

A-273-90

A-273-90

**Consumer and Corporate Affairs (Appellant)****Ministère des Consommateurs et des Sociétés (appelant)**

v.

a c.

**Iain Hunter (Respondent)****Iain Hunter (intimé)**

**INDEXED AS: HUNTER v. CANADA (CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: HUNTER c. CANADA (MINISTÈRE DES CONSOMMATEURS ET DES SOCIÉTÉS) (C.A.)**

Court of Appeal, Pratte, Mahoney and Décary J.J.A.—Ottawa, January 9 and March 26, 1991.

Cour d'appel, juges Pratte, Mahoney et Décary, J.C.A.—Ottawa, 9 janvier et 26 mars 1991.

*Access to information — Application for access to declarations made by ministers and senior officials under Conflict of Interest and Post-Employment Code — Review by Federal Court under s. 41 — Whether Court may order confidential access by counsel for purpose of arguing application — Act, s. 47, requiring Court to take every reasonable precaution to avoid disclosure — Common law practice of giving counsel confidential access — Parliament creating array of provisions for access and secrecy — S. 47 giving court discretion as to access to counsel, means of protecting confidentiality — Trial Judge erred in ordering access without first viewing documents.*

*Accès à l'information — Demande de communication de déclarations faites par des ministres et de hauts fonctionnaires en vertu du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-mandat — Révision par la Cour fédérale en vertu de l'art. 41 — Il échet de déterminer si la Cour peut ordonner la communication en toute confidentialité de certains documents à l'avocat aux fins de lui permettre de faire valoir le bien-fondé de la demande — L'art. 47 de la Loi prévoit que la Cour doit prendre toutes les précautions possibles pour éviter la divulgation de documents — En common law, la pratique veut que l'on communique confidentiellement les documents aux avocats — Le parlement a créé tout un ensemble de dispositions relatives à la communication et à la confidentialité — L'art. 47 confère à la Cour des pouvoirs discrétionnaires sur la communication aux avocats et sur le choix des moyens retenus pour assurer la confidentialité — Le juge de première instance a fait erreur en ordonnant la communication des documents sans les avoir d'abord examinés.*

*Practice — "Gap" rule — Access to Information Act, s. 45 providing application to be heard under rules made by Court — Court not having adopted such rules — R. 1402(8) applied, by analogy, to applications under Act, s. 41.*

*Pratique — Règle des «lacunes» — L'art. 45 de la Loi sur l'accès à l'information prévoit qu'une demande doit être entendue conformément aux règles adoptées par la Cour — La Cour n'a pas adopté de règles semblables — La Règle 1402(8) s'applique, par analogie, aux demandes présentées en vertu de l'art. 41 de la Loi.*

This was an appeal and cross-appeal from a Trial Division order that the defendant give the plaintiff's counsel access to records which the defendant claims to be exempt from disclosure under the *Access to Information Act* but not requiring that the deponent of an affidavit answer questions upon his cross-examination.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés d'une ordonnance prononcée par la Section de première instance, selon laquelle le défendeur devait communiquer à l'avocat du demandeur certains documents qu'il considérait comme exclus en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais l'auteur d'un affidavit n'était pas tenu de répondre à des questions posées au cours de son contre-interrogatoire.

The plaintiff applied for access to the declarations filed by the Prime Minister, cabinet ministers and senior officials pursuant to the government's conflict of interest and post-employment guidelines. Those guidelines require federal office holders to report certain property and investments. The appellant rejected the request, asserting the exemption for confidential personal records under subsection 19(1). Respondent's complaint to the Information Commissioner having failed, he applied to the Trial Division for a review under section 41 of the Act.

Le demandeur a demandé la communication de déclarations déposées par le premier ministre, des ministres du Cabinet et de hauts fonctionnaires en vertu des directives du gouvernement en matière de conflit d'intérêt et d'après-mandat. Ces directives prévoient que les titulaires de charge publique doivent rendre compte de certains placements et propriétés. L'appellant a rejeté la demande au motif que les documents personnels de nature confidentielle sont exclus en vertu du paragraphe 19(1). Après s'être plaint sans succès devant le Commissaire à l'information, l'intimé a demandé à la Section de première instance une révision de la décision de refus, conformément à l'article 41 de la Loi.

In the Trial Division, the appellant filed an affidavit of the Assistant Deputy Registrar General of Canada. The deponent was examined, but declined to answer questions requesting him to produce the records at issue, to identify the persons whose records were affected, or to detail disciplinary measures taken against persons who had contravened the guidelines. On the basis of Trial Division case law, and considering that the respondent's counsel held a security clearance, Madam Justice Reed ordered that counsel be given access, but not that the questions be answered.

*Held*, the appeal should be allowed, and the cross-appeal dismissed.

*Per Pratte J.A.* (concurring in the result): The Court may, in general, order a party to produce relevant evidence in its possession for inspection by other parties. The Court may not, however, exercise that power where to do so would imply a determination of the very issue before the Court, or where the law forbids it. The *Access to Information Act*, s. 47, explicitly requires the Court to "take every reasonable precaution . . . to avoid disclosure" of the record in question until it has been determined that the information must be disclosed under the Act.

The questions put to the deponent on disciplinary measures for breach of the conflict of interest policy were irrelevant, as the only issue before the Court was whether the Act authorized the appellant to refuse to disclose the records.

*Per Décary J.A.*: The common law rule that hearings should not be held *in camera*, that representations should not be made *ex parte* and that parties should not be denied access to material relevant to the Court's decision arose from three fundamental premises on which our judicial system is based: that trials are in open court, that the procedure is adversarial, and that the rules of natural justice apply, including the rule that each party sees everything relevant to the decision. One of the exceptions to the rule occurs in proceedings where what is at issue is the confidentiality of a document. One method developed by the courts to protect confidential information, while preserving the fundamental principles of the judicial system, is to give counsel access upon their undertaking not to reveal the information, even to their clients.

Parliament has, in a number of statutes, legislated an array of techniques for balancing the protection of sensitive information against the possibility for the public, or affected parties, to challenge the claim to confidentiality. Where it considered the needs of the state required it, it has excluded any challenge; it has dictated specific techniques for protecting information; and, in some statutory regimes, it has left it to the courts to choose the most appropriate technique. When the legislator provides

Devant la Section de première instance, l'appelant a déposé l'affidavit du Sous-registraire général adjoint du Canada. L'auteur de l'affidavit a été interrogé, mais il a refusé de répondre à des questions qui l'aurait obligé à produire les documents en cause, d'identifier nommément les personnes dont les documents étaient en litige ou de décrire en détail les mesures disciplinaires prises à l'encontre des personnes qui n'avaient pas respecté les directives. D'après la jurisprudence de la Section de première instance, et compte tenu du fait que l'avocat de la partie intimée détenait une habilitation de sécurité, Madame le juge Reed a ordonné que les documents soient communiqués à l'avocat, sans demander au témoin de répondre aux questions.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli et l'appel incident, rejeté.

Le juge Pratte, J.C.A. (motifs concordants quant au dispositif): De façon générale, la Cour peut ordonner à une partie de produire des éléments de preuve pertinents qu'elle a en sa possession afin de permettre aux autres parties de les inspecter. Cependant, la Cour ne saurait exercer ces pouvoirs lorsqu'il s'ensuivrait une détermination de la véritable cause en litige devant la Cour ou lorsque la loi l'interdit. L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose clairement à la Cour le devoir de prendre «toutes les précautions possibles . . . pour éviter que ne soit divulgués» les documents en cause avant d'avoir tout d'abord déterminé si les renseignements en question doivent être divulgués en vertu de la Loi.

Les questions posées à l'auteur de l'affidavit au sujet des mesures disciplinaires prises à la suite d'un manquement à la politique relative aux conflits d'intérêt ne sont d'aucune pertinence puisque la seule question dont la Cour est saisie est de savoir si la Loi permettait à l'appelant de refuser de communiquer les documents demandés.

Le juge Décary, J.C.A.: La règle de common law voulant que l'audience ne se déroule pas à huis clos, que les arguments ne soient pas présentés en l'absence d'une partie et que les parties ne se voient pas refuser l'accès à des documents pertinents aux fins de la décision du tribunal tire son origine de trois principes fondamentaux dans notre système judiciaire: la publicité des débats, la nature contradictoire des procédures et l'application des règles de justice naturelle, dont le droit de chaque partie de prendre connaissance de tout élément pertinent aux fins de la décision du tribunal. L'une des exceptions à cette règle est celle où le litige porte précisément sur la confidentialité d'un document. L'un des moyens auxquels les tribunaux ont recours pour assurer la protection des renseignements confidentiels consiste à donner aux avocats des parties accès à ces renseignements sous réserve de l'engagement d'en préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients.

Dans un certain nombre de lois, le Parlement a adopté un ensemble de techniques pour établir un équilibre entre la nécessité de protéger la confidentialité de certains renseignements et la possibilité pour le public et les parties au litige de mettre en question la confidentialité alléguée. Lorsque le Parlement a jugé que les impératifs étatiques l'exigeaient, il a exclu toute forme de mise en question, il a décidé d'imposer un moyen particulier pour protéger les renseignements confidentiels et, dans certains régimes, il a laissé aux tribunaux le soin de choisir le moyen qui leur apparaissait convenir le mieux. Lorsque le Parlement a, dans une même loi, établi différents

for various techniques in a single statute, it intends particular approaches to apply to particular situations.

Section 47 of the Act, the ambiguity of which was the only certain thing about it, was to be interpreted in the context of the entire Act. The purpose of the Act is stated, in section 2, to be "to provide a right of access to information . . . in accordance with the principle that government information should be available to the public . . . and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government". The Act, in section 48, places upon the government institution the burden of justifying a refusal to disclose. It provides, most unusually, for unsuccessful applications to have their costs where an application "has raised an important new principle".

The Act stipulates some situations in which refusal to disclose is mandatory, others where it is optional. If Parliament had intended to direct the Court to deny all access to counsel pending the determination of disclosure, it would have said so in language like that in sections 35 and 52, or in the wording used in the *Canadian Security Intelligence Service Act* and the *Immigration Act*. That Parliament did not explicitly put aside principles of openness and adversarial process in section 47 commands a narrower construction thereof. Any ambiguity in section 47 should, therefore, be resolved in such a way as to encourage adversarial proceedings, to favour disclosure, to give meaning to the burden of proof, and to ensure that judicial review is carried out "independently of government". The construction which empowers the Court to grant counsel access for the purpose of arguing the application is the only one consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act.

Since the Court has not adopted the "special rules" it was directed by section 45 to make, resort may be had to the "gap" rule, Rule 5. The procedure under Rule 1402 for providing evidence in confidence to counsel in anti-dumping cases may be adopted by analogy, as may the practice of protective orders in patent cases. The minimum standard of disclosure is a question of fact in each case. Where it is the nature of the information which is at issue, rather than its contents, counsel need not see the actual record. The Court can require the communication to counsel of a summary or a general description of the record. That is what should have been done in this case. In other cases, the Court can impose conditions of access that vary according to the nature of sensitivity of the information. Where, for example, the information is classified "secret", only counsel holding a corresponding security clearance may be given access.

