

T-531-06  
2007 FC 1024

T-531-06  
2007 CF 1024

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

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

**Commissaire à l'information du Canada** (*défendeur*)

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

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

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, April 26; October 5, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 26 avril; 5 octobre 2007.

*Access to Information — Confidentiality Orders — Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada (Deputy Commissioner) confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under Access to Information Act (Act) — However, confidentiality orders rescinded against government witnesses because had already testified — Act providing Commissioner with broad, effective discretionary powers to investigate complaints, determine procedure to be followed in performance of duties or functions, be master of own procedure — Act, s. 34 authorizing Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses, counsel — When imposing confidentiality order on counsel, Commissioner must consider solicitor-client privilege, which is to remain as absolute as possible to maintain relevance, ensure confidence therein — Interference with privilege absolutely necessary herein to achieve Act's public policy goals — Deputy Commissioner issued orders against counsel in part because of potential conflict of interests since counsel representing witnesses also representing both Attorney General, head of government institution whose decision being investigated — Solicitor-client relationship between employee, counsel must prevail over solicitor-client relationship between counsel, Crown, and between counsel other employees — Because not interfering with solicitor-client privilege of Crown more than needed, confidentiality orders perfectly legitimate.*

*Accès à l'information — Ordonnances de confidentialité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada (le sous-commissaire) a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — Cependant, les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement ont été révoquées parce qu'ils avaient déjà témoigné — La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes et établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions et pour être maître de sa propre procédure — L'art. 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats — Lorsqu'il prononce une ordonnance de confidentialité contre un avocat, le commissaire doit prendre en considération le privilège du secret professionnel de l'avocat, qui doit demeurer aussi absolu que possible pour qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance — En l'espèce, il était absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs d'ordre public visés par la Loi — Le sous-commissaire a prononcé des ordonnances contre les avocats en partie en raison du risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentaient aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la décision faisait l'objet d'une enquête — La relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés — Les ordonnances de confidentialité étaient parfaitement légitimes parce qu'elles ne violaient pas plus le secret professionnel de l'avocat de Sa Majesté que nécessaire.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Judicial review of decision of Deputy Information Commissioner of Canada confirming confidentiality orders made against government witnesses, counsel representing witnesses in investigation against Department of Indian and Northern Affairs Development into denial of information requested under Access to Information Act (Act) — Although confidentiality orders limiting freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b), limit justified under s. 1 thereof — Because orders, decisions sufficiently limited in scope (not precluding individuals from forever disclosing information regarding testimony, appearance before Commissioner) minimal impairment requirement met.*

This was an application for judicial review of the decision of the Deputy Information Commissioner of Canada (Deputy Commissioner) confirming confidentiality orders made in an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development (DIAND) regarding a request for information made under the *Access to Information Act* (Act). After being refused access to a copy of a report by a management consulting firm that was to be provided to DIAND, the requester lodged a complaint under subsection 30(1) of the Act and an *in camera* investigation was commenced. During the investigation, a number of government employees were subpoenaed to provide evidence under oath. The Deputy Commissioner issued confidentiality orders as a result of his concern about counsel for the Department of Justice representing both the witnesses and the Crown. On a motion to rescind, the Deputy Commissioner confirmed the orders against government witnesses but rescinded them since the oral evidence had been completed. However, the orders and decision against counsel were not rescinded. The main issues were whether the impugned orders and decisions (1) impermissibly interfered with the solicitor-client privilege; and (2) violated the right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so, whether that restriction was justified under section 1 thereof.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Because the order and decision against the individual witnesses in the investigation were rescinded by the Deputy Commissioner, they were not at issue on judicial review.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées contre les témoins du gouvernement et les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — Bien que les ordonnances de confidentialité restreignent la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte, cette restriction était justifiée en vertu de l'article premier — Comme les ordonnances et les décisions étaient suffisamment limitées (elles n'empêchaient pas une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire), elles satisfaisaient au critère de l'atteinte minimale.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada (le sous-commissaire) a confirmé les ordonnances de confidentialité prononcées dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) relativement à une demande d'information présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi). Après s'être vu refuser une copie d'un rapport établi par une société de conseil en gestion qui devait être remis au MAINC, l'auteur de la demande a porté plainte en vertu du paragraphe 30(1) de la Loi et une enquête à huis clos a été entreprise. Pendant l'enquête, plusieurs employés du gouvernement ont été assignés à comparaître pour témoigner sous serment. Le sous-commissaire a prononcé des ordonnances de confidentialité parce qu'il était préoccupé par le fait que les avocats du ministère de la Justice représentaient à la fois les témoins et Sa Majesté. Dans le cadre d'une requête en révocation, le sous-commissaire a confirmé les ordonnances prononcées contre des témoins du gouvernement, mais les a révoquées parce que les dépositions étaient terminées. Cependant, les ordonnances et la décision prononcées contre les avocats n'ont pas été révoquées. Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si les ordonnances et décisions contestées 1) portaient atteinte de manière inacceptable au secret professionnel de l'avocat; et 2) portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette restriction se justifiait par application de l'article premier de la Charte.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

