

A-223-04  
2005 FCA 199

A-223-04  
2005 CAF 199

**Attorney General of Canada and Mel Cappe**  
(Appellants)

**Le procureur général du Canada et Mel Cappe**  
(appelants)

v.

c.

**The Information Commissioner of Canada**  
(Respondent)

**Le commissaire à l'information du Canada** (*intimé*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA**  
**(INFORMATION COMMISSIONER) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA**  
**(COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël, and Malone  
J.J.A.—Ottawa, May 4 and 27, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Malone,  
J.C.A.—Ottawa, 4 et 27 mai 2005.

*Access to Information — Appeal from Federal Court decision holding Information Commissioner having jurisdiction to compel production of legal advice memorandum during investigation of complaint under Access to Information Act, s. 36(2) — Complaint regarding failure of Privy Council Office (PCO) to provide requested copies of Prime Minister's daily agendas — PCO seeking legal advice regarding requests, obtaining legal advice memorandum — Upon receipt of subpoena to examine clerk of PCO, PCO releasing some documents requested but refusing to release legal advice memorandum on grounds of solicitor-client privilege — Applications Judge adopting purposive, liberal interpretation of provision — Relying on Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment) (Ethyl) — S. 36(2) defeating any claim of solicitor-client privilege since providing Information Commissioner with authority to review record, verify exemption properly claimed — Dispute at issue involving records other than those requested but considered relevant to respondent's investigation — Records in Ethyl ancillary and existing before access to information request made; not created for purpose of allowing government institution to properly respond to information request as in present case — Information Commissioner's use of powers to obtain confidential legal advice memorandum interfering with solicitor-client privilege in manner unnecessary for achievement of enabling legislation — S. 36(2) must be interpreted restrictively to allow access to privileged information only where absolutely necessary to exercise of statutory power — Legal advice memorandum specifically prepared to provide legal advice relating to information requests — Applications Judge erring in adopting purposive, liberal interpretation since disregarding principle solicitor-client privilege substantive right separate and apart from evidentiary rule.*

*Accès à l'information — Appel d'une décision de la Cour fédérale statuant que le commissaire à l'information a compétence pour contraindre à la production d'une note de service contenant un avis juridique lorsqu'il mène une enquête, conformément à l'art. 36(2) de la Loi sur l'accès à l'information — Plainte relative au défaut par le Bureau du Conseil privé (BCP) de fournir les copies demandées des agendas quotidiens du premier ministre — Le BCP a demandé un avis juridique au sujet des demandes, et cet avis lui a été fourni sous la forme d'une note de service contenant un avis juridique — Sur réception d'un subpoena ordonnant au greffier du BCP de comparaître pour subir un interrogatoire, le BCP a transmis certains documents demandés, mais a refusé de produire la note de service contenant l'avis juridique, invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat — Le juge des demandes a adopté une interprétation libérale et fondée sur l'objet de la disposition — Elle s'est fondée sur l'arrêt Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (Ethyl) — L'art. 36(2) fait échec à toute revendication du privilège du secret professionnel liant un avocat à son client, en ce qu'il habilite le commissaire à l'information à examiner le document et à vérifier si l'exception est revendiquée à juste titre — Le présent litige porte sur des documents autres que ceux qui sont demandés, mais qui sont considérés comme pertinents pour l'enquête de l'intimé — Dans Ethyl, les documents étaient secondaires et dataient d'avant la demande d'accès à l'information; ils n'avaient pas été créés dans le but de permettre à l'institution fédérale de répondre adéquatement à la demande d'information, comme en l'espèce — Le fait que le commissaire à l'information se serve de ses pouvoirs pour obtenir la note de service confidentielle contenant l'avis juridique porte atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat d'une manière qui n'est pas nécessaire à la réalisation des fins de la loi habilitante — L'art. 36(2) doit être interprété d'une manière restrictive afin de ne donner*

*Practice — Privilege — PCO refusing to release legal advice memorandum prepared after access to information requests received — Solicitor-client privilege fundamental to Canadian legal system — Privilege evolving into fundamental, substantive rule of law, commanding unique status within legal system — Should only be interfered with to extent absolutely necessary to achieve ends sought by Access to Information Act — May be violated by express intention of legislature if no expectation of confidentiality — Nature of information contained in legal advice memorandum and PCO's expectation of confidentiality regarding information therein leading to conclusion memorandum not absolutely necessary for respondent's investigation of complaint — Allowing respondent unrestricted access to legal advice memorandum would discourage government decision makers from seeking legal advice in similar circumstances.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review with respect to the Information Commissioner's jurisdiction and authority during the investigation of a complaint under the *Access to Information Act*. During the investigation of a formal complaint, the respondent ordered the disclosure of a legal advice memorandum drafted by a lawyer in the Privy Council Office (PCO). To five out of six access to information requests made regarding the Prime Minister's daily agendas, the PCO responded that there were no records under its control and to the sixth responded that the records were exempt from release since they involved personal information. The information requester complained to the Information Commissioner who investigated the matter and issued a subpoena to the Clerk of the PCO to appear for examination. A number of records were subsequently released but, on grounds of solicitor-client privilege under section 23 of the Act, the PCO refused to produce the legal advice memorandum the Information Commissioner had requested to conduct his investigation. The Federal Court held that the Information Commissioner's delegate had jurisdiction to compel production of the memorandum under subsection 36(2) of the Act. The applications Judge adopted a purposive and liberal interpretation of subsection 36(2) of the Act, determining that