The Court below erred in making an order for access without first viewing the documents. The Court can decide that access should be granted and determine the extent and conditions thereof only after having examined the record at issue.

moyens, il a voulu qu'une technique particulière s'applique pour chaque cas particulier.

L'article 47 de la Loi, qui n'a de certain que son ambiguïté, doit être interprété dans le contexte de l'ensemble de la Loi. L'objet de la Loi, énoncé à l'article 2, est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale «en consacrant le principe du droit du public à leur communication, . . . les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». À l'article 48, la Loi impose à l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication. Elle prévoit, de façon fort inusitée, que les demandeurs déboutés auront droit aux frais et dépens si le recours «a soulevé un principe important et nouveau».

La Loi prévoit certains cas où le refus de communication est obligatoire et d'autres où il est facultatif. Si le Parlement avait voulu imposer à la Cour l'obligation de refuser toute communication aux avocats pendant l'instance, il l'aurait fait dans un langage semblable à celui utilisé aux articles 35 et 52 ou dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et la *Loi sur l'immigration*. La réticence du Parlement à écarter totalement, à l'intérieur de l'article 47, la publicité des débats et la nature contradictoire des procédures appelle une interprétation étroite de cette disposition. Il convient donc de résoudre toute ambiguïté décelée à l'article 47 de manière à encourager les débats contradictoires, à favoriser la partie demandant la communication, à donner tout son sens à la charge de preuve et à faire en sorte que le contrôle judiciaire soit réellement un «recours indépendant[s] du pouvoir exécutif». L'interprétation qui permet à la Cour de permettre la communication de renseignements à l'avocat pour qu'il puisse faire valoir le bien-fondé de la demande est la seule qui soit compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la Loi.

La Cour n'ayant pas adopté de «règles spéciales», comme le prescrit l'article 45, on peut faire appel à la règle 5, celle dite des «lacunes». On pourrait adopter, par analogie, la pratique prescrite à la Règle 1402 à l'égard de la communication d'éléments de preuve confidentiels aux avocats en matière d'anti-dumping, tout comme la pratique des ordonnances conservatoires en matière de brevets. Il faudra examiner les faits de chaque espèce pour déterminer le degré minimum de communication. Lorsque la nature des renseignements plutôt que leur contenu spécifique est en litige, il n'est pas nécessaire que l'avocat prenne effectivement connaissance des renseignements. La Cour peut autoriser la communication d'un résumé ou d'une description générale des renseignements, ce qu'elle aurait dû faire en l'espèce. Dans d'autres cas, elle peut imposer des conditions variant selon la nature ou le caractère névralgique des renseignements. Lorsque les renseignements portent une cote de type «secret», par exemple, seul l'avocat ayant reçu une autorisation de sécurité aurait le droit de les examiner.

En première instance, la Cour a fait erreur en ordonnant la communication des documents, sans les avoir d'abord examinés. La Cour ne saurait se convaincre que l'avocat peut avoir accès aux documents, ni fixer la portée et les conditions de cet accès, si elle n'a pas procédé auparavant à l'examen de ces documents.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4, 13, 19, 30, 35, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39. **a**
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] s. 2(b).
- Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 32, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49. **b**
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 48, 49, 50.
- Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 28(6), 30(5). **c**
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1402(8) (as am. by SOR/90-846, s. 23).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99), 40.1 (as enacted *idem* (4th Supp.) c. 29, s. 4).
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 236. **d**
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 20(4).
- Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, R.S.C., 1985, c. P-12, s. 25.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3, 8(2)(m)(i), 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52.
- Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 75 (rep. by R.S.C., 1985 (4th Supp.) c. 47, s. 52). **e**
- Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 48, s. 1; (4th Supp.), c. 52, s. 5).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REVERSED:

*Hunter v. Canada (Minister of Consumer and Corporate Affairs)* (1990), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.); *C.D. v. Minister of National Revenue*, [1991] 2 F.C. 412 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (F.C.T.D.); *Bland v. Canada (National Capital Comm.*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
- Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, L.R.C. (1985), chap. P-12, art. 25.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 2(1), 4, 13, 19, 30, 35, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53.
- Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), chap. T-2, art. 16 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 48, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 52, art. 5).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 236.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37, 38, 39.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 3, 8(2m)(i), 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52.
- Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, chap. 3, art. 28(6), 30(5).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 48, 49, 50.
- Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 32, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49.
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 20(4).
- Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 75 (abrogée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) chap. 47, art. 52).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 40.1 (édicte *idem* (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1402(8) (mod. par DORS/90-846, art. 23).

**g** JURISPRUDENCE

## DÉCISION INFIRMÉE:

*Hunter c. Canada (Ministre des Consommateurs et des Sociétés)* (1990), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.).

**h**

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.); *C.D. c. Ministre du Revenu national*, [1991] 2 C.F. 412 (C.A.).

**i**

## DÉCISIONS CITÉES:

*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1<sup>er</sup> inst.); *Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Bland c. Canada (Commission de la Capitale*

**j**

of Canada) (1988), 32 Admin. L.R. 69; 20 F.T.R. 236 (F.C.T.D.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.); *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719; 44 C.P.C. (2d) 206 (H.C.); *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *DMR & Associates v. Minister of Supply and Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (F.C.T.D.); *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 446; (1987), 38 B.L.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 356; 14 F.T.R. 118 (T.D.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Burns Meats Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, T-1140-85, Jerome A.C.J., order dated 17/1/86 F.C.T.D., not reported; *Paulson v. The King* (1915), 52 S.C.R. 317; 27 D.L.R. 145; 9 W.W.R. 1099; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; [1933] 4 D.L.R. 545; *Bayshore Shopping Centre Limited v. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] S.C.R. 755; (1972), 25 D.L.R. 443; *Burnell v. International Joint Commission*, [1977] 1 F.C. 269; (1976), 71 D.L.R. (3d) 725 (T.D.); *Proctor & Gamble Co. et al. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16; 16 C.P.R. (3d) 114; 15 F.T.R. 46 (F.C.T.D.); *Proctor & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*, F.C.A., A-158-88, Iacobucci C.J., judgment dated 21/2/89, not reported; *Upjohn Inter-American Corporation v. Canada (Minister of National Health and Welfare and Attorney General)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50; 10 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Editions Yvon Blais Inc., 1990.  
*Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.  
 Schneiderman David, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474.

## COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac, Q.C.*, for the appellant.  
*Richard D. Dearden* for the respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney of Canada* for the appellant.

*nationale du Canada*) (1988), 32 Admin. L.R. 69; 20 F.T.R. 236 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.); *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719; 44 C.P.C. (2d) 206 (H.C.); *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *DMR & Associates c. Ministre des Approvisionnements et Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 446; (1987), 38 B.L.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 356; 14 F.T.R. 118 (1<sup>re</sup> inst.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Burns Meats Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, T-1140-85, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance datée du 17-1-86, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Paulson v. The King* (1915), 52 R.C.S. 317; 27 D.L.R. 145; 9 W.W.R. 1099; *Spooner Oils Ltd. et al v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; [1933] 4 D.L.R. 545; *Bayshore Shopping Centre Limited c. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] R.C.S. 755; (1972), 25 D.L.R. 443; *Burnell c. La Commission mixte internationale*, [1977] 1 C.F. 269; (1976), 71 D.L.R. (3d) 725 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Proctor & Gamble Co. et autres c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16; 16 C.P.R. (3d) 114; 15 F.T.R. 46 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Proctor & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*, C.A.F., A-158-88, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-2-89, non publié; *Upjohn Inter-American Corporation c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Procureur général)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50; 10 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.  
*Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed., P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.  
 Schneiderman, David, «The Access to Information Act: A Practical Review» (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474.

## AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac, c.r.*, pour l'appellant.  
*Richard D. Dearden* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.

*Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for the respondent.*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PRATTE J.A. (concurring in the result): Both parties to this appeal attack an order of the Trial Division (Reed J.) [(1990), 29 C.P.R. (3d) 321] allowing in part a motion made by the respondent in the course of proceedings under section 41 of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1]. By that order, the Court directed that counsel for the respondent be given access to certain records under the control of the appellant for the sole purpose of enabling them to argue the application made by the respondent under section 41; the Court, however, rejected the respondent's request that Jean-Pierre Kingsley, the author of an affidavit filed in the section 41 proceedings, be ordered to answer certain questions that he had refused to answer during the cross-examination. The appellant appeals from the first part of the order while the respondent cross-appeals from the second part.

In order to understand the issues, it is necessary to have in mind certain provisions of the *Access to Information Act*.

Section 4 gives every person (other than a non-Canadian who is not a permanent resident) the right to be given, on request, access to any record under the control of a government institution. Sections 13 and following, however, provide for exceptions to that rule. One of these exceptions is of interest here; it is found in section 19:

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*.

(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

*Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE PRATTE, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Les deux parties au présent appel attaquent une ordonnance prononcée par la Section de première instance (le juge Reed) [(1990), 29 C.P.R. (3d) 321], accueillant en partie une requête présentée par l'intimé dans le cadre d'un recours intenté en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), chap. A-1]. Par cette ordonnance, la Cour a ordonné la communication de certains documents de l'appelant à l'avocat de l'intimé aux seules fins de lui permettre de faire valoir le bien-fondé de la demande faite par l'intimé en vertu de l'article 41; toutefois, la Cour a rejeté la demande de l'intimé visant à enjoindre à Jean-Pierre Kingsley, auteur d'un affidavit déposé dans le cadre du recours fondé sur l'article 41, de répondre à certaines questions auxquelles il avait refusé de répondre au cours du contre-interrogatoire. La partie appelante interjette appel de la première partie de l'ordonnance, tandis que l'intimé porte la deuxième partie en appel incident.

Afin de comprendre les questions en litige, il faut avoir en tête certaines dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*.

L'article 4 donne à tous les citoyens canadiens et résidents permanents le droit d'avoir accès, sur demande, aux documents des institutions fédérales. Par contre, les articles 13 et suivants comportent des exceptions à cette règle. Une de ces exceptions est pertinente en l'espèce; elle figure à l'article 19:

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*.

(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 accès;

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.<sup>1</sup>

Section 6 requires that a request for access to a record be made in writing. The head of the government institution concerned must, within 30 days after the request, indicate in writing whether he will accede to it and, in case of refusal, specify the specific provision of the statute on which the refusal is based. If the person whose request has been turned down wishes to pursue the matter further, he may make a complaint to the Information Commissioner under section 30; if the intervention of the Commissioner does not give him satisfaction he may, under section 41, apply to the Trial Division of the Court "for a review of the matter". Sections 45 to 50 of the Act relate to that review:

45. An application made under section 41, 42 or 44 shall be heard and determined in a summary way in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the

<sup>1</sup> The relevant provisions of the two sections of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] referred to in section 19 read as follows:

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,

(b) information relating to . . . financial transactions in which the individual has been involved,

but, for the purposes of . . . 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 . . .

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure . . . .

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.<sup>1</sup>

L'article 6 prévoit que la demande de communication de documents se fait par écrit. Le responsable de l'institution fédérale concernée est tenu, dans les 30 jours suivant la demande, d'indiquer par écrit si le document sera communiqué et, en cas de refus, de préciser la disposition de la loi qui justifie ce refus. Si la personne dont la demande a été refusée désire y donner suite, elle peut déposer une plainte devant le Commissaire à l'information, conformément à l'article 30; si l'intervention du Commissaire ne lui donne pas entière satisfaction, elle peut, en vertu de l'article 41, exercer «un recours en révision de la décision de refus» devant la Section de première instance de la Cour. Les articles 45 à 50 de la Loi portent sur cette révision:

45. Les recours prévus aux articles 41, 42 et 44 sont entendus et jugés en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à leur égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours

<sup>1</sup> Les dispositions pertinentes des deux articles de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), chap. P-21] cités dans l'article 19 portent que:

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:

b) les renseignements relatifs . . . à des opérations financières auxquelles il a participé;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application . . . 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, . . .

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:

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée . . .

course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18 (d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

I now turn to the facts which ultimately gave rise to this appeal.

On June 13, 1986, the respondent made a request to the appellant for access to the records containing the information provided by the Prime Minister, Cabinet ministers and other senior government officials pursuant to the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders. That Code is a document which the

prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

<sup>a</sup> 47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

<sup>b</sup> a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

<sup>c</sup> b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

<sup>d</sup> (2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

<sup>e</sup> 49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

<sup>f</sup> 50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), 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 relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Je passe maintenant aux faits qui ont donné lieu au présent appel.

<sup>i</sup> Le 13 juin 1986, l'intimé a demandé à l'appellant la communication de dossiers contenant des renseignements donnés par le Premier ministre, des ministres du Cabinet et d'autres hauts fonctionnaires du gouvernement, en vertu du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-man-



Prime Minister tabled in the House of Commons on September 9, 1985; it requires members of the Cabinet and other public office holders to provide to the Assistant Deputy Registrar General information about their personal financial situation and their present and past activities. The respondent's request was immediately rejected on the ground that the information contained in those records was personal information, the disclosure of which was prohibited by subsection 19(1). After having unsuccessfully made a complaint to the Commissioner, the respondent took advantage of section 41 and applied to the Trial Division for a review of the matter. In answer to that application, the appellant filed the affidavit of Jean-Pierre Kingsley who was then the Assistant Deputy Registrar General of Canada. In that affidavit, Mr. Kingsley placed before the Court a copy of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and described the kind of information provided under the Code. He was cross-examined on that affidavit and, during that cross-examination, refused to answer questions requesting him to produce the records in issue, to identify by name the persons whose records were in issue and specify the manner in which they had attempted to comply with the Code and, finally, to give details about the disciplinary measures taken against those who had failed to comply with the Code.

The respondent then applied to the Trial Division for an order directing Mr. Kingsley to answer those questions and, also, for an order giving his two counsel access to the records in issue on their giving an undertaking to the Court not to disclose their contents to anyone. That application was supported by an affidavit asserting that respondent's counsel required "access to the records in issue to properly prepare for the hearing of [the section 41] Application in respect of the argument that the information should be disclosed pursuant to section 19(2)(c) of the *Access to Information Act* and section 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* in that the public interest in disclosure clearly out-

dat. Il s'agit d'un document déposé par le Premier ministre, devant la Chambre des communes, le 9 septembre 1985. Il prévoit que les membres du Cabinet et d'autres titulaires de charge publique a doivent fournir au Sous-registraire général adjoint des renseignements concernant leur situation financière personnelle ainsi que leurs activités présentes et passées. La demande de l'intimé a été immédiatement refusée au motif que les renseignements b contiennent ces documents sont de nature personnelle, dont la communication est interdite par le paragraphe 19(1). Après s'être plaint sans succès devant le Commissaire, l'intimé a eu recours à l'article 41 et a demandé à la c Section de première instance une révision de la décision de refus. En réponse à cette demande, l'appelant a déposé l'affidavit de Jean-Pierre Kingsley, alors Sous-registraire général adjoint du Canada. Dans cet affidavit, M. Kingsley a déposé d devant la Cour une copie du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-mandat, et a décrit le genre de renseignements fournis en vertu du Code. Il a été soumis à un contre-interrogatoire sur cet affidavit et c'est alors qu'il a e refusé de répondre à des questions qui l'auraient obligé à produire les documents en cause, d'identifier nommément les personnes dont les documents étaient en litige et de préciser la façon dont elles f avaient tenté de respecter le Code, et enfin, de décrire en détail les mesures disciplinaires prises à l'encontre des personnes qui n'avaient pas respecté le Code.

g L'intimé s'est alors adressé à la Section de première instance pour obtenir une ordonnance enjoignant à M. Kingsley de répondre à ces questions ainsi qu'une ordonnance prévoyant la communication des documents en cause à ses deux avocats, h sous réserve de leur engagement devant la Cour à ce que les renseignements qu'ils renferment ne soient divulgués à personne. Cette demande était soutenue par un affidavit portant que l'avocat de l'intimé demandait [TRADUCTION] «la communication des documents en cause afin de bien se i préparer pour l'audition de la demande [présentée en vertu de l'article 41] en ce qui concerne l'argument que les renseignements devraient être communiqués en vertu de l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et du sous-alinéa j 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des rensei-*

weighs any invasion of privacy that could result from the disclosure.”

As I have already said, Reed J. granted only the second part of that motion; she directed that the respondent's counsel be given access to the “records in issue” but did not order Mr. Kingsley to answer the questions. With respect to the request that counsel be given access to the records, she first said [at page 324]:

There is no doubt that personal information has been disclosed to counsel in the past, on a confidential basis, to allow them to properly argue their clients' request for disclosure under the terms of the Access Act: see *Re Maislin Industries Ltd. and Minister for Industry, Trade and Commerce* (1984), 80 C.P.R. (2d) 253, 10 D.L.R. (4th) 417, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.); *Re Robertson and Minister of Employment & Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552, 13 F.T.R. 120 (T.D.); *Bland and Canada (National Capital Commission)* (1988), 32 Admin. L.R. 69, 20 F.T.R. 236, 11 A.C.W.S. (3d) 2 (T.D.). That the particular counsel seeking access in this case can be relied upon to respect the confidentiality of the documents if they are given access is also not disputed.

After quoting from the *Maislin* [*Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.)]; *Robertson* [*Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (F.C.T.D.)]; and *Bland* [*Bland v. Canada (National Capital Comm. of Canada)* (1988), 32 Admin. L.R. 69 (F.C.T.D.)] decisions, she concluded [at page 327]:

In the light of this jurisprudence I think there are a number of factors which the court takes into account in deciding whether counsel should be given access, for the purposes of argument only, to the documents which are the subject of an access refusal review. Some of these are: the extent to which counsel will be impeded in making argument if the documents are not disclosed to him; the nature or sensitivity of information contained in the documents; the extent to which the proceedings before the court will operate more smoothly and fairly if access is granted; the type of assurances which counsel can give that the documents will not be disclosed inadvertently (e.g., in this case counsel referred to his security cleared status and the special vault facilities in his office).

It is my view that the facts in this case fall within the type of situations in which access to documents has been given to counsel for the purposes of argument in the past. When the

*gnements personnels, en ce que des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée».*

Comme je l'ai déjà dit, Madame le juge Reed n'a accueilli que la deuxième partie de cette requête; elle a ordonné que les documents en cause soient communiqués à l'avocat de l'intimé mais n'a pas enjoint à M. Kingsley de répondre aux questions. Quant à la demande de communication des documents à l'avocat, elle a tout d'abord dit ce qui suit [à la page 324]:

Il n'y a pas de doute que des renseignements personnels ont été communiqués à des avocats dans le passé, à titre confidentiel, pour leur permettre de défendre convenablement les demandes de communication présentées par leurs clients en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (voir *Re Maislin Industries Ltd. et Ministre de l'Industrie et du Commerce* (1984), 80 C.P.R. (2d) 253, 10 D.L.R. (4th) 417, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552, 13 F.T.R. 120 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Bland et Canada (Commission de la capitale nationale)* (1988), 32 Admin. L.R. 69, 20 F.T.R. 236, 11 A.C.W.S. (3d) 2 (1<sup>re</sup> inst.)). Il n'est par ailleurs pas contesté que l'on peut compter sur le fait que les avocats respecteront le caractère confidentiel des documents dont ils demandent la communication en l'espèce.

Après avoir cité les arrêts *Maislin* [*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.)]; *Robertson* [*Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]; et *Bland* [*Bland c. Canada (Commission de la Capitale nationale du Canada)* (1988), 32 Admin. L.R. 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], elle a conclu ce qui suit [à la page 327]:

À la lumière de cette jurisprudence, je pense qu'il existe plusieurs facteurs dont la Cour tient compte pour décider s'il y a lieu de permettre aux avocats de consulter, pour les fins du débat seulement, les documents qui font l'objet d'une révision d'un refus de communication. Voici quelques-uns de ces facteurs: la mesure dans laquelle l'avocat aura de la difficulté à faire valoir son point de vue si on ne lui communique pas les documents; la nature ou le caractère délicat des renseignements contenus dans les documents; la mesure dans laquelle la poursuite dont la Cour est saisie se déroulera plus aisément et équitablement si l'on donne communication des documents; le type de garanties que l'avocat peut donner que les documents ne seront pas divulgués par inadvertance (par ex., en l'espèce, l'avocat a mentionné le fait qu'il avait été accepté au contrôle de sécurité et que son cabinet était muni de coffres-forts spéciaux).

Je suis d'avis que les faits de la présente espèce font partie du genre de situations dans lesquelles on a, par le passé, donné communication de documents aux avocats pour les fins du

criteria set out above are applied to the facts of this case, they lead to the conclusion that access should be granted.

Turning to the questions that Mr. Kingsley has refused to answer during cross-examination, Reed J. did not order that the questions relating to the records in issue and their contents be answered because she considered that counsel, after having had access to those records, would know the answers to these questions. As to the other questions, relating to the persons who were disciplined for non-compliance with the Code, she was not convinced that they were relevant and, accordingly, was not prepared to order that they be answered.

The first question to be resolved on this appeal is whether the Trial Division may, when it is seized of a section 41 application, order the head of the federal institution concerned to give to the applicant's counsel confidential access to the records in issue for the sole purpose of enabling him (or them) to prepare argument in support of the application. That question was not discussed in the Court below. Both parties as well as the judge assumed the correctness of the decisions made in *Maislin*, *Robertson* and *Bland*. The oral argument of the appeal proceeded on the same basis; after the hearing, however, both parties were asked to submit written argument on that issue. In her submission, counsel for the appellant did not really take a firm position; respondent's counsel, however, argued that the power of the Court to make that kind of an order flows from its inherent jurisdiction to control its own process and records as well as from its rules and practice; he also submitted that the "interpretation of the structure and wording of the *Access to Information Act* allows for such a practice."

There is no doubt that, as a rule, the Court may, in order to ensure a fair determination of the matter before it, order a party to produce relevant evidence in its possession for inspection by the other parties. It is equally clear, however, that this power may not be used when its exercise would imply a determination of the very issue before the

débat. Lorsqu'on applique les critères susmentionnés aux faits de la présente espèce, on en vient à la conclusion qu'il y a lieu d'accorder l'accès.