1) Parce que le sous-commissaire a révoqué l'ordonnance et la décision prononcées contre les témoins individuels dans le cadre de l'enquête, elles n'entraient pas en jeu dans le cadre du contrôle judiciaire.

The confidentiality requirements found in the Act are no more than a *quid pro quo* for the broad right of access given to the Commissioner. The Commissioner's obligation of confidentiality is imposed under section 35 which must be read together with section 62. The Act provides the Commissioner with broad and effective discretionary powers to investigate complaints and determine the procedure to be followed in the performance of any of his duties or functions and be master of his own procedure. In order to enable the Commissioner to fulfill his mandate, Parliament clearly and unequivocally conferred upon the Commissioner almost unlimited powers. Section 34 of the Act authorizes the Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses and counsel, subject to some restrictions to ensure that they are appropriately tailored to the specific circumstances of each case. In the context of a confidentiality order imposed on counsel, one of the constraints the Commissioner must obviously take into account in framing it is the solicitor-client privilege. The privilege is to remain as absolute as possible in order to maintain relevance and to ensure confidence therein. In the present instance, given the public policy goals sought to be achieved by Parliament in adopting the Act, interference with solicitor-client privilege was absolutely necessary to achieve the ends sought. The Deputy Commissioner issued the orders against counsel in part because of the potential conflict of interests arising from the fact that counsel representing the witnesses also represented both the Attorney General and the head of the government institution whose decision was being investigated. If the spirit of the Act is to be upheld and if the Commissioner's investigations are to ensure openness and accountability in the management of information collected and generated by government, the solicitor-client relationship between the employee and his counsel must prevail over the solicitor-client relationship between counsel and the Crown and between counsel and other employees. Therefore, it was perfectly legitimate for the Deputy Commissioner to issue the impugned confidentiality orders, which did not interfere with the solicitor-client privilege of the Crown more than was necessary.

(2) Although an order from an officer who exercises statutory power limits the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter to the extent that it prevents counsel appearing on behalf of witnesses before the Commissioner to disclose the content of their clients' confidential testimony, that limit was justified under section 1. A number of relevant contextual considerations mentioned in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (i.e. facilitation of democracy, investigation independent of government and conducted in private, representation by same counsel of multiple entities, rank of Crown servants testifying at investigation) were applied to determine the conformity of the confidentiality