*accès à des renseignements confidentiels que lorsque cela s'avère absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif — La note de service contenant l'avis juridique a été expressément établie en vue de fournir un avis juridique sur les demandes d'accès à l'information — La juge des demandes a commis une erreur en adoptant une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, qui fait abstraction du principe selon lequel le secret professionnel de l'avocat est un droit substantiel qui est distinct de n'importe quelle règle de preuve.*

*Pratique — Communications privilégiées — Le BCP a refusé de communiquer une note de service contenant un avis juridique établie après la réception des demandes d'accès à l'information — Le privilège du secret professionnel de l'avocat est un principe de base du système juridique canadien — Ce principe s'est mué en une règle de droit fondamentale et substantielle qui commande une place exceptionnelle dans le système juridique — Il ne convient d'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la Loi sur l'accès à l'information — Le législateur peut l'écarter expressément en l'absence d'attentes en matière de confidentialité — La nature des renseignements contenus dans la note de service, de même que les attentes du BCP en matière de confidentialité des renseignements en question amènent à la conclusion que la note de service n'est pas absolument nécessaire pour que l'intimé complète son enquête sur la plainte — Permettre à l'intimé d'avoir libre accès à la note de service contenant l'avis juridique inciterait les décideurs de l'administration fédérale à ne pas demander de conseils juridiques dans des circonstances similaires.*

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire concernant la compétence et les pouvoirs du commissaire à l'information pendant l'enquête sur une plainte formulée sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. Au cours de l'enquête menée à la suite d'une plainte officielle, l'intimé a ordonné la communication d'une note de service contenant un avis juridique rédigée par un avocat du Bureau du Conseil privé (BCP). Au sujet de cinq des six demandes concernant les agendas quotidiens du premier ministre, le BCP a répondu qu'aucun document relevant du BCP n'y répondait et, quant à la sixième demande, il a répondu que les documents n'avaient pas à être communiqués parce qu'ils contenaient des renseignements personnels. Le demandeur d'accès s'est plaint au commissaire à l'information, qui a fait une enquête et délivré un subpoena ordonnant au greffier du BCP de comparaître pour être interrogé. Plusieurs documents ont par la suite été communiqués mais, invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat prévu à l'article 23 de la Loi, le BCP a refusé de produire la note de service contenant l'avis juridique que le commissaire avait demandée pour mener son enquête. La Cour fédérale a statué que le délégué du commissaire avait compétence pour contraindre à la production de la note de service, aux termes du paragraphe 36(2) de la

Parliament had used words clearly demonstrating its intent that the respondent have access to any record required in its investigation. She relied on *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment) (Ethyl)*, which held that section 46 of the Act (analogous to subsection 36(2)) clearly eliminated the obstacle of privilege and that records that were relevant to the existence of the requested records could be filed with the reviewing judge. If the judge was satisfied that the records would be of assistance in determining the merits and legality of the government's refusal to disclose, they were admissible. The issue was whether the applications Judge erred in failing to interpret subsection 36(2) of the Act restrictively.

*Held*, the appeal should be allowed.

Subsection 36(2) defeats any claim of solicitor-client privilege since it provides the Information Commissioner with the authority to review the record and verify that the exemption is properly claimed. However, the dispute in this case concerned records other than those requested under the Act but which the Information Commissioner considered relevant to his investigation. In *Ethyl*, the records in dispute were ancillary and existed before the access to information request was made. They were not created for the purpose of allowing the government institution to properly respond to the information request. Moreover, the Court was not expressing an opinion in *Ethyl* as to whether the Court was empowered under section 46 of the Act (and implicitly subsection 36(2)) to compel the disclosure of records created for the purpose of providing legal advice as to the proper response to an access to information request. Therefore, the question of whether subsection 36(2) empowers the Information Commissioner to compel the disclosure of the memorandum remained outstanding.

Solicitor-client privilege is fundamental to the Canadian legal system and is more than a rule of evidence. It has evolved into a fundamental and substantive rule of law which commands a unique status within the legal system. Solicitor-client privilege should only be interfered with to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the Act. In this case, the appellants did not question the Commissioner's ability to compel the disclosure of records requested under the Act despite any claim of privilege under subsection 36(2). The Commissioner is required to make a

Loi. La juge des demandes a adopté une interprétation libérale et fondée sur l'objet du paragraphe 36(2) de la Loi, et a décidé que les mots employés par le législateur dénotaient clairement l'intention de ce dernier que l'intimé doit avoir accès à n'importe quel document requis au cours de son enquête. Elle s'est fondée sur l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (Ethyl)*, dans lequel la Cour a conclu que l'article 46 de la Loi (analogue au paragraphe 36(2)) éliminait clairement l'obstacle du secret professionnel et que les documents qui s'avéraient pertinents quant à l'existence des documents demandés pouvaient être produits auprès du juge siégeant en révision. Ces documents étaient admissibles si le juge était convaincu qu'ils seraient utiles pour déterminer le bien-fondé et la légalité du refus de l'administration fédérale de les communiquer. Il s'agissait de savoir si la juge des demandes avait commis une erreur en n'interprétant pas de manière restrictive le paragraphe 36(2) de la Loi.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Le paragraphe 36(2) fait échec à toute revendication du privilège du secret professionnel liant un avocat à son client en ce qu'il habilite le commissaire à l'information à examiner le document et à vérifier si l'exception est revendiquée à juste titre. Cependant, le présent litige porte sur des documents autres que ceux qui sont demandés en vertu de la Loi, mais que le commissaire à l'information considère comme pertinents pour son enquête. Dans l'arrêt *Ethyl*, les documents en cause étaient des documents secondaires qui dataient d'avant la demande d'accès à l'information. Ils n'avaient pas été créés dans le but de permettre à l'institution fédérale de répondre adéquatement à la demande d'information. En outre, dans l'arrêt *Ethyl*, la Cour n'exprimait pas une opinion sur la question de savoir si l'article 46 de la Loi (et, implicitement, le paragraphe 36(2)) habilitait la Cour à contraindre à la communication des documents créés dans le but de fournir un avis juridique sur la bonne façon de répondre à une demande d'accès à l'information. Ainsi, la question de savoir si le paragraphe 36(2) habilite le commissaire à l'information à obliger la communication de la note de service est demeurée en suspens.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est un principe de base du système juridique canadien qui va au-delà d'une simple règle de preuve. Ce principe s'est mué en une règle de droit fondamentale et substantielle qui commande une place exceptionnelle dans le système juridique. On ne peut porter atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi. En l'espèce, les appelants n'ont pas mis en doute la capacité du commissaire d'obliger la communication des documents demandés en vertu de la Loi, et