Quant aux questions auxquelles M. Kingsley a refusé de répondre au cours du contre-interrogatoire, Madame le juge Reed n'a pas ordonné que l'on réponde aux questions relatives aux documents en cause et aux renseignements qu'ils contiennent parce qu'elle estimait qu'après la communication de ces documents, l'avocat obtiendrait la réponse à ses questions. Quant aux autres questions, relatives aux personnes ayant fait l'objet de mesures disciplinaires pour ne pas avoir respecté le Code, elle n'était pas convaincue qu'elles étaient pertinentes et, par conséquent, n'était pas prête à ordonner qu'on y réponde.

La première question qu'il convient de régler dans le présent appel est de savoir si, lorsqu'elle est saisie d'une demande faite en vertu de l'article 41, la Section de première instance peut ordonner aux responsables de l'institution fédérale concernée de communiquer confidentiellement à l'avocat du requérant les documents en cause aux seules fins de lui permettre de préparer la preuve qu'il présentera à l'appui de sa requête. Cette question n'a pas été traitée en première instance. Les deux parties de même que le juge ont présumé que les décisions rendues dans *Maislin*, *Robertson* et *Bland* étaient fondées. Les plaidoiries présentées oralement étaient fondées sur le même principe; toutefois, après l'audience, les deux parties se sont vu demander de présenter des plaidoiries écrites à ce sujet. L'avocate de l'appellant n'a pas pris de position très ferme sur la question; cependant, l'avocat de l'intimé a prétendu que le pouvoir qu'a la Cour de prononcer ce genre d'ordonnance découle de sa compétence inhérente en matière de contrôle de la procédure, des documents, des règles et de la pratique applicables devant elle; il prétend également que [TRADUCTION] «l'interprétation de la structure et du libellé de la *Loi sur l'accès à l'information* autorise une pratique de ce genre».

Il n'y a pas de doute que, en théorie, la Cour peut ordonner à une partie de produire des éléments de preuve pertinents qu'elle possède afin de permettre aux autres parties de les inspecter, afin de trancher de façon juste et équitable la question dont la Cour est saisie. Cependant, il est tout aussi clair que ce pouvoir ne saurait être exercé lorsqu'il

Court.<sup>2</sup> It cannot be used, either, when the law forbids it. That is the case here.

Section 47 of the *Access to Information Act* imposes on the Court that is seized of a section 41 application the duty to “take every reasonable precaution . . . to avoid the disclosure by the Court or any person of any information . . . on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act”. It necessarily follows that the Court is prohibited from ordering the disclosure of information contained in a record without having first determined that the information in question must be disclosed. As the section does not distinguish between disclosure to an applicant, his counsel and the public, this implied prohibition applies to any disclosure including confidential disclosure to an applicant or his counsel. The Court has no discretion to order or authorize disclosure if it deems it necessary or useful; it has the absolute duty to take the necessary precautions to avoid the disclosure. The only discretion that section 47 gives to the Court relates to the choice of the means to avoid the disclosure. It is easy to understand why Parliament has given that discretion to the Court rather than impose the obligation to proceed *ex parte* or *in camera* in all cases. Indeed, very often, these measures will not be necessary to avoid the disclosure. In many cases, once the Court has examined the records, it will be possible to argue the section 41 application without disclosing the information contained in those records. In other instances (for example, when the application for a review is made by the Information Commissioner), all parties to the proceedings may already have had access to the records so that the imposition of an *ex parte* hearing would be a useless precaution.

s'ensuivrait une détermination de la véritable cause en litige devant la Cour<sup>2</sup>. Il ne peut être exercé non plus lorsque la loi l'interdit, ce qui est le cas en l'espèce.

<sup>a</sup> L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose à la Cour saisie d'un recours prévu à l'article 41 le devoir de prendre «toutes les précautions possibles . . . pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque des renseignements qui . . . justifient un refus de communication totale ou partielle d'un document». Il s'ensuit nécessairement qu'il est interdit à la Cour d'ordonner la communication de renseignements contenus dans un document avant d'avoir tout d'abord déterminé si les renseignements en question doivent être divulgués. Puisque l'article ne prévoit aucune distinction entre la communication au requérant, à l'avocat et au public, cette interdiction tacite s'applique à toute communication, y compris la communication confidentielle faite au requérant ou à son avocat. La Cour n'a pas discrétion pour ordonner ou autoriser la communication de renseignements qu'elle juge nécessaires ou utiles; elle est absolument tenue de prendre les précautions nécessaires pour éviter que des renseignements ne soient divulgués. Le seul pouvoir discrétionnaire que l'article 47 confère à la Cour porte sur le choix des moyens retenus pour éviter la divulgation des renseignements. Il est facile de comprendre pourquoi le législateur a donné cette discrétion à la Cour plutôt que de lui imposer l'obligation d'entendre toutes les affaires en l'absence d'une partie ou à huis clos. De fait, dans bien des cas, ces mesures ne seront pas nécessaires pour éviter la divulgation de renseignements. Souvent, après que la Cour aura examiné les documents, il sera possible de présenter des plaidoiries à l'égard de la demande faite en vertu de l'article 41, sans divulguer les renseignements contenus dans ces documents. Dans d'autres cas (par exemple, lorsque la demande de révision est faite par le Commissaire à l'information), toutes les parties à l'instance auront peut-être déjà eu accès aux documents de sorte que l'imposition d'une audition d'arguments en l'absence d'une partie serait une précaution inutile.

<sup>2</sup> For instance, a court that has to rule on a claim of privilege with respect to the production of a document may not order that the document be produced in order to facilitate the argument on the question of privilege.

<sup>2</sup> Par exemple, la cour à qui l'on soumet que la production d'un document est visée par un privilège ne peut ordonner que ce document soit produit pour faciliter les plaidoiries sur la question du privilège.

I am therefore of opinion that the Trial Division should not have ordered that the applicant's counsel be given access to the records in issue.

I now turn to the respondent's cross-appeal against the refusal of the Court below to order Mr. Kingsley to answer the three groups of questions that he had failed to answer during his cross-examination.

It is clear from what I have already said that the Court could not, without violating section 47, order that the first two groups of questions be answered since they requested the production of the records in issue and information contained in those records.

As to the last group of questions, it related to the disciplinary measures taken against those who had failed to comply with the Code. Those questions were completely irrelevant since the only issue before the Court was whether the *Access to Information Act* authorized the appellant to refuse to disclose the records requested by the respondent.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and substitute for the order made by the Trial Division an order dismissing the respondent's application. Costs in the Trial Division and in this Court shall be in the case.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DÉCARY J.A.: I agree with my colleague Pratte that the appeal should be allowed, but I do so for substantially different reasons.

In brief, I hold the view that section 47 of the *Access to Information Act*<sup>3</sup> empowers the Court to grant access to counsel for the purpose of arguing the application for disclosure on the undertaking that he/she will not disclose the information at issue to anyone including his/her client, but that in

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. A-1.

Je suis donc d'avis que la Section de première instance n'aurait pas dû ordonner la communication des documents en cause à l'avocat du requérant.

<sup>a</sup> Je passe maintenant à l'appel incident interjeté par l'intimé contre le refus de la Cour d'ordonner en première instance à M. Kingsley de répondre aux trois groupes de questions auxquelles il avait refusé de répondre au cours de son contre-interrogatoire.

D'après ce qui précède, il est clair que la Cour ne pouvait ordonner que l'on réponde aux deux premiers groupes de questions, sans contrevenir à l'article 47, puisque cela aurait nécessité la production des documents en cause et des renseignements qu'ils contiennent.

Quant au dernier groupe de questions, il porte sur les mesures disciplinaires prises contre les personnes qui ont contrevenu au Code. Ces questions ne sont d'aucune pertinence puisque la seule question dont la Cour est saisie est de savoir si la *Loi sur l'accès à l'information* permettait à l'appelant de refuser de communiquer les documents demandés par l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, de rejeter l'appel incident et de remplacer l'ordonnance prononcée par la Section de première instance par une ordonnance rejetant la requête de l'intimé. Les dépens devant les deux instances de la Cour suivront l'issue de la cause.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

<sup>h</sup> LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis d'accord avec mon collègue le juge Pratte pour accueillir l'appel, mais les motifs sur lesquels je m'appuie sont sensiblement différents.

En bref, je suis d'avis que l'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>3</sup> confère à la Cour le pouvoir d'autoriser la communication de certains renseignements à l'avocat, pour les fins du débat sur la demande de communication et moyennant l'engagement de ne pas divulguer ces renseignements à qui que ce soit, y compris son client, mais

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), chap. A-1.

the instant case the circumstances are not appropriate for the issuance of such a confidential order.

The facts have been recited by my colleague and I need not repeat them. It will be useful, however, to reproduce some of the sections of the Act to which I intend to refer. They are:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

35. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

- (a) the person who made the complaint,
- (b) the head of the government institution concerned, and
- (c) where the Information Commissioner intends to recommend under subsection 37(1) that a record or a part thereof be disclosed that contains or that the Information Commissioner has reason to believe might contain
  - (i) trade secrets of a third party,
  - (ii) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
  - (iii) information the disclosure of which the Information Commissioner could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of

the third party, if the third party can reasonably be located, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

45. An application made under section 41, 42 or 44 shall be heard and determined in a summary way in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate,

que, dans la présente espèce, les circonstances ne se prêtent pas à la délivrance d'une telle ordonnance de confidentialité.

Les faits ont été relatés par mon collègue et il n'y a pas lieu de les répéter. Il convient toutefois de reproduire certains des articles de la Loi auxquels j'ai l'intention de me reporter:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

35. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:

- a) la personne qui a déposé la plainte;
- b) le responsable de l'institution fédérale concernée;
- c) le tiers visé au paragraphe 27(1), si le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, en vertu du paragraphe 37(1), la communication d'un document visé au paragraphe 27(1).

45. Les recours prévus aux articles 41, 42 et 44 sont entendus et jugés en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à leur égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue

receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

52. (1) Any application under section 41 or 42 relating to a record or a part of a record that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 13(1)(a) or (b) or section 15 shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

53. ...

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

I wish to state at the outset that section 47, when read together with sections 35 and 52, constitutes a most unsatisfactory piece of legislation as regards the powers and duties of the Court in proceedings dealing with access to information. What makes matters even more complicated is the fact that Parliament has used slightly or substan-

d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

52. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication totale ou partielle du document en litige s'appuyait sur les alinéas 13(1)a) ou b) ou sur l'article 15 sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

53. ...

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Je tiens à souligner dès le départ que l'article 47, combiné aux articles 35 et 52, constitue un piètre exercice de rédaction législative en ce qui concerne les pouvoirs conférés à la Cour et les obligations qui lui incombent dans les instances relatives à l'accès à l'information. Les choses se compliquent encore du fait que le Parlement a, dans d'autres

tially different language in other Acts<sup>4</sup> to deal with somehow comparable situations and the fact that the Court has yet, notwithstanding the requirement of section 46, to make special rules to deal with this sort of proceedings.<sup>5</sup>

In interpreting section 47 of the *Access to Information Act*, reference should be made to the principles developed at common law with respect to the protection of confidential information, to the practice adopted by the courts, to the various statutory mechanisms established by Parliament and to the advent of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada*

<sup>4</sup> *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 to 39; *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 28(6) and 30(5); *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 47, ss. 43 to 49; *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 48 to 50; *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 99) and 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 29, s. 4); *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 236; *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 20(4); *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, R.S.C., 1985, c. P-12, s. 25; *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 33, 44 to 52; *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 75 (rep. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 47, s. 52); *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 48, s. 1.