Les exigences de confidentialité énoncées dans la Loi ne sont rien de plus que le prix que le commissaire doit payer pour le droit d'accès étendu qui lui est conféré. L'obligation de confidentialité du commissaire lui est imposée par l'article 35 de la Loi, qui doit être lu de concert avec l'article 62. La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes dont il est saisi et pour établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions et pour être maître de sa propre procédure. Pour permettre au commissaire de remplir son mandat, le législateur fédéral a conféré dans les termes les plus nets au commissaire des pouvoirs presque illimités. L'article 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats, sous réserve de certaines restrictions pour s'assurer de tenir compte des faits propres à chaque cas. Dans le contexte d'une ordonnance de confidentialité imposée à un avocat, une des contraintes dont le commissaire doit de toute évidence tenir compte lorsqu'il la libelle est le secret professionnel de l'avocat. Le privilège du secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible si l'on veut qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance. En l'espèce, compte tenu des objectifs d'ordre public que le législateur fédéral visait en adoptant la Loi, il était absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs visés par la Loi. Le sous-commissaire a prononcé les ordonnances contre les avocats en partie en raison du risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentaient aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la décision faisait l'objet d'une enquête. Si l'on veut respecter l'esprit de la Loi et s'assurer que les enquêtes du commissaire soient transparentes et qu'elles garantissent l'obligation de rendre des comptes en ce qui concerne la gestion des renseignements recueillis et générés par le gouvernement, la relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés. Par conséquent, il était parfaitement légitime de la part du sous-commissaire de prononcer les ordonnances de confidentialité contestées, qui ne violaient pas plus le secret professionnel de l'avocat de Sa Majesté que nécessaire.

2) Bien que l'ordonnance émanant d'un fonctionnaire qui exerce des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi restreint la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte dans la mesure où elle empêche les avocats qui comparaissent pour le compte de témoins devant le commissaire de divulguer le contenu du témoignage confidentiel de leurs clients, cette restriction était justifiée en vertu de l'article premier. Un certain nombre de facteurs contextuels pertinents énoncés dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)* (c'est-à-dire la facilitation de la démocratie, l'enquête qui doit être indépendante du gouvernement et qui doit être secrète, les avocats qui représentent de nombreuses

orders with section 1 of the Charter. The confidentiality orders and decisions were limited in scope since they related solely to “questions asked,” “answers given,” and “exhibits used” and the witnesses were free at any time to authorize their counsel to disclose the information at issue. Therefore, they could not be assimilated to a blanket regime precluding individuals from forever disclosing any information regarding their testimony and appearance before the Commissioner and met the minimal impairment requirement.

entités et le rang des fonctionnaires qui témoignent dans le cadre de l'enquête) ont été appliqués pour établir la conformité des ordonnances de confidentialité avec l'article premier de la Charte. Les ordonnances de confidentialité et les décisions avaient une portée limitée parce qu'elles se rapportaient uniquement aux « questions posées, aux réponses données et aux pièces utilisées » et que les témoins étaient libres en tout temps d'autoriser leur avocat à divulguer les renseignements en cause. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité ne pouvaient pas être assimilées à un régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire et elles satisfaisaient au critère de l'atteinte minimale.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 34, 35 (as am. by S.C. 2007, c. 15, ss. 10, 12(F)), 36 (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153), 37, 61, 62, 63 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187; S.C. 2006, c. 9, s. 157), 64, 65 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187).

*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], ss. 1, 2(b).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 303(2), 312, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 FC 431; revd [2005] 4 F.C.R. 673; (2005), 253 D.L.R. (4th) 590; 32 Admin. L.R. (4th) 8; 40 C.P.R. (4th) 97; 335 N.R. 8; 2005 FCA 199.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 FC 431; revd [2005] 4 F.C.R. 673; (2005), 253 D.L.R. (4th) 590; 32 Admin. L.R. (4th) 8; 40 C.P.R. (4th) 97; 335 N.R. 8; 2005 FCA 199 (as to facts).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 34, 35 (mod. par L.C. 2007, ch. 15, art. 10, 12(F)), 36 (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153), 37, 61, 62, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187; L.C. 2006, ch. 9, art. 157), 64, 65 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 303(2), 312, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181; 2004 CF 431; inf. par [2005] 4 R.C.F. 673; 2005 CAF 199.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181; 2004 CF 431; inf. par [2005] 4 R.C.F. 673; 2005 CAF 199 (quant aux faits).