recommendation as to the disclosure of the requested document and, if opting in favour of disclosure, he has standing to challenge the refusal to produce the document in court as a party. The Commissioner's use of the powers granted to him under paragraph 36(1)(a) and subsection 36(2) to obtain the confidential legal advice memorandum interfered with solicitor-client privilege in a manner that was unnecessary for the achievement of the enabling legislation. Subsection 36(2) must be interpreted restrictively in order to allow access to privileged information only where absolutely necessary to the statutory power being exercised. Solicitor-client privilege may be violated by the express intention of the legislature so long as there is no expectation of confidentiality. The legal advice memorandum was specifically prepared in order to provide legal advice relating to the access to information requests and was not analogous to the records at issue in *Ethyl*. The nature of the information contained therein and the PCO's expectation of confidentiality regarding that information led to the inevitable conclusion that the memorandum was not absolutely necessary in order for the Commissioner to complete his investigation of the complaint. Therefore, the applications Judge erred in adopting a purposive and liberal interpretation of subsection 36(2) since it disregarded the principle that solicitor-client privilege is a substantive right separate and apart from any evidentiary rule. To allow the Information Commissioner to have unrestricted access to the legal advice memorandum would discourage access to legal advice by government decision makers in similar circumstances.

ce, en dépit de toute revendication de privilège selon le paragraphe 36(2). Le commissaire est tenu de formuler une recommandation sur la communication du document demandé, et dans la mesure où il penche en faveur de la communication, il a qualité pour contester le refus de produire le document en cour à titre de partie. Le fait que le commissaire se serve des pouvoirs que lui accordent l'alinéa 36(1)a) et le paragraphe 36(2) pour obtenir la note de service confidentielle contenant l'avis juridique porte atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat d'une manière qui n'est pas nécessaire à la réalisation des fins de la loi habilitante. Le paragraphe 36(2) doit être interprété de manière restrictive afin de ne donner accès à des renseignements confidentiels que lorsque cela s'avère absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif en question. En l'absence d'attentes en matière de confidentialité, le législateur peut écarter expressément le privilège du secret professionnel de l'avocat. La note de service contenant l'avis juridique a été expressément établie en vue de fournir un avis juridique sur les demandes d'accès à l'information et n'était pas analogue aux documents dont il était question dans l'arrêt *Ethyl*. La nature des renseignements contenus dans la note de service et les attentes du BCP en matière de confidentialité des renseignements en question amènent à la conclusion inévitable que la note de service n'était pas absolument nécessaire pour que la Commission complète son enquête sur la plainte. Il s'ensuit que la juge des demandes a commis une erreur en donnant au paragraphe 36(2) une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, qui fait abstraction du principe selon lequel le secret professionnel de l'avocat est un droit substantiel qui est distinct de n'importe quelle règle de preuve. Permettre au commissaire à l'information d'avoir libre accès à la note de service contenant l'avis juridique inciterait les décideurs de l'administration fédérale à s'abstenir de demander des conseils juridiques dans des circonstances similaires.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 202), 19(1), 23, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1), 42(1), 46.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 SCC 14.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1 (F); 2001, ch. 27, art. 202], 19(1), 23, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1), 42(1), 46.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 CSC 14.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; 2004 SCC 31; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201.

## REFERRED TO:

*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; 2002 SCC 61; *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; 2003 SCC 67.

APPEAL from a Federal Court decision ([2004] 4 F.C.R. 181 (abridged); (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 117 C.R.R. (2d) 85; 255 F.T.R. 56; 2004 FC 431) dismissing the appellants' application for judicial review with respect to the respondent's jurisdiction and authority during the investigation of a complaint under the *Access to Information Act*. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Christopher M. Rupar* for appellants.  
*Daniel Brunet* and *Patricia Boyd* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Office of the Information Commissioner of Canada*,  
Ottawa, for respondent.

## DÉCISION DISTINCTE:

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; 2004 CSC 31; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; 2002 CSC 61; *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; 2003 CSC 67.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 4 R.C.F. 181 (abrégé); (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 117 C.R.R. (2d) 85; 255 F.T.R. 56; 2004 CF 431) rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants concernant la compétence et les pouvoirs de l'intimé pendant l'enquête sur une plainte formulée sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Christopher M. Rupar* pour les appelants.  
*Daniel Brunet* et *Patricia Boyd* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour les appelants.  
*Bureau du Commissaire à l'information du Canada*  
Ottawa, pour l'intimé.