<sup>5</sup> Section 47 is poorly phrased. While there appears to be general agreement that it directs the Court to take precautions against the disclosure of the very record at issue as well as against the disclosure of any exempted information (see David Schneiderman, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474, at p. 488), I must admit that this comprehensive interpretation has given me some concern. A close reading of subsection 47(1) could lead one to conclude that Parliament had in mind not the "record" ("documents" in the French text) at issue, the disclosure of which has been actually refused, but "any information or other material" ("des renseignements" in the French text) that might accidentally show up during the proceedings and with respect to which the head of a government institution, if properly informed of the risk of its disclosure, "would be authorized to refuse to disclose". Should that be the proper interpretation, section 47 would not, of course, stand as a statutory prohibition to grant counsel conditional access to the record at issue. I need not, however, pursue this matter further because, even in following the generally adopted comprehensive interpretation, I am of the view that section 47 does not direct the Court to refuse counsel such access.

lois<sup>4</sup>, utilisé un langage légèrement ou sensiblement différent pour traiter de situations somme toute comparables et du fait que la Cour n'a pas encore, nonobstant les exigences de l'article 46, adopté de règles de pratique spéciales applicables à ce type d'instances<sup>5</sup>.

Pour interpréter l'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*, il convient de se reporter aux principes dégagés en common law en matière de protection des renseignements confidentiels, à la pratique suivie par les tribunaux, aux divers mécanismes législatifs établis par le Parlement ainsi qu'à l'incidence de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de*

<sup>4</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37 à 39; *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, chap. 3, art. 28(6) et 30(5); *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 43 à 49; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 48 à 50; *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99) et art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4); *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 236; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 20(4); *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, L.R.C. (1985), chap. P-12, art. 25; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 33, 44 à 52; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 75 (abr. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 52); *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), chap. T-2, art. 16 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 48, art. 1.

<sup>5</sup> La rédaction de l'article 47 est déficiente. Bien qu'on paraisse généralement s'entendre pour estimer que cet article impose à la Cour l'obligation de prendre des précautions contre la divulgation du document en litige lui-même ainsi que de tout document faisant l'objet d'une exception (voir David Schneiderman, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474, à la p. 488), je dois admettre que cette interprétation large me cause certaines difficultés. Une lecture attentive du paragraphe 47(1) peut en effet mener à la conclusion que le Parlement visait non pas le «document» («records» dans le texte anglais) en litige dont la communication a effectivement été refusée, mais «des renseignements» («any information or other materials» dans le texte anglais) qui risqueraient d'être accidentellement dévoilés au cours de l'instance, risque qui justifierait un refus de communication de la part du responsable d'une institution fédérale dûment informé. Si cette interprétation devait s'avérer juste, on ne pourrait, naturellement, s'autoriser de l'article 47 pour interdire à l'avocat l'accès conditionnel au document en litige. Il n'y a pas lieu, toutefois, d'approfondir cette question étant donné que, même en suivant l'interprétation large généralement retenue, je suis d'avis que l'article 47 n'oblige pas la Cour à refuser la communication à l'avocat.



*Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It is, in my view, in that larger context only that the true meaning of the section can be sought.

#### Confidentiality at common law

It can be safely said that three fundamental premises on which our judicial system is based, are (1) that trials take place in open court, (2) that the procedure followed is an adversarial one, and (3) that rules of natural justice apply, amongst which is the rule that each party is entitled to see everything which is relevant to the Court's decision.

It is a combination of these three principles which is at the source of the rule that hearing should not be conducted *in camera*, even less in private, that representations should not be made *ex parte* and that parties and their counsel should not be denied access to the material that is relevant to the Court's decision.

That rule, as most rules, is not an absolute one. The courts, albeit reluctantly, have softened it "in exceptional cases, where the administration of justice would be rendered impracticable by the presence of the public"<sup>6</sup> and, in some cases, one may add, by the presence of all the parties. One of these exceptional cases, most certainly, is proceedings where the confidentiality of a document is precisely what is at stake. To allow the public and the parties to see the document before the question of its disclosure is decided might well render the whole process utterly useless and frustrate the end result of the proceedings.<sup>7</sup>

#### Practice with respect to the protection of confidentiality

In proceedings where there is a need to protect the integrity of confidential information, one of the means developed by the courts to preserve to the greatest possible extent the openness and the adversarial nature of the judicial system and to enable the parties to properly argue their case, is to provide counsel for the parties with access to the

<sup>6</sup> *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 188, Dickson J. [as he then was].

<sup>7</sup> For a most recent analysis of the principle of openness of judicial proceedings, see *C.D. v. Minister of National Revenue*, [1991] 2 F.C. 412 (C.A.).

*1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Ce n'est, à mon avis, que dans l'ensemble de ce contexte que peut être recherché le sens véritable de l'article.

#### <sup>a</sup> La confidentialité en common law

On peut affirmer sans crainte de se tromper que les trois principes suivants sont fondamentaux dans notre système judiciaire: 1) la publicité des débats, 2) la nature contradictoire des procédures et 3) l'application des règles de justice naturelle, dont le droit de chaque partie de prendre connaissance de tout élément pertinent aux fins de la décision du tribunal.

<sup>c</sup> C'est la combinaison de ces trois principes qui est à l'origine de la règle voulant que l'audience ne se déroule pas à huis clos, encore moins en secret, que les arguments ne soient pas présentés en l'absence d'une partie et que les parties et leur avocat ne se voient pas refuser l'accès à des documents pertinents aux fins de la décision du tribunal.

<sup>e</sup> Comme la plupart des règles, celle-ci n'est pas absolue. En dépit de leurs réticences, les tribunaux l'ont en effet adoucie «dans les affaires exceptionnelles où la présence du public [ou, pourrait-on ajouter dans certains cas, celle de toutes les parties] rendrait l'administration de la justice impossible»<sup>6</sup>. L'un de ces cas exceptionnels est certainement celui où le litige porte précisément sur la confidentialité d'un document. Permettre au public et aux parties d'en prendre connaissance avant que ne soit tranchée la question de sa divulgation risquerait fort de rendre le processus totalement inutile et de compromettre le résultat recherché.<sup>7</sup>

#### La pratique suivie en matière de protection de la confidentialité

<sup>h</sup> Dans les instances où il importe d'assurer la protection de renseignements confidentiels, l'un des moyens auxquels les tribunaux ont recours pour préserver le plus possible la transparence ainsi que la nature contradictoire du système judiciaire, tout en permettant aux parties de présenter convenablement leurs arguments, consiste à

<sup>6</sup> *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 188, le juge Dickson [tel était alors son titre].

<sup>7</sup> Pour une analyse très récente de la règle de la publicité des débats judiciaires, voir *C.D. c. Ministre du Revenu national*, [1991] 2 C.F. 412 (C.A.).

information subject to various conditions including the provision by counsel of undertakings to maintain the confidentiality of the information even with respect to their clients.<sup>8</sup>

As noted by Anderson J. in *Reichmann*, most of the authorities deal with disputes over patents or other secret processes, in which the litigants were direct commercial competitors, but in a case where the confidentiality of a government document was at stake, it has been held that it "is an excellent and common sense practice" to disclose to the parties' legal advisors the contents of the confidential reports provided they are not disclosed to the parties personally.<sup>9</sup>

I might add that while this practice has generally been justified in terms of natural justice and advantage to counsel, it has also proved most useful to judges. Issues in which confidential documents are at risk tend to be rather complex, either technically, as in commercial matters, or legally, as in public interest matters, and it is not always fair to the Court to force it to make important decisions when having heard one side of the argument only.

Apart from the practice developed by the courts, Parliament has suggested or imposed various techniques to protect confidential information. The techniques extend to judicial as well as to non-judicial proceedings. The more sensitive the issue is, the more stringent the requirements are. Here is a non-exhaustive list of techniques developed so far, some of which are occasionally combined.

— No examination of the confidential information and no hearing by the Court and disclosure refused automatically:

<sup>8</sup> See *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.), Buckley L.J., regarding confidential information in patent cases; *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719 (H.C.), regarding confidential information in a libel action.

<sup>9</sup> *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; this point affirmed *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.), at p. 221, Lord Evershed.

donner aux avocats des parties accès à ces renseignements sous réserve de diverses conditions dont l'engagement d'en préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients<sup>8</sup>.

<sup>a</sup> Comme l'a fait remarquer le juge Anderson dans l'arrêt *Reichmann*, la plus grande partie de la jurisprudence porte sur des litiges concernant des brevets ou autres procédés secrets, litiges dans  
<sup>b</sup> lesquels les parties étaient des concurrents commerciaux directs. Mais dans une espèce où le caractère confidentiel d'un document de l'administration était en cause, on a conclu que [TRADUCTION] «c'est une excellente pratique dictée par le  
<sup>c</sup> bon sens» que de divulguer aux conseillers juridiques des parties le contenu des documents confidentiels, sous réserve que ceux-ci ne soient pas divulgués aux parties elles-mêmes<sup>9</sup>.

<sup>d</sup> Je pourrais ajouter que si cette pratique a de façon générale trouvé sa justification eu égard aux principes de justice naturelle et à l'intérêt des parties, elle s'est également avérée des plus utiles pour les juges. Les litiges où des documents à  
<sup>e</sup> caractère confidentiel sont en cause sont souvent complexes, que ce soit sur le plan technique comme en matière commerciale, ou sur le plan juridique comme dans les affaires soulevant des questions d'intérêt public. Il est parfois injuste  
<sup>f</sup> d'obliger le tribunal à prendre d'importantes décisions en n'ayant entendu qu'une seule version.

Mise à part la pratique suivie par les tribunaux, le Parlement a suggéré ou imposé diverses techniques afin de protéger les renseignements confidentiels. Ces techniques visent aussi bien les procédures judiciaires que non judiciaires, les exigences variant en fonction du caractère névralgique de la question en litige. Voici une liste non exhaustive  
<sup>g</sup> des techniques mises au point jusqu'à maintenant, certaines se combinant à l'occasion.

— Pas d'examen des renseignements confidentiels, pas d'audition devant le tribunal et refus automatique de divulgation:

<sup>8</sup> Voir *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.), L.J. Buckley, concernant la confidentialité de renseignements en matière de brevets; *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719 (H.C.), concernant la confidentialité de renseignements dans une action en diffamation.

<sup>9</sup> *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; confirmé sur ce point *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.), à la p. 221, lord Evershed.