## CONSIDERED:

*Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230; 31 Imm. L.R. (2d) 76 (F.C.T.D.); *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; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Service)*, [2006] 2 S.C.R. 32; (2006), 271 D.L.R. (4th) 407; 350 N.R. 154; 2006 SCC 31; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2002] 3 F.C. 630; (2002), 41 Admin. L.R. (3d) 237; 13 C.P.R. (4th) 110; 216 F.T.R. 247; 2002 FCT 128.

## REFERRED TO:

*Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187; 2002 FCA 295; *Taylor v. Canada (Public Service Commission)*, 2003 FCT 566; *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; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *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; *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.

## AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board Secretariat. *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants*, June 1, 2001.

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*. Adopted by convocation on June 22, 2000, as amended to June 28, 2002.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32; 2006 CSC 31; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2002] 3 C.F. 630; 2002 CFPI 128.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295; *Taylor c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2003 CFPI 566; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; 2002 CSC 61; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; 2004 CSC 31.

## DOCTRINE CITÉE

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Adopté par le conseil le 22 juin 2000, modifié jusqu'au 28 juin 2002.

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et sur la prestation de services juridiques à ces derniers*, 1<sup>er</sup> juin 2001.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Deputy Information Commissioner of Canada confirming confidentiality orders and decisions against counsel representing those witnesses in an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development into a request for information made under the *Access to Information Act* that was denied. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Christopher M. Rupar* for applicant.  
*Daniel Brunet* and *Raynold Langlois, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa, and Langlois Kronström Desjardins LLP, Montréal,* for respondent.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] DE MONTIGNY J.: This matter deals with the relationship between the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) and the Attorney General of Canada (the Attorney General) when Crown servants, represented by lawyers from the Department of Justice, are compelled to give evidence before the Commissioner in the course of an investigation of a complaint made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act). It raises questions about the scope of the Commissioner's authority — particularly, whether the Commissioner improperly ordered confidentiality orders against government witnesses and their Department of Justice counsel.

[2] The Commissioner is named as respondent as it is his decision (or that of his delegate) that is under review and, in these circumstances, there is no other reasonable respondent. The alternative would be to name the

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le sous-commissaire à l'information du Canada a confirmé les ordonnances de confidentialité et les décisions prononcées contre les avocats représentant les témoins dans le cadre d'une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien relativement au rejet d'une demande d'information présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Christopher M. Rupar* pour le demandeur.  
*Daniel Brunet* et *Raynold Langlois, c.r.* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Commissariat à l'information du Canada, Ottawa, et Langlois Kronström Desjardins S.E.N.C.R.L., Montréal,* pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La présente affaire concerne les rapports qui existent entre le commissaire à l'information du Canada (le commissaire) et le procureur général du Canada (le procureur général) lorsque des fonctionnaires de la Couronne, représentés par des avocats du ministère de la Justice, sont forcés de témoigner devant le commissaire au cours d'une enquête menée à la suite d'une plainte portée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). Elle soulève des questions au sujet de l'étendue des pouvoirs du commissaire et notamment la question de savoir si le commissaire a agi de façon irrégulière en prononçant des ordonnances de confidentialité contre des témoins du gouvernement et leurs avocats du ministère de la Justice.

[2] En l'espèce, le commissaire est désigné comme défendeur car c'est la décision que ce dernier a rendu qui fait l'objet d'un contrôle, et il était défendeur dans la décision à l'examen qu'il (ou son délégué) a prise. Dans

Attorney General of Canada as the respondent pursuant to subsection 303(2) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules). However, as noted by this Court in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181 (the *Hartley* decision), that would lead to the absurd result of having the Attorney General as both applicant and respondent. To avoid that result, and as both parties are in agreement as to the standing of the Commissioner, I therefore grant leave as requested in the notice of application for the Commissioner to be the respondent in this application.

## BACKGROUND

[3] The facts underlying this application are not in dispute. The Commissioner commenced an investigation against the Department of Indian and Northern Affairs Development (DIAND) in respect of a request made under the Act. The person making the request sought a copy of a report by a management consulting firm that was to be provided to DIAND. Upon the refusal of DIAND to provide the report, the person who made the request lodged a complaint with the Commissioner, pursuant to subsection 30(1) [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4] of the Act. The Deputy Information Commissioner (the Deputy Commissioner), Mr. Alan Leadbeater, began an *in camera* investigation.