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

MALONE J.A.:

## I. INTRODUCTION

[1] This appeal concerns the scope of solicitor-client privilege claimed by a government institution in the context of subsection 36(2) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act) and the respondent's subpoena request seeking the production of a legal advice memorandum dated July 30, 1999 (the legal advice memorandum). This memorandum was drafted by a lawyer in the Privy Council Office (the PCO) in response to access to information requests regarding the Prime Minister's daily agendas.

## II. BACKGROUND FACTS

[2] On June 28, 1999, six requests were made to the PCO, pursuant to the Act, for copies of the Prime Minister's daily agenda books for fiscal or calendar years 1994 to June 1999. The requester was advised that, in respect of five of the requests, there were no records under the control of the PCO which were responsive. In respect of the sixth request, the PCO neither confirmed nor denied that such records existed in its control, but stated that, if they did, they were exempt from release as a result of the provisions of subsection 19(1) of the Act (relating to personal information).

[3] The PCO sought legal advice in respect of these requests and that advice was received in the form of the legal advice memorandum.

[4] Following the PCO's response, the requester complained to the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) that all of the records requested were not provided. The Commissioner's investigation followed, leading to the issuance of a subpoena. Mel Cappe was the Clerk of the PCO and Secretary for the federal Cabinet at that time. On receipt of the subpoena, Mr. Cappe released a number of records as requested,

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

## I. INTRODUCTION

[1] Le présent appel concerne l'étendue du privilège du secret professionnel de l'avocat que revendique une institution fédérale dans le contexte du paragraphe 36(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), de même que la demande de subpoena de l'intimé en vue d'obtenir la production d'une note de service contenant un avis juridique, datée du 30 juillet 1999 (la note de service contenant un avis juridique). Cette note de service a été rédigée par un avocat au Bureau du Conseil privé (le BCP) en réponse à diverses demandes d'accès à l'information concernant les agendas quotidiens du premier ministre.

## II. CONTEXTE

[2] Le 28 juin 1999, six demandes ont été soumises au BCP, en vertu de la Loi, en vue d'obtenir une copie des agendas quotidiens du premier ministre pour les années financières ou civiles 1994 à juin 1999. Le demandeur d'accès a été informé qu'au sujet de cinq des demandes, aucun document relevant du BCP n'y répondait. Quant à la sixième demande, le BCP n'a ni confirmé ni nié qu'il existait de tels documents, déclarant toutefois que si de tels documents existaient, ils n'avaient pas à être communiqués en raison des dispositions du paragraphe 19(1) de la Loi (il y est question de renseignements personnels).

[3] Le BCP a demandé un avis juridique au sujet de ces demandes, et cet avis lui a été fourni sous la forme d'une note de service contenant un avis juridique.

[4] Après avoir reçu la réponse du BCP, le demandeur d'accès s'est plaint au commissaire à l'information du Canada (le commissaire) que les documents demandés n'avaient pas tous été fournis. C'est à la suite de cela que le commissaire a fait son enquête, qui a mené à la délivrance d'un subpoena. À cette époque, Mel Cappe était le greffier du BCP et le secrétaire du Cabinet fédéral. Sur réception du subpoena, M. Cappe a transmis

but refused production of the legal advice memorandum.

[5] Under the direction of the subpoena, Mr. Cappe appeared at the Office of the Commissioner and was examined under oath by his delegate. At that time, the matter of privilege was argued. At all times material to the current appeal, Mr. Cappe objected to the release of the legal advice memorandum, claiming solicitor-client privilege on behalf of the Government of Canada. Ultimately, the appellants sought relief before the Federal Court [[2004] 4 F.C.R. 181 (abridged version)] by way of judicial review, naming the Commissioner as a respondent in the proceedings.

### III. SCHEME OF THE ACT

[6] The purpose of the Act, as outlined in section 2, is to provide a right of access to information that is contained in records under the control of a government institution. This section expressly states, as a principle, that government information should be available to the public, that exceptions to this principle should be limited and specific, and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government. Section 4 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 202] of the Act provides a right of access to any record under the control of a government institution to every person who is a Canadian citizen or a permanent resident.

[7] Solicitor-client privilege is expressly recognized under the Act in section 23, which reads as follows:

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

[8] In carrying out an investigation under the Act, following a formal complaint by a requester, the Commissioner has broad powers, as outlined in section 36 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.) c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1]. Specific to the current appeal, subsection 36(2) gives broad access to records under the control of a government institution. It reads:

certain documents demandés, mais a refusé de produire la note de service contenant l'avis juridique.

[5] Comme l'exigeait le subpoena, M. Cappe a comparu au bureau du commissaire et a été interrogé sous serment par le délégué de ce dernier. À ce moment, le privilège du secret professionnel de l'avocat a été invoqué. Pendant toute la période visée par l'appel, M. Cappe s'est opposé à ce que l'on communique la note de service contenant l'avis juridique, revendiquant le privilège du secret professionnel de l'avocat pour le compte du gouvernement du Canada. En bout de ligne, les appelants ont cherché à obtenir un redressement devant la Cour fédérale [[2004] 4 R.C.F. 181 (version abrégée)] par voie de contrôle judiciaire en constituant le commissaire intimé dans l'instance.