- *Canada Evidence Act*, s. 39(1) (confidence of the Privy Council)
- Hearings shall be conducted in private (“*en secret*”):
  - *Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 48(1) (investigation by Review Committee)
- a
- *Access to Information Act*, s. 35(1) (investigation by Information Commissioner)
- No right to be present during, to have access to or to comment on representations made by another party:
  - *Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 48(2) (investigation by Review Committee)
- b
- *Access to Information Act*, s. 35(2) (investigation by Information Commissioner)
- *Immigration Act*, s. 40.1(4)(a) (inquiry by immigration officer)
- c
- Hearing shall be conducted by Chief Justice, Associate Chief Justice or judge designated:
  - *Canada Evidence Act*, s. 38(1) (international relations, national defence, security)
  - *Access to Information Act*, s. 52(1) (international affairs, defence, subversive activities)
  - *Immigration Act*, s. 40.1(4) (security or criminal intelligence reports)
- d
- Hearings shall be conducted *in camera*, with the opportunity being given to a party to make representations *ex parte*:
  - *Canada Evidence Act*, s. 38(5), (6) (disclosure of government information)
  - *Access to Information Act*, s. 52(2), (3) (international affairs, defence, subversive activities)
- e
- Summary of information to be given:
  - *Immigration Act*, s. 40.1(4)
- f
- On request for production of statement alleged to be privileged, Court shall examine statement *in camera* and, if it concludes that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the statement, the Court shall order its production and discovery, subject to such restrictions or conditions as the Court deems appropriate:
  - *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, s. 30(5)
- g
- Hearings shall be held *in camera* on request by party:
  - *Patent Act*, s. 20(4)
  - *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, s. 25
- h
- Hearings shall be conducted *in camera*, unless it is established that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and would not adversely affect the applicant:
  - *Immigration Act*, s. 29(3)
- i
- Hearings may be conducted *in camera*:
  - *Canadian International Trade Tribunal Act*, s. 32
  - *National Defence Act*, s. 236(2)
  - *Special Import Measures Act*, s. 75(2)
- j
- *Loi sur la preuve au Canada*, art. 39(1) (renseignement confidentiel du Conseil privé)
- Tenue des audiences en secret (“*in private*”):
  - *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, art. 48(1) (enquête du comité de surveillance)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 35(1) (enquête du Commissaire à l'information)
- a
- Pas de droit d'être présent lorsqu'une autre partie présente des observations, d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:
  - *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, art. 48(2) (enquête du comité de surveillance)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 35(2) (enquête du Commissaire à l'information)
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4)a (enquête de l'agent d'immigration)
- b
- Audiences devant le juge en chef, le juge en chef adjoint ou un juge désigné:
  - *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38(1) (relations internationales, défense et sécurité nationales)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 52(1) (affaires internationales, défense, activités subversives)
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4) (renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité)
- c
- Auditions à huis clos et droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie:
  - *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38(5), (6) (divulgation de renseignements administratifs)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 52(2), (3) (affaires internationales, défense, activités subversives)
- d
- Remise d'un résumé des informations:
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4)
- e
- Sur demande de production d'une déclaration dont on allègue le caractère protégé, le tribunal examine la déclaration à huis clos et, s'il conclut que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à la déclaration, il en ordonne la production et l'examen, sous réserve des conditions ou restrictions qu'il juge indiquées:
  - *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, art. 30(5)
- f
- Auditions à huis clos à la demande d'une partie:
  - *Loi sur les brevets*, art. 20(4)
  - *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, art. 25
- g
- Auditions à huis clos, sauf s'il est démontré que la tenue de l'enquête en public ne compromettrait pas cette dernière et que le requérant ne s'en trouverait pas lésé:
  - *Loi sur l'immigration*, art. 29(3)
- h
- Possibilité d'auditions à huis clos:
  - *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, art. 32
  - *Loi sur la défense nationale*, art. 236(2)
  - *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, art. 75(2)
- i
- j

- *Tax Court of Canada Act*, s. 16
- Confidential information may be disclosed to counsel only, subject to counsel providing an undertaking of confidentiality:
  - *Canadian International Trade Tribunal Act*, s. 45(3) a
- Confidential information shall not knowingly be disclosed in any manner that is calculated or likely to make it available for the use of business competitor.
  - *Special Import Measures Act*, s. 75(3)

- *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, art. 16
- Possibilité de communiquer des renseignements confidentiels à l'avocat uniquement, sous réserve d'un engagement à ne pas les divulguer:
  - *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, art. 45(3)
- Renseignements confidentiels ne pouvant être sciemment communiqués de manière à pouvoir être utilisés par des concurrents ou rivaux:
  - *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, art. 75(3) b

It is obvious, when going through these statutes, that Parliament has sought to balance the need of the state and of private parties to protect the integrity of confidential information with the possibility for the public and the opposing parties to challenge the alleged confidentiality. When Parliament felt that the need of the state was such as to exclude any form of challenge or as to restrict severely any access to the confidential information at issue, it did not hesitate to do so. When Parliament decided to impose a particular "technique", it did so. When Parliament decided that courts could choose the most appropriate "technique", it did so. When Parliament, in a single statute, has imposed various "techniques" to deal with different situations, it presumably wanted a particular technique to be applied to a particular situation. c

Il est manifeste, à la lecture de ces textes législatifs, que le Parlement a cherché à établir un équilibre entre la nécessité pour l'État et les parties privées de protéger la confidentialité de certains renseignements et la possibilité pour le public et les parties au litige de mettre en question la confidentialité alléguée. Lorsque le Parlement a jugé que les impératifs étatiques étaient tels qu'ils exigeaient l'exclusion de toute forme de mise en question ou l'imposition de sévères restrictions à l'accès aux renseignements confidentiels en litige, il n'a pas hésité à légiférer en ce sens. Lorsque le Parlement a décidé d'imposer une «technique» particulière, il l'a fait. Lorsque le Parlement a décidé que les tribunaux pouvaient choisir la «technique» qui leur apparaissait convenir le mieux, il l'a dit. Lorsque le Parlement a, dans une même loi, imposé différentes «techniques» visant différentes situations, il a, selon toute apparence, voulu qu'une technique particulière s'applique pour chaque cas particulier. d

#### Section 47 of the *Access to Information Act*

Section 47, whose ambiguity is the only certain thing about it, is to be interpreted in the context of the entire Act, i.e. in the context of an Act whose purpose, under section 2, is "to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government", in the context of an Act which expressly and conclusively discards the adversarial nature of proceedings when it wants to do so (sections 35 and 52), in the context of an Act which imposes on the government institution the burden of establishing that the refusal to disclose e

#### L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*

L'article 47, qui n'a de certain que son ambiguïté, doit être interprété dans le contexte de l'ensemble de la Loi, soit dans le contexte d'une loi dont l'objet, énoncé à l'article 2, est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale «en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». Dans le contexte également d'une loi qui écarte expressément et de façon décisive la nature contradictoire des débats lorsqu'elle le veut (articles 35 et 52), qui impose à l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication (article 48) et où il est prévu spécifiquement et de façon fort inusitée que les demandeurs déboutés f

is authorized (section 48) and in the context of an Act which specifically and most unusually provides that unsuccessful applicants will be entitled to their costs when their application “has raised an important new principle”.

Any ambiguity in section 47 should therefore be resolved in such a way as to encourage adversarial proceedings, as to favour the party seeking disclosure, as to give a real meaning to the burden of proof imposed on the government institution, and as to best ensure that the judicial review is really made “independently of government”. I have great difficulty in giving any weight to that burden of proof and to that independent review if, in all judicial proceedings commenced under section 41, the Court is given no discretion whatsoever to grant counsel, in appropriate circumstances, some form of access to the record at issue in order to enable him/her to argue the merit of the application. The Act might well prove to be unworkable if the Court is systematically at the mercy of those from whom it is declared to be independent and on whom the burden of proof rests.

Further, as the Act is intended to increase the visibility and independence of the judicial review, any interpretation of section 47 that would result in the incorporation into that section of the covertness identified with the investigation by the Information Commissioner (section 35) or identified with proceedings dealing with international affairs, defence or subversive activities (section 52) would do violence to the express purpose of the Act.

To see in section 47 an absolute and universally applicable rule of non-access to counsel, is to forget that the Act contemplates various situations, including those referred to in section 52: there are cases where the head of a government institution “may refuse to disclose”, others where he “shall refuse to disclose”. There are, in the Act itself, different degrees of confidentiality that invite flexibility rather than rigidity.

Had Parliament intended to prevent any form of access by counsel during the judicial review, it would have been easy to say so in very few words. But why refer to “reasonable” precaution, why say “including”, why add “when appropriate”, why

auront droit aux frais et dépens si leur recours «a soulevé un principe important et nouveau».

a

Il convient donc de résoudre toute ambiguïté décelée à l'article 47 de manière à encourager les débats contradictoires, à favoriser la partie demandant la communication, à donner tout son sens à la charge de preuve incombant à l'institution fédérale et enfin à faire en sorte que le contrôle judiciaire soit réellement un «recours indépendant[s] du pouvoir exécutif». Il me serait très difficile d'accorder quelque crédit à cette charge de preuve ainsi qu'à ce contrôle indépendant si, dans toutes les procédures intentées sous le régime de l'article 41, la Cour n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'avocat à obtenir, dans les circonstances appropriées, un certain accès au document en litige pour lui permettre de débattre du fond de la demande. La Loi pourrait bien s'avérer inapplicable si la Cour était systématiquement à la merci de ceux dont elle est réputée indépendante et à qui incombe la charge de la preuve.

De plus, la Loi visant à accroître la visibilité et l'indépendance du contrôle judiciaire, toute interprétation de l'article 47 qui aurait pour résultat de lui attribuer le caractère secret dont est entourée l'enquête du Commissaire à l'information (article 35) ou les procédures intéressant les affaires internationales, la défense ou les activités subversives (article 52) ferait violence à son objet expressément énoncé.

Voir en l'article 47 une règle absolue et universellement applicable de non-communication à l'avocat serait oublier que la Loi vise une diversité de situations, dont celles que mentionne l'article 52: dans certains cas, le responsable d'une institution fédérale «peut refuser la communication» alors que dans d'autres, il «est tenu de refuser la communication». Il existe donc, dans la Loi elle-même, différents degrés de confidentialité qui invitent à la flexibilité plutôt qu'à la rigidité.

Le Parlement eût-il voulu empêcher toute forme de communication à l'avocat au cours du contrôle judiciaire qu'il aurait pu facilement le dire en quelques mots. Sinon, pourquoi parler de toutes les précautions «possibles», pourquoi utiliser le terme

give two examples, i.e. *ex parte* representations and hearings *in camera*, if the purpose is to impose upon the Court the absolute duty, in all proceedings, whatever the record at issue, whatever the party, whatever the counsel, to ensure that the information will not be communicated to anyone? If Parliament had intended to give the Court no choice but to close the door on any form of communication pending the proceedings, wouldn't it have used in section 47 a language similar to that used in sections 35 and 52, or to that used in the *Canadian Security Intelligence Service Act* or in the *Immigration Act*?

Parliament did not want to be as specific when it came to section 47 as it was when it came to sections 35 and 52. Parliament refrained from putting aside totally the openness of the proceedings and the contradictory nature of the proceedings. That reluctance to put aside these fundamental principles commands a narrower construction of the section. As stated by Viscount Simon in *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*:<sup>10</sup>

Judges are not called upon to apply their opinions of sound policy so as to modify the plain meaning of statutory words, but where, in construing general words the meaning of which is not entirely plain there are adequate reasons for doubting whether the Legislature could have been intending so wide an interpretation as would disregard fundamental principles, then we may be justified in adopting a narrower construction.

In the instant case, that narrower construction is the only one consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act.<sup>11</sup>

There is an additional reason which leads me to conclude that this is the proper interpretation to be given. In these proceedings as well as in other proceedings where the issue of disclosure arose,<sup>12</sup> it is conceded by the appellant that the Minister

<sup>10</sup> [1940] A.C. 1014 (H.L.), at p. 1022.