[4] During the course of his investigation, the Deputy Commissioner subpoenaed a number of government employees to provide evidence under oath. Counsel from the Department of Justice accompanied the individuals to the examinations. At the beginning of the first hearing, on February 7, 2006, Mr. Leadbeater raised his concern with respect to the fact that counsel for the Department of Justice were representing both the witness and the Crown. He made the following comment (transcript of hearing of Andrew Lieff, applicant's record, at page 26):

This is an *in camera* process and it causes some bit of difficulty when we have a Justice counsel representing a witness because

ces conditions, il n'y a pas d'autre défendeur acceptable. La solution de rechange consisterait à désigner le procureur général du Canada à titre de défendeur conformément au paragraphe 303(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles). Toutefois, ainsi que notre Cour l'a fait observer dans le jugement *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181 (le jugement *Hartley*), une telle façon de procéder mènerait à un résultat absurde puisque le procureur général serait à la fois demandeur et défendeur. Pour éviter ce résultat et comme les deux parties s'entendent sur la qualité du commissaire, j'accorde donc l'autorisation demandée dans l'avis de demande et je constitue donc le commissaire défendeur dans la présente instance.

## FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[3] Les faits à l'origine de la présente demande ne sont pas contestés. Saisi d'une demande présentée en vertu de la Loi, le commissaire a ouvert une enquête au sujet du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC). L'auteur de la demande cherchait à obtenir une copie d'un rapport établi par une société de conseil en gestion qui devait être remis au MAINC. À la suite du refus du MAINC de lui communiquer le rapport en question, l'auteur de la demande a porté plainte devant le commissaire en vertu du paragraphe 30(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4] de la Loi. Le sous-commissaire à l'information (le sous-commissaire), M. Alan Leadbeater, a ouvert une enquête à huis clos.

[4] Au cours de son enquête, le sous-commissaire a assigné à comparaître plusieurs employés du gouvernement en vue de les faire témoigner sous serment. Des avocats du ministère de la Justice accompagnaient ces personnes lors de leur interrogatoire. À l'ouverture de la première audience, le 7 février 2006, M. Leadbeater s'est dit préoccupé par le fait que les avocats du ministère de la Justice représentaient à la fois les témoins et Sa Majesté. Voici les propos qu'il a tenus (transcription de l'audience d'Andrew Lieff, dossier du demandeur, à la page 26) :

[TRADUCTION] Il s'agit d'une audience à huis clos, ce qui crée certaines difficultés lorsqu'un avocat du ministère de la Justice

we feel that there are two people in the room then; there's the witness and then there's the witness's employer is [*sic*] in the room. Also it's compounded a bit by the fact that the Justice counsel represents multiple witnesses.

[5] As a result of this concern, the Deputy Commissioner issued two sets of confidentiality orders. The first set was directed at individual witnesses (orders (witnesses)) and provided that each witness (applicant's record, at pages 12-15):

[...] shall not disclose the questions asked, answers given and exhibits used during his/her appearance before the Deputy Information Commissioner on [date], in any manner to anyone until the taking of evidence by the Deputy Information Commissioner from other employees of Indian and Northern Affairs Canada is complete, except to his/her counsel....

[6] The second set of confidentiality orders was directed at counsel representing these individual witnesses (orders (counsel)) and provided that each counsel (applicant's record, at pages 16-20):

[...] shall not disclose the questions asked, answers given and exhibits used ... during [the witness] testimony before the Deputy Information Commissioner on [date], in any manner to anyone, except on the lawful instruction of [the witness].

[7] Counsel representing the first witness immediately raised an objection to the confidentiality orders, and drew to the attention of the Deputy Commissioner the *Hartley* decision of this Court. Counsel read to the Deputy Commissioner numerous excerpts from that decision, and concluded that there was no need for these confidentiality orders since his clients were professionals prepared to give an honest and full account, and that they had already discussed this issue at length in a preliminary manner: applicant's record, at pages 30-38. The same objection was made by counsel at the commencement of the examination of all four witnesses.