### III. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA LOI

[6] L'objet de la Loi, qui est énoncé à l'article 2, est d'assurer un droit d'accès aux renseignements que contiennent des documents relevant de l'administration fédérale. Cette disposition consacre expressément le principe du droit du public à leur communication, que les exceptions à ce principe doivent être précises et limitées et que les décisions concernant la communication de tels renseignements sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. L'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 44, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202] de la Loi confère un droit d'accès à n'importe quel document relevant d'une institution fédérale à tout citoyen canadien ou résident permanent.

[7] Le privilège du secret professionnel de l'avocat est expressément reconnu dans la Loi, à l'article 23:

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[8] Lorsqu'il mène une enquête en vertu de la Loi à la suite d'une plainte officielle d'un demandeur d'accès, le commissaire dispose de vastes pouvoirs, décrits à l'article 36 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1]. Pour ce qui est du présent appel, le paragraphe 36(2) accorde un large accès aux documents qui relèvent d'une institution fédérale:

36. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, 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 Commissioner on any grounds.

#### IV. THE FEDERAL COURT DECISION

[9] A judge of the Federal Court (the applications Judge) made an order dated March 25, 2004, dismissing the appellants' application for judicial review (reported as *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181). The applications Judge held that the Commissioner's delegate had jurisdiction to compel production of the legal advice memorandum pursuant to subsection 36(2) of the Act. In making that finding, she adopted a purposive and liberal interpretation of the provision, in which she determined that Parliament had used words which clearly demonstrate its intent that the Commissioner is to have access to any record required in the course of his investigation.

[10] She rejected the appellants' restrictive interpretation of the subsection, in which solicitor-client privilege is only to be interfered with to the extent absolutely necessary. She determined that such an interpretation would impose a significant restriction on the ability of the Commissioner to conduct his investigation and independent review. In her view, the appellants' interpretation would amount to reading in limiting words not found in the subsection and would effectively circumvent the intention of Parliament.

[11] The applications Judge found support for her purposive and liberal interpretation in the decision of this Court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.) (the *Ethyl* decision). In *Ethyl*, this Court concluded that the obstacle of privilege was eliminated by the clear wording of section 46 of the Act and that

36. [. . .]

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, 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.

#### IV. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[9] Une juge de la Cour fédérale (la juge des demandes) a rendu, en date du 25 mars 2004, une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181). La juge des demandes a statué que le délégué du commissaire avait compétence pour contraindre à la production de la note de service contenant l'avis juridique, aux termes du paragraphe 36(2) de la Loi. Pour arriver à cette conclusion, la juge a adopté une interprétation libérale et fondée sur l'objet de la disposition, dans le cadre de laquelle elle a décidé que les mots employés par le législateur dénotent clairement l'intention de ce dernier que le commissaire doit avoir accès à n'importe quel document requis au cours de son enquête.

[10] La juge des demandes a rejeté l'interprétation restrictive qu'ont donnée les appelants à la disposition, à savoir qu'il ne pouvait être porté atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat qu'en cas de nécessité absolue. Elle a décidé qu'une telle interprétation restreindrait nettement la capacité du commissaire de mener son enquête et un examen indépendant. À son avis, l'interprétation des appelants équivaudrait à inclure des mots restrictifs ne figurant pas dans le libellé de la disposition et irait à l'encontre de l'intention du législateur.

[11] Pour étayer son interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, la juge des demandes s'est fondée sur la décision rendue par la Cour dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (C.A.F.) (l'arrêt *Ethyl*). Dans *Ethyl*, la Cour a conclu que le libellé clair de l'article 46 de la Loi éliminait l'obstacle du



records that were relevant to the existence of the requested records could be filed with the reviewing judge. Such records were said to be admissible if the judge was satisfied that they would be of assistance in determining the merits and legality of the government's refusal to disclose. The wording of section 46 of the Act, which provides the Court with the power to examine any record to which the Act applies, is analogous to that of subsection 36(2). It reads as follows:

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.

#### V. ISSUES ON APPEAL

[12] There is only one issue raised on this appeal; did the applications Judge err in failing to interpret subsection 36(2) of the Act restrictively, so as to allow the Commissioner access to the legal advice memorandum to which the PCO is claiming solicitor-client privilege.

#### VI. STANDARD OF REVIEW

[13] The applications Judge determined that the applicable standard of review is correctness. That finding was not disputed by either of the parties and I am in full agreement with her determination that this issue is to be reviewed on a correctness standard.

#### VII. ANALYSIS

[14] At the outset, it is important to note that the appellants do not dispute that subsection 36(2) would defeat any claim of solicitor-client privilege under section 23 of the Act relating to records sought under the Act. The appellants accept that the Commissioner, when confronted with a refusal to disclose a record requested under the Act based on a section 23 exemption, must be able to review the record and verify that the exemption is properly claimed, and that subsection 36(2) provides the Commissioner with the authority to do so. Rather,

secret professionnel, et que les documents qui s'avéraient pertinents quant à l'existence des documents demandés pourraient être produits auprès du juge siégeant en révision. Ces documents étaient admissibles si le juge était convaincu qu'ils seraient utiles pour déterminer le bien-fondé et la légalité du refus de l'administration fédérale de les communiquer. Le libellé de l'article 46 de la Loi, qui confère à la Cour le pouvoir d'examiner n'importe quel document auquel la Loi s'applique, est analogue à celui du paragraphe 36(2). Le voici:

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.

#### V. QUESTIONS EN LITIGE

[12] Seule une question a été portée en appel: la juge des demandes a-t-elle commis une erreur en n'interprétant pas de manière restrictive le paragraphe 36(2) de la Loi, permettant ainsi au commissaire d'avoir accès à la note de service contenant l'avis juridique pour lequel le BCP revendique le privilège du secret professionnel de l'avocat?