<sup>11</sup> See *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at pp. 271-278, Heald J.

<sup>12</sup> *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.); *Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (F.C.T.D.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.); *Bland v. Canada (National Capital Comm. of Canada)* (1988), 32 Admin.

(Continued on next page)

«notamment», y ajouter «si c'est indiqué» et donner deux exemples — l'audition d'arguments en l'absence d'une partie et les audiences à huis clos —, si la Loi vise à imposer à la Cour l'obligation absolue, dans toutes les instances, quel que soit le document en litige, la partie ou l'avocat, de s'assurer que les renseignements ne seront communiqués à personne? Si le Parlement n'avait voulu donner à la Cour d'autre choix que de fermer la porte à toute forme de communication pendant l'instance, n'aurait-il pas utilisé à l'article 47 un langage semblable à celui qu'il a utilisé aux articles 35 et 52 ou dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, ou encore dans la *Loi sur l'immigration*?

Le Parlement n'a pas voulu être aussi précis à l'article 47 qu'aux articles 35 et 52. Il s'est abstenu d'écarter totalement la publicité des débats et la nature contradictoire des procédures. Cette réticence à mettre de côté ces principes fondamentaux appelle une interprétation étroite de la disposition. Comme l'a affirmé le vicomte Simon dans l'arrêt *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*:<sup>10</sup>

[TRADUCTION] Les juges ne peuvent s'autoriser de l'équité pour s'écarter du texte d'une loi lorsque celui-ci est précis. Cependant, lorsque le sens de certains termes génériques n'est pas parfaitement clair et que rien ne permet de croire que le législateur a voulu qu'il en soit fait une interprétation qui rendrait le texte dérogeant aux principes généraux du droit, il peut être opportun d'en faire une interprétation plus stricte . . .

Dans la présente espèce, cette interprétation étroite est la seule qui soit compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la loi<sup>11</sup>.

Une autre raison me pousse à conclure que telle est la bonne interprétation. En l'espèce, comme dans d'autres affaires où était soulevée la question de la communication<sup>12</sup>, l'appelant concède que le ministre en cause, représenté par le procureur

<sup>10</sup> [1940] A.C. 1014 (H.L.), à la p. 1022.

<sup>11</sup> Voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), aux p. 271 à 278, le juge Heald.

<sup>12</sup> *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.); *Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.); *Bland c. Canada (Commission de la Capitale nationale du Canada)* (1988), 32

(Suite à la page suivante)

involved, represented by the Attorney General of Canada, had agreed to or had not opposed disclosure for the purpose of the proceedings. While it is common ground that courts should not look at administrative practice that goes against the intent or the requirements of a statute in order to interpret it, I am prepared to refer to an administrative practice, in an ancillary way, when such practice is that of such a high authority as that of the Attorney General of Canada, when it has been established in legal proceedings in which the Attorney General has actively participated, when it is fully consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act and when it confirms an interpretation which an ambiguous provision may reasonably bear.<sup>13</sup>

### The impact of the Charter

In *C.D. v. Minister of National Revenue*<sup>14</sup> this Court had the opportunity, recently, to examine the impact of the Charter on the practice and statutory provisions permitting hearings *in camera*. It was there stated that:

... with the advent of the Charter and more specifically with the recognition in its paragraph 2(b) of the freedom of the press, openness of the courts became an even better recognized and protected principle than it was at common law. As Cory J. stated in *Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*:

It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

(Continued from previous page)

L.R. 69 (F.C.T.D.). See, also, *DMR & Associates v. Minister of Supply and Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (F.C.T.D.), at p. 88; *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 446 (T.D.), at p. 457; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.); *Burns Meats Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* F.C.T.D., T-1140-85, Jerome A.C.J., order dated 17/1/86, not reported.

<sup>13</sup> See *Paulson v. The King* (1915), 52 S.C.R. 317, at p. 336, Duff J.; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 642, Duff c. J.; *Bayshore Shopping Centre Limited, v. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] S.C.R. 755, at p. 167, Spence J.; *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969) at p. 264; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2nd ed. (Montréal: Yvon Blais, 1990) at pp. 521 ss.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

général du Canada, a donné son accord ou du moins ne s'est pas opposé à la communication aux fins de l'instance. Quoiqu'il soit bien établi que les tribunaux n'ont pas, dans l'interprétation d'une loi, à tenir compte d'une pratique administrative allant à l'encontre de son intention ou de ses exigences, je suis disposé à me reporter, de façon accessoire, à une telle pratique lorsqu'elle émane d'une autorité aussi haute que celle du procureur général du Canada, lorsqu'elle a été établie à l'occasion d'une instance judiciaire dans laquelle le procureur général joue un rôle actif, lorsqu'elle est pleinement compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la Loi et qu'elle confirme une interprétation que peut raisonnablement recevoir une disposition empreinte d'ambiguïté<sup>13</sup>.

### L'incidence de la Charte

Notre Cour a eu récemment l'occasion d'examiner, dans l'arrêt *C.D. c. Ministre du Revenu national*<sup>14</sup>, l'incidence de la Charte sur les dispositions législatives et la pratique en matière d'audiences à huis clos. Elle y affirme que:

... avec l'adoption de la Charte et, plus précisément, avec la reconnaissance de la liberté de presse à l'alinéa 2b) de celle-ci, la publicité des cours est devenue un principe mieux reconnu et mieux protégé qu'il ne l'était en vertu de la common law. Comme l'a déclaré le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*:

Il semblerait alors que les libertés consacrées à l'al. 2b) de la Charte ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

(Suite de la page précédente)

Admin. L.R. 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Voir aussi *DMR & Associates c. Ministre des Approvisionnements et Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 88; *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 446 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 457; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Burns Meats Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., T-1140-85, le juge Jerome J.C.A., ordonnance en date du 17-1-86, non publié.

<sup>13</sup> Voir *Paulson v. The King* (1915), 52 R.C.S. 317, à la p. 336, le juge Duff; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la p. 642, le juge Duff; *Bayshore Shopping Centre Limited c. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] R.C.S. 755, à la p. 767, le juge Spence; *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd. (London: Sweet & Maxwell, 1969), à la p. 264; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. (Montréal, Yvon Blais, 1990), aux p. 521 et s.

<sup>14</sup> Précité, note 7.

Therefore, a statutory provision permitting *in camera* proceedings will only be constitutionally valid “in the clearest of circumstances”, which may well be, to use the words of Dickson J. in *MacIntyre*, “where there is present the need to protect social values of superordinate importance.” In that sense I would say that the Charter has reinstated the principle of openness in its original dimension, if that principle had at all been diluted through statutory exceptions.

While I have no doubt that Parliament may opt for some form of covertness in cases dealing with confidential information and that its choice of technique is not for the courts to question, absent a constitutional attack, yet wherever that choice has been expressed in ambiguous words, courts should not hesitate to “read down” the limitations imposed and to favour the interpretation that least restricts the openness of the proceedings.

### Confidential orders in the Federal Court

As I hold the view that section 47 does not direct the Court to deny access to counsel, conditional access to counsel becomes one of the “reasonable precautions” the Court might take to avoid disclosure to the public. There being statutory authority for the Court so to do, I need not rely, as counsel for the respondent suggested we should, on the Court’s alleged inherent jurisdiction to control its own process<sup>15</sup> and to enforce undertakings given to the Court<sup>16</sup> or, more generally, on an alleged inherent jurisdiction or implied duty to secure that justice is done.

<sup>15</sup> *Burnell v. International Joint Commission*, [1977] 1 F.C. 269 (T.D.) at pp. 273-274, Thurlow A.C.J.

<sup>16</sup> *In re K. (Infants)*; *supra*, note 9 at p. 397. (Counsel for the respondent also referred to the Court’s inherent jurisdiction in its own records, which gives the Court “a supervisory and protecting power over its own records”. *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185, Dickson J. It is true that the Federal Court is a court of record (section 3 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]), but that question does not arise here because the record at issue has not been made part of the records of the Court, the Motions Judge not having requested access to it. Even if she had, it is unclear whether the record at issue would have automatically become part of the records of the Court. Disclosure of the record at issue to counsel would not necessarily make that record part of the records of the Court.)

Par conséquent, une disposition législative permettant la tenue de procédures à huis clos ne sera valide conformément à la constitution «que dans les cas les plus clairs», soit, pour reprendre les mots du juge Dickson dans l’arrêt *MacIntyre*, «s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.»

<sup>a</sup> En ce sens, je dirais que la Charte a redonné sa dimension originale au principe de la publicité, si tant est que ce principe fût dilué par des exceptions d’origine législative.

Certes, je ne doute pas qu’il soit loisible au Parlement d’opter pour une forme quelconque de secret dans les affaires concernant des renseignements confidentiels et qu’il n’appartienne pas aux tribunaux de réviser le choix ainsi fait, sauf en cas d’attaque fondée sur la Constitution. Si, cependant, ce choix a été exprimé en termes ambigus, les tribunaux ne devraient pas hésiter à «atténuer» les restrictions imposées et à favoriser l’interprétation qui restreint le moins la transparence des débats.

### Les ordonnances de confidentialité en Cour fédérale

L’article 47 n’obligeant pas, selon moi, la Cour à refuser la communication à l’avocat, la communication conditionnelle m’apparaît constituer l’une des «précautions» susceptibles d’éviter que des renseignements ne soient divulgués publiquement. La Cour pouvant s’autoriser du pouvoir ainsi conféré par la loi, il n’y a pas lieu de s’appuyer, comme le soutient l’avocat de l’intimé, sur la présumée compétence inhérente de la Cour de contrôler ses propres procédures<sup>15</sup> et de faire exécuter les engagements contractés envers elle<sup>16</sup> ou, de façon plus générale, sur une présumée compétence inhérente ou obligation implicite d’assurer que justice soit faite.

<sup>15</sup> *Burnell c. La Commission mixte internationale*, [1977] 1 C.F. 269 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 273 et 274, le juge en chef adjoint Thurlow.

<sup>16</sup> *In re K. (Infants)*, précité, note 9, à la p. 397. (L’avocat de l’intimé invoque également la compétence inhérente de la Cour à l’égard de ses propres dossiers, compétence lui conférant en cette matière «un pouvoir de surveillance et de protection». *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 185, le juge Dickson. Il est vrai que la Cour fédérale est une cour d’archives (article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]), mais la question ne se pose pas en l’espèce parce que le document en litige n’a pas été versé au dossier de la Cour, la juge saisie de la requête n’ayant pas demandé à en prendre connaissance. Même si elle l’avait fait, il n’est pas certain que le document en question aurait automatiquement fait partie du dossier de la Cour. La communication du document en litige à l’avocat ne signifierait pas nécessairement qu’il serait de ce fait versé au dossier de la Cour.)



Things would have been made easier for practitioners had the Court adopted the “special rules” it was directed to make by section 45 of the Act. Should there be a need to rely on a specific rule of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] even when the statutory authority to make confidential orders is determined, I would rely on Rule 5, the so-called “gap” rule, and adopt by analogy the practice dictated by Rule 1402(8) [as am. by SOR/90-846, s. 23]<sup>17</sup> with respect to applications made pursuant to the *Special Import Measures Act* and the *Canadian International Trade Tribunal Act*, the practice of protective orders developed in patent cases<sup>18</sup> and the practice adopted with respect to cross-examination upon an affidavit.<sup>19</sup>

#### Access to counsel in appropriate circumstances

While Parliament did not, in my view, go as far as denying systematically access to counsel in pro-

<sup>17</sup> *Rule 1402*. . . .