[8] At the end of these submissions, the Deputy Commissioner indicated that he would reserve and give a written decision later. In the meantime, his confidentiality

représente un témoin parce que nous avons alors le sentiment qu'il y a deux personnes dans la salle : il y a le témoin et il y a l'employeur du témoin. Le problème est également quelque peu aggravé par le fait que l'avocat du ministère de la Justice représente de multiples témoins.

[5] Par suite de cette intervention, le sous-commissaire a prononcé deux séries d'ordonnances de confidentialité. La première visait les témoins individuels (les ordonnances (témoins)). Elle interdisait à chaque témoin (dossier du demandeur, aux pages 12 à 15) :

[TRADUCTION] [...] de divulguer les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées lors de sa comparution devant le sous-commissaire à l'information le [date] de quelque façon que ce soit et à qui que ce soit tant que le sous-commissaire à l'information n'aura pas terminé de recueillir la déposition des autres employés du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sauf son avocat [...]

[6] La seconde série d'ordonnances de confidentialité visait les avocats qui représentaient les témoins individuels en question (les ordonnances (avocats)). Elle interdisait à chaque avocat (dossier du demandeur, aux pages 16 à 20) :

[TRADUCTION] [...] de divulguer les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées [...] au cours des témoignages entendus par le sous-commissaire à l'information le [date] de quelque façon que ce soit et à qui que ce soit, sauf instructions légitimes contraires [du témoin].

[7] L'avocat qui représentait le premier témoin s'est opposé sur-le-champ aux ordonnances de confidentialité, et a appelé l'attention du sous-commissaire sur le jugement *Hartley* de notre Cour. L'avocat a donné lecture au sous-commissaire de nombreux extraits de ce jugement et a conclu que les ordonnances de confidentialité en question étaient inutiles, car ses clients étaient des professionnels qui étaient disposés à témoigner de façon complète et honnête et que cette question avait déjà été débattue à fond à l'étape préliminaire (dossier du demandeur, aux pages 30 à 38). L'avocat a formulé la même objection au début de l'interrogatoire de chacun des quatre témoins.

[8] Après avoir entendu ces observations, le sous-commissaire a expliqué qu'il rendrait une décision par écrit plus tard. Dans l'intervalle, ses ordonnances de



orders were to remain in effect: applicant's record, at page 39.

#### THE IMPUGNED DECISION

[9] In his written reasons dated February 21, 2006 concerning the objection to the confidentiality restrictions imposed on the witnesses (the decision (witnesses)), the Deputy Commissioner essentially confirmed the orders (witnesses) but considering that the oral evidence of the associated witnesses had been completed, rescinded the orders. He stated:

Having taken this matter under advisement, it is my conclusion that the attached orders are necessary to protect the integrity of the investigation and are minimally invasive of the **Charter** right of free expression. I conclude from the nature of this complaint and investigative evidence received prior to the issuance of the orders that the investigation process should take into account the possibility of tailoring of evidence. The orders are of limited duration and were made in the context of gathering evidence from witnesses associated, or formerly associated, in the same workplace.

Given the purpose for which the orders were made, and given that the oral evidence of the associated witnesses has been given, the orders attached of confidentiality issued on February 7 and 8, 2006, with respect to Ms. C. Davis, Ms. M.D. Chartrand, Mr. A. Lieff and Ms. M. Pesant, are hereby rescinded and, from this date, are of no further force and effect.

[10] In another set of reasons, also dated February 21, 2006, concerning the objection to the confidentiality restrictions imposed on counsel for the witnesses (the decision (counsel)), the Deputy Commissioner denied the motion to rescind the orders. He wrote:

Having taken this matter under advisement, it is my conclusion that the orders are necessary, appropriate and lawful. In particular, in light of the requirements of section 35 of the **Access to Information Act**, I consider it necessary by these orders to establish the primacy of the individual solicitor-client relationship between a witness and his counsel on the one hand, over the solicitor-client relationship between the counsel and the Attorney General of Canada in his role as representative of the Crown, and over the relationship between the counsel and

confidentialité devaient demeurer en vigueur (dossier du demandeur, à la page 39).