#### VI. NORME DE CONTRÔLE

[13] La juge des demandes a décidé que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Cette conclusion n'a été contestée par ni l'une ni l'autre des parties, et je suis entièrement d'accord.

#### VII. ANALYSE

[14] Il importe d'abord de signaler que les appelants ne contestent pas que le paragraphe 36(2) ferait échec à toute revendication du privilège du secret professionnel liant un avocat à son client dont il est question à l'article 23 de la Loi à l'égard des documents demandés en vertu de la Loi. Les appelants conviennent d'une part que, s'il se heurte à un refus de communiquer un document demandé en vertu de la Loi à cause d'une exception fondée sur l'article 23, le commissaire doit pouvoir examiner le document en question et vérifier si

this dispute concerns records other than those requested under the Act, but which the Commissioner considers relevant to his investigation (the ancillary records).

[15] The Commissioner takes the position, relying on the decision of this Court in *Ethyl*, that subsection 36(2) also operates to defeat the solicitor-client privilege with respect to all ancillary records, regardless of the circumstances in which they were created. In my view, *Ethyl* does not stand for such a wide ranging proposition.

[16] In *Ethyl*, the Court was faced with a case where the Minister had refused disclosure of certain Cabinet discussion papers on the basis that they did not exist. In the course of his investigation, the Commissioner obtained other records that were not covered by the request, but which did concern the use of discussion papers within the Cabinet paper system. Some of these records were said to be protected by solicitor-client privilege. The Commissioner considered these latter records relevant to the question of whether the requested records did exist. It was in this context that this Court determined that it was proper for the Commissioner to file these other records with the Federal Court for its review, regardless of the fact that they might be privileged. I stress that the ancillary records at issue in *Ethyl* came into existence before the access to information request and were not created for the purpose of allowing the government institution to properly respond to the information request.

[17] In my view, it is clear that this Court in *Ethyl* was not expressing an opinion as to whether or not section 46 (and, by implication, subsection 36(2)) empowered the Court (or the Commissioner) to compel the disclosure of records created for the purpose of providing legal advice as to the proper response to an access to information request. Rather, the Court determined that, pursuant to section 46 of the Act, records that were relevant to the

l'exception est revendiquée à juste titre et, d'autre part, que le paragraphe 36(2) habilite le commissaire à le faire. Le présent litige porte plutôt sur des documents autres que ceux qui sont demandés en vertu de la Loi, mais que le commissaire considère comme pertinents pour son enquête (les documents secondaires).

[15] Se fondant sur la décision rendue par la Cour dans l'arrêt *Ethyl*, le commissaire estime que le paragraphe 36(2) a également pour effet de faire échec au privilège du secret professionnel liant un avocat à son client pour ce qui est de la totalité des documents secondaires, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils ont été créés. À mon avis, l'arrêt *Ethyl* n'étaye pas une thèse d'une telle portée.

[16] Dans l'arrêt *Ethyl*, la Cour était saisie d'une affaire dans laquelle le ministre avait refusé de communiquer certains documents de travail du Cabinet au motif qu'ils n'existaient pas. Durant son enquête, le commissaire a obtenu d'autres documents qui n'étaient pas visés par la demande, mais qui concernaient bel et bien l'utilisation de documents de travail dans le système de dossiers du Cabinet. Certains de ces documents étaient censément protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Le commissaire a considéré que les documents en question étaient pertinents quant à la question de savoir si les documents demandés existaient bel et bien. C'est dans ce contexte que la Cour a statué qu'il était approprié pour le commissaire de produire ces autres documents auprès de la Cour fédérale pour qu'elle les examine, qu'ils soient assujettis ou non au privilège du secret professionnel de l'avocat. Je souligne que les documents secondaires visés dans l'arrêt *Ethyl* datent d'avant la demande d'accès à l'information et n'ont pas été créés dans le but de permettre à l'institution fédérale de répondre adéquatement à la demande d'information.

[17] Il est clair à mon avis que, dans l'arrêt *Ethyl*, la Cour n'exprimait pas une opinion sur la question de savoir si l'article 46 (et, implicitement, le paragraphe 36(2)) habilitait la Cour (ou le commissaire) à contraindre à la communication des documents créés dans le but de fournir un avis juridique sur la bonne façon de répondre à une demande d'accès à l'information. La Cour a plutôt décidé qu'aux termes de

investigation and in the possession of the Commissioner were required to be disclosed to the Court. Accordingly, the question of whether subsection 36(2) empowers the Commissioner to compel the disclosure of the legal advice memorandum, which was prepared in response to an access to information request, remains outstanding.

[18] Following the teachings of the Supreme Court of Canada, solicitor-client privilege is fundamental to the Canadian legal system and is more than a rule of evidence. It has evolved into a fundamental and substantive rule of law which commands a unique status within the legal system, integral to the workings of the legal system itself (see *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraphs 24, 31-32). As such, this privilege “must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (see *McClure*, at paragraph 35) and it is to be “jealously guarded and should only be set aside in the most unusual circumstances” (see *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 17).

[19] The substantive rule of solicitor-client privilege, as formulated in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 and referred to by the applications Judge, has been consistently applied by the Supreme Court of Canada (see *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraph 18). This substantive rule was set out by Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux*, at page 875 as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

l'article 46 de la Loi, il était obligatoire de lui communiquer des documents qui s'avéraient pertinents à l'enquête et dont disposait le commissaire. C'est donc dire que la question de savoir si le paragraphe 36(2) habilite le commissaire à obliger la communication de la note de service contenant l'avis juridique, qui a été établie en réponse à une demande d'accès à l'information, demeure en suspens.

