edit decisions made available to the public to remove those identifiers that are not relevant to the decision rendered, which will normally include data elements such as: addresses, dates of birth, names of a party's family members, identification document numbers and workplace names and locations.

How can a tribunal utilize the benefits of technology while minimizing the privacy risks?

Just as technology can augment risks to privacy, it can also assist to lessen or control the privacy risks inherent in the electronic disclosure of personal information.

- Employ technological means of protecting privacy on your website. Consider using web robot exclusion protocols and eliminating the option of public search queries by name, to lessen the risk of unintended and negative consequences for individuals who may be personally identified in decisions posted on the Internet.

February 2010