#### LA DÉCISION CONTESTÉE

[9] Dans ses motifs écrits du 21 février 2006 concernant l'objection aux restrictions relatives à la confidentialité imposées aux témoins (la décision (témoins)), le sous-commissaire a essentiellement confirmé les ordonnances (témoins) mais, compte tenu du fait que les témoins associés avaient terminé leur déposition, il a révoqué les ordonnances. Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Après avoir reporté le prononcé de la présente décision, j'en arrive à la conclusion que les ordonnances ci-jointes sont nécessaires pour assurer l'intégrité de l'enquête et qu'elles portent atteinte de façon minimale à la liberté d'expression garantie par la **Charte**. Je conclus, d'après la nature de la présente plainte et des éléments de preuve recueillis lors de l'enquête avant le prononcé des ordonnances, que la procédure d'enquête devrait tenir compte de la possibilité de faire concorder les divers témoignages. Les ordonnances ont une durée limitée et elles ont été prononcées en vue de recueillir les dépositions des témoins associés ou anciennement associés oeuvrant dans le même milieu de travail.

Compte tenu du but dans lequel les ordonnances ont été prononcées, et compte tenu des témoignages donnés par les témoins associés, les ordonnances de confidentialité ci-jointes prononcées les 7 et 8 février 2006 relativement à M<sup>me</sup> C. Davis, M<sup>me</sup> M.D. Chartrand, M. A. Lieff et M<sup>me</sup> M. Pesant, sont par les présentes révoquées et n'ont plus d'effet à compter de cette date.

[10] Dans une autre série de motifs, également datés du 21 février 2006, concernant l'objection aux restrictions relatives à la confidentialité imposées aux avocats des témoins (la décision (avocats)), le sous-commissaire a rejeté la requête en révocation des ordonnances. Il écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Après avoir reporté le prononcé de la présente décision, j'en arrive à la conclusion que les ordonnances sont nécessaires, appropriées et légitimes. En particulier, compte tenu des exigences de l'article 35 de la **Loi sur l'accès à l'information**, j'estime nécessaire, par ces ordonnances, de réaffirmer la préséance de la relation personnelle entre le témoin et son avocat d'une part, sur la relation entre l'avocat et le Procureur général du Canada en sa qualité de représentant de Sa Majesté et sur la relation entre l'avocat et les autres

their other witness clients, on the other hand. This distinction is vital to ensuring that witnesses are not put in the position of giving their evidence in the presence of their employer's representative or in the presence of other witnesses also represented by their counsel. Moreover, the witness clients are free at any time, from this date, to waive solicitor-client privilege and, thus, authorize their counsel to disclose their evidence, in whole or in part, to others.

For these reasons, I deny the motion to rescind the attached orders.

[11] On March 23, 2006, the applicant applied for judicial review of these decisions and sought an order setting them aside as being in excess of the Commissioner's jurisdiction. The Attorney General also requested, pursuant to rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] of the Rules, that the Commissioner send a certified copy of the following material:

1. All material which the Information Commissioner's delegate considered in issuing the decisions of February 21, 2006, including, but without limiting the full and general request above, all correspondence, internal briefing notes, emails and other related documents, records, impressions, advice or communications; and,

2. All portions of the transcripts of the proceedings before the Information Commissioner's delegate of February 7, 2006, February 8, 2006 or any other date relating to the issuing of the decisions of February 21, 2006.

[12] The Commissioner objected to the applicant's request, pursuant to rule 318 of the Rules, except for portions of these transcripts of proceedings relating to representations made and reasons given with respect to the originating confidentiality orders and which are relevant to the decisions made on February 21, 2006. It was alleged that the remaining portions of the transcripts requested by the applicant are irrelevant or otherwise privileged under the Act by a statutory duty of secrecy and