[18] Conformément aux enseignements de la Cour suprême du Canada, le privilège du secret professionnel de l'avocat est un principe de base du système juridique canadien qui va au-delà d'une simple règle de preuve. Ce principe s'est mué en une règle de droit fondamentale et substantielle qui commande une place exceptionnelle dans le système juridique et qui fait partie intégrante des rouages du système juridique lui-même (voir *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, aux paragraphes 24, 31 et 32). Dans ce contexte, ce privilège «doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent» (voir *McClure*, au paragraphe 35) et doit être «jalousement protégé et ne doit être levé que dans les circonstances les plus exceptionnelles» (voir *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 17).

[19] La règle de fond régissant le privilège du secret professionnel de l'avocat, qui a été formulée dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et à laquelle la juge des demandes a fait référence, a été systématiquement appliquée par la Cour suprême du Canada (voir *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 18). Cette règle de fond a été énoncée comme suit par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Descôteaux*, à la page 875:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [Emphasis added.]
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [Non souligné dans l'original.]

[20] In this appeal, subsection 36(2) is enabling legislation which gives the Commissioner the authority to “do something” that could interfere with a government institution’s solicitor-client confidentiality. This fact is acknowledged by the appellants, who do not question the Commissioner’s ability to compel the disclosure of records requested under the Act despite any claim of privilege. However, the appellants contend that, beyond this, subsection 36(2) must be interpreted restrictively and that solicitor-client privilege should only be interfered with to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the Act (see *Descôteaux*, at page 875).

[20] Dans le présent appel, le paragraphe 36(2) est une disposition législative habilitante qui confère au commissaire le pouvoir de «faire quelque chose» qui pourrait porter atteinte à la confidentialité avocat-client d’une institution fédérale. Ce fait est admis par les appelants, qui ne mettent pas en doute la capacité du commissaire d’obliger la communication des documents demandés en vertu de la Loi, et ce, en dépit de toute revendication de privilège. Les appelants soutiennent toutefois qu’au-delà de cela, il faut interpréter le paragraphe 36(2) de manière restrictive et qu’il ne convient de porter atteinte au privilège du secret professionnel de l’avocat que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la Loi (voir *Descôteaux*, à la page 875).

[21] At the time of the information request, the Commissioner did not have an interest adverse to that of the government institution in the classic sense, but the Commissioner did have the potential to become adverse in interest. The Commissioner is required to make a recommendation as to the disclosure of the requested document, and to the extent that he opts in favour of disclosure, he has standing to challenge the refusal to produce the document in court as a party (see subsection 42(1) of the Act).

[21] À l’époque de la demande d’information, le commissaire n’avait pas un droit opposé à celui de l’institution fédérale dans le sens classique du terme, mais il était possible que ce soit le cas. Le commissaire est tenu de formuler une recommandation sur la communication du document demandé, et dans la mesure où il penche en faveur de la communication, il a qualité pour contester le refus de produire le document en cour à titre de partie (voir le paragraphe 42(1) de la Loi).

[22] In my analysis, the Commissioner’s use of the powers granted to him under paragraph 36(1)(a) and subsection 36(2) of the Act to obtain the confidential legal advice memorandum interferes with solicitor-client privilege in a manner that is unnecessary for the achievement of the enabling legislation. Applying the foregoing Supreme Court of Canada jurisprudence, subsection 36(2) must be interpreted restrictively in

[22] Selon mon analyse, le fait que le commissaire se serve des pouvoirs que lui accordent l’alinéa 36(1)a) et le paragraphe 36(2) de la Loi pour obtenir la note de service confidentielle contenant l’avis juridique porte atteinte au privilège du secret professionnel de l’avocat d’une manière qui n’est pas nécessaire à la réalisation des fins de la loi habilitante. D’après la jurisprudence susmentionnée de la Cour suprême du Canada, il

order to allow access to privileged information only where absolutely necessary to the statutory power being exercised. (See *Lavallee*, at paragraph 18; *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraph 16; and *Pritchard*, at paragraph 33.)

[23] In *Pritchard*, the Supreme Court of Canada indicated that the legislature can abrogate the existence of privilege by eliminating the expectation of confidentiality, but that the question of whether solicitor-client privilege could be violated by the express intention of the legislature was a controversial matter. Major J. addressed this issue in *Pritchard*, at paragraph 34, as follows:

Where the legislature has mandated that the record must be provided in whole to the parties in respect of a proceeding within its legislative competence and it specifies that the “whole of the record” includes opinions provided to the administrative board, then privilege will not arise as there is no expectation of confidentiality. Beyond that, whether solicitor-client privilege can be violated by the express intention of the legislature is a controversial matter that does not arise in this appeal.

[24] In the present appeal, the legal advice memorandum was specifically prepared in order to provide legal advice relating to the access to information requests. As such, it is not analogous to the records at issue in *Ethyl*, records which were relevant to the question as to whether the requested records did in fact exist; a question that the Commissioner had to answer in the course of his investigation. In the present context, a strong expectation of confidentiality with respect to the legal advice memorandum remains, despite subsection 36(2). In my view, Parliament did not intend that a government institution be without the benefit of legal advice, provided in confidence, in deciding how to properly respond to an information request. The nature of the information contained in the legal advice memorandum and the PCO's expectation of confidentiality with respect to that information leads me to the inevitable conclusion that the legal advice memorandum is not absolutely necessary in order for the Commissioner to complete his investigation of the complaint.

convient d'interpréter de manière restrictive le paragraphe 36(2) afin de ne donner accès à des renseignements confidentiels que lorsque cela s'avère absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif en question. (Voir *Lavallee*, au paragraphe 18; *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 16; *Pritchard*, au paragraphe 33.)