(8) Notwithstanding the other provisions of this rule, having regard to section 29(3) of the *Anti-Dumping Act* and to section 4(10) of the *Tariff Board Act*, when copies of the material for a section 28 application in respect of a decision or order under one of those statutes are prepared under this rule,

(a) copies of the material comprising the transcript of any *in camera* hearing and all confidential exhibits shall be bound separately from all other material and clearly marked confidential;

(b) subject to any contrary direction from the Court, no more than one copy of such confidential material shall be sent to any interested party and such copy shall only be given to one counsel for such party on his providing an undertaking in writing to the Court

(i) that he will keep such copy confidential (except as regards himself and counsel associated with him) except in the course of argument under direction of the Court, and

(ii) that he will deliver such copy to the Anti-dumping Tribunal or to the Tariff Board, as the case may be, when it is no longer required for the purposes of the section 28 application; and

(c) subject to any contrary direction of the Court, such confidential material shall be withheld from the public.

<sup>18</sup> See *Procter & Gamble Co. et al. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16 (F.C.T.D.); same parties, F.C.A., A-158-88, Iacobucci C.J., judgment dated 21/2/89, not reported.

<sup>19</sup> *Upjohn Inter-American Corporation v. Canada (Minister of National Health and Welfare and Attorney General)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50 (F.C.T.D.), at p. 55.

Les praticiens auraient certes eu la tâche plus facile si la Cour avait adopté les règles de pratique spéciales comme le prescrit l'article 45 de la Loi. S'il était besoin de se prévaloir d'une disposition spécifique des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], indépendamment du pouvoir que confère la loi de prononcer des ordonnances de confidentialité, je m'appuierais sur la Règle 5, celle dite des «lacunes», et j'adopterais, par analogie, la pratique prescrite à la Règle 1402(8) [mod. par DORS/90-846, art. 23]<sup>17</sup> à l'égard des demandes présentées sous le régime de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* et de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, la pratique des ordonnances conservatoires en matière de brevets<sup>18</sup> ainsi que la pratique en matière de contre-interrogatoire sur affidavit<sup>19</sup>.

#### Communication à l'avocat dans les circonstances appropriées

Bien qu'à mon avis, le Parlement ne soit pas allé jusqu'à refuser systématiquement la communi-

<sup>17</sup> *Règle 1402*. . . .

(8) Nonobstant les autres dispositions de la présente règle, compte tenu de l'article 29(3) de la *Loi anti-dumping* et de l'article 4(10) de la *Loi sur la Commission du tarif*, lorsque des copies de documents sont préparées en vertu de la présente règle pour une demande en vertu de l'article 28 relative à une décision ou ordonnance rendue sous le régime d'une de ces lois

a) les copies de la transcription de toute audience à huis clos et de toutes les pièces confidentielles doivent être reliées à part et porter clairement la mention «confidentiel»;

b) sous réserve de toute directive contraire de la Cour, il ne doit pas être envoyé plus d'une copie de ces documents confidentiels à toute partie intéressée et cette copie ne peut être remise qu'à un avocat de cette partie, après que celui-ci a fourni à la Cour un engagement écrit

(i) qu'il ne divulguera pas le contenu de cette copie (sauf aux avocats qui lui sont associés dans son travail) si ce n'est au cours des débats, suivant les directives de la Cour, et

(ii) qu'il remettra cette copie au Tribunal anti-dumping ou à la Commission du tarif, selon le cas, lorsqu'elle ne sera plus nécessaire aux fins de la demande en vertu de l'article 28; et

c) sous réserve de toute directive contraire de la Cour, le public ne doit pas avoir accès à ces documents confidentiels.

<sup>18</sup> Voir *Procter & Gamble Co. et autres c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); mêmes parties, C.A.F., A-158-88, le juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-2-89, non publié.

<sup>19</sup> *Upjohn Inter-American Corporation c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Procureur général)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 55.

ceedings commenced under the *Access to Information Act*, it did not either go as far as granting systematically access to counsel. In identifying amongst those reasonable precautions which might be taken by the Court that of "receiving representations *ex parte*", Parliament must have intended that counsel be denied access in a given case.

There will be cases, for example, where the application for disclosure is *prima facie* so frivolous or so extravagant or so tantamount to an endless fishing expedition, that the Court will in a position to dismiss it summarily, without even having seen the information at issue and, of course, without giving any access to counsel. There will be cases dealing with international affairs, defence and subversive activities where the head of the department will take advantage of the provisions of section 52 and request that representations be received *ex parte*.

In most cases, however, the Court should tend to give counsel, if not access, at least enough relevant information to enable him/her to argue the application. As suggested by Schneiderman,<sup>20</sup> "[a] minimum standard of disclosure ought to be instituted by the Federal Court of Canada." The present case is a good illustration of that "minimum standard of disclosure." As noted by my colleague, the appellant has provided the Court and the respondent with a copy of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and described rather extensively the kind of information provided under the Code. In a case such as this one, where it is the nature of the information collected rather than its specific content which is at issue in the main proceeding to have the contested documents disclosed, counsel need not see the actual information at issue in order to prepare adequately for the application. I am therefore of the view that the Motions Judge

tion à l'avocat dans les instances intentées sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, il n'est pas allé non plus jusqu'à permettre systématiquement cette communication. Ainsi, en mentionnant parmi les précautions que la Cour peut prendre «l'audition d'arguments en l'absence d'une partie», le Parlement devait souhaiter que la communication soit refusée dans certains cas.

*b* Dans certains cas, par exemple, la demande de communication apparaîtra à première vue si frivole ou si extravagante ou d'un caractère exploratoire si vaste que la Cour sera en mesure de la rejeter sommairement, sans même avoir pris connaissance des renseignements en litige et sans, bien sûr, en avoir autorisé la communication à l'avocat. Dans d'autres cas mettant en cause les affaires internationales, la défense ou des activités subversives, le responsable du Ministère se prévaudra des dispositions de l'article 52 pour demander que les arguments soient entendus en l'absence d'une partie.

*e* Dans la plupart des cas, cependant, la Cour devrait viser à ce que l'avocat ait accès sinon au document lui-même, du moins à suffisamment de renseignements pertinents pour lui permettre de présenter ses arguments. Comme le soutient Schneiderman<sup>20</sup>, [TRADUCTION] «la Cour fédérale du Canada devrait fixer un degré minimum de communication». L'affaire dont nous sommes saisis est un bon exemple de ce «degré minimum de communication». Comme l'a fait remarquer mon collègue, l'appelant a remis à la Cour et à l'intimé une copie du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat, tout en décrivant de façon assez complète le type de renseignements fournis en vertu de ce Code. Dans une affaire comme celle qui nous occupe, où c'est la nature des renseignements colligés plutôt que leur contenu spécifique qui est en litige dans la poursuite principale visant la communication des docu-

<sup>20</sup> *Supra*, note 5, at p. 489.

<sup>20</sup> Précité, note 5, à la p. 489.

erred in granting access to counsel and that the appeal should be allowed.

What constitutes the “minimum standard of disclosure” will be a question of fact in each case. The Court has the power to control access to counsel, the extent of that access and the conditions of that access. It can refuse access to the actual information and be satisfied, as it should have in this case, with the communication to counsel of a summary or a general description of the actual information. It can grant counsel access to the actual information, in whole or in part. It can impose conditions of access that vary according to the nature or sensitivity of the information, ranging from allowing counsel to examine the documents in his/her office and keep them in a safe, to allowing counsel to examine the documents under surveillance in the Court House. In cases where access is given to the actual information at issue, counsel would be expected to provide an undertaking that he/she will not disclose it to his/her client. Where the information at issue is of the “secret” type, only counsel with security cleared status would be entitled to examine it. In brief, there is no magic formula. The objective in each case is to protect the confidentiality of the information while allowing an intelligent debate on the question of its disclosure.

There is a last point I wish to make. In the case at bar, Reed J. granted access to counsel and set out the conditions of access without having first examined herself the documents at issue. This, in my view, is a serious flaw. The Court cannot be satisfied that access can be granted to counsel nor can it determine the extent and conditions of access if it has not previously examined the documents. Consent by the Crown does not relieve the Court from its duty to protect confidentiality and the Court cannot be said to have judicially taken “every reasonable precaution to avoid disclosure” if it blindly granted counsel access to all the information.

ments contestés, il n'est pas nécessaire que l'avocat prenne effectivement connaissance des renseignements en litige aux fins de préparer convenablement ses arguments. Par conséquent, je suis d'avis que le juge saisi de la requête a commis une erreur en permettant que l'avocat ait accès aux documents et j'estime qu'il y a lieu d'accueillir l'appel.

Il faudra examiner les faits de chaque espèce pour déterminer le «degré minimum de communication». La Cour a le pouvoir de contrôler l'accès que peuvent avoir les avocats, d'en fixer la portée et les conditions. Il lui est loisible de refuser l'accès aux documents eux-mêmes en se bornant, comme elle aurait dû le faire en l'espèce, à autoriser la communication d'un résumé ou d'une description générale des renseignements. La Cour peut permettre la communication partielle ou totale des renseignements eux-mêmes. Elle peut imposer des conditions variant selon la nature ou le caractère névralgique des renseignements, allant de l'examen des documents, gardés dans un coffre-fort, au bureau du procureur, jusqu'à leur examen sous surveillance au Palais de justice. Dans les cas où l'avocat reçoit accès aux renseignements en litige eux-mêmes, il devrait prendre l'engagement de ne pas les divulguer à son client. Lorsque les renseignements portent une cote de type «secret», seul l'avocat ayant reçu une autorisation de sécurité aurait droit de les examiner. Bref, il n'existe pas de formule magique. Dans chaque cas, l'objectif est de protéger la confidentialité des renseignements tout en permettant la tenue d'un débat éclairé sur la question de leur communication.

Je souhaite aborder un dernier point. Dans la présente espèce, le juge Reed a permis, à certaines conditions, que l'avocat ait accès aux documents en litige, sans les avoir d'abord examinés elle-même. Or, il s'agit selon moi d'un vice grave. La Cour ne saurait se convaincre que l'avocat peut avoir accès aux documents, ni fixer la portée et les conditions de cet accès, si elle n'a pas procédé auparavant à l'examen de ces documents. Le consentement de la Couronne n'exempte pas la Cour de son obligation de protéger la confidentialité et on ne peut dire que cette dernière a pris judiciairement «toutes les précautions possibles pour éviter que des renseignements soient divulgués» si elle a aveuglément autorisé la communication à l'avocat de tous les renseignements.

With respect to the cross-appeal, I am of the view that answers to the three groups of questions that were not answered during the cross-examination of Mr. Kingsley are either unnecessary or irrelevant with respect to the main proceeding.

The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

En ce qui concerne l'appel incident, je suis d'avis que les réponses aux trois groupes de questions auxquelles il n'a pas été répondu au cours du contre-interrogatoire de M. Kingsley sont soit inutiles soit non pertinentes eu égard à la poursuite principale.

L'appel devrait être accueilli et l'appel incident, rejeté.

*b* LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.