[23] Dans l'arrêt *Pritchard*, la Cour suprême du Canada a indiqué que le législateur peut abroger l'existence du privilège en éliminant les attentes en matière de confidentialité, mais que la question de savoir si l'intention expresse du législateur peut écarter ce privilège est controversée. Le juge Major a abordé la question dans l'arrêt *Pritchard*, au paragraphe 34:

Lorsque le législateur exige d'un organisme administratif qu'il communique aux parties à une procédure relevant de sa compétence l'ensemble du dossier, et qu'il est précisé que «l'ensemble du dossier» comprend les avis obtenus par l'organisme administratif, le privilège ne pourra être invoqué vu l'absence d'attentes en matière de confidentialité. La question de savoir si, par ailleurs, le législateur peut écarter expressément le privilège avocat-client est matière à controverse et ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

[24] Dans le présent appel, la note de service contenant l'avis juridique a été expressément établie en vue de fournir un avis juridique sur les demandes d'accès à l'information. Cela étant, cette note de service n'est pas analogue aux documents dont il était question dans l'arrêt *Ethyl*, lesquels avaient trait à la question de savoir si les documents demandés existaient bel et bien; il s'agissait là d'une question à laquelle le commissaire devait répondre au cours de son enquête. Dans le présent contexte, il subsiste de fortes attentes en matière de confidentialité au sujet de la note de service contenant l'avis juridique, malgré le paragraphe 36(2). À mon sens, le législateur n'a pas voulu qu'une institution fédérale soit privée du bénéfice de conseils juridiques, fournis confidentiellement, au moment de décider comment répondre adéquatement à une demande d'information. La nature des renseignements contenus dans la note de service, de même que les attentes du BCP en matière de confidentialité des renseignements en question, m'amènent à la conclusion inévitable que la note de service n'est pas absolument nécessaire pour que le commissaire complète son enquête sur la plainte.

[25] It follows that the applications Judge erred in adopting a purposive and liberal interpretation of subsection 36(2) in such a context. Such an interpretation disregards the principle that solicitor-client privilege is much more than a privilege or a rule under the law of evidence; rather, it is a substantive right separate and apart from any evidentiary rule (see *McClure*, at paragraph 24). To allow the Commissioner to have unrestricted access to a document such as the legal advice memorandum would have the chilling effect warned of by Binnie J. in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 49, and would discourage access to legal advice by government decision makers in similar circumstances. As noted by Major J. in *McClure*, at paragraph 2:

Solicitor-client privilege describes the privilege that exists between a client and his or her lawyer. This privilege is fundamental to the justice system in Canada. The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system. At the heart of this privilege lies the concept that people must be able to speak candidly with their lawyers and so enable their interests to be fully represented.

#### VIII. CONCLUSION

[26] The applications Judge erred in determining that the Commissioner had the power and the jurisdiction to compel the disclosure of the legal advice memorandum. While the Commissioner has the authority to compel the disclosure of the records requested under the Act and other relevant records (as was the case in *Ethyl*), he is not entitled to the production of the memorandum created in order to provide legal advice to the PCO in response to the access to information request under the Act. I would, therefore, allow the appeal with costs on appeal and before the Federal Court.

DESJARDINS J.A.: I concur.

NOËL J.A.: I concur.

[25] Il s'ensuit que dans un tel contexte, la juge des demandes a commis une erreur en donnant au paragraphe 36(2) une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé. Cette interprétation fait abstraction du principe selon lequel le secret professionnel de l'avocat est bien plus qu'un privilège ou une règle du droit de la preuve; il s'agit plutôt d'un droit de fond qui est distinct de n'importe quelle règle de preuve (voir l'arrêt *McClure*, au paragraphe 24). Permettre au commissaire d'avoir libre accès à un document tel que la note de service contenant l'avis juridique aurait l'«effet paralysant» contre lequel le juge Binnie met en garde dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 49, et ferait obstacle à l'accès des décideurs de l'administration fédérale à des conseils juridiques dans des circonstances similaires. Comme l'a fait remarquer le juge Major dans l'arrêt *McClure*, au paragraphe 2:

Le secret professionnel de l'avocat s'entend du privilège qui existe entre un client et son avocat et qui est fondamental pour le système de justice canadien. Le droit est un écheveau complexe d'intérêts, de rapports et de règles. L'intégrité de l'administration de la justice repose sur le rôle unique de l'avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe. La notion selon laquelle une personne doit pouvoir parler franchement à son avocat pour qu'il soit en mesure de la représenter pleinement est au cœur de ce privilège.

#### VIII. CONCLUSION

[26] La juge des demandes a commis une erreur en statuant que le commissaire avait la compétence et le pouvoir requis pour obliger à communiquer la note de service contenant l'avis juridique. Bien qu'il soit habilité à obliger la communication des documents demandés en vertu de la Loi, ainsi que d'autres documents pertinents (comme c'était le cas dans *Ethyl*), le commissaire n'a pas droit à la production de la note de service créée en vue de fournir un conseil juridique au BCP en réponse à la demande d'accès à l'information en vertu de la Loi. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel, avec dépens en appel et devant la Cour fédérale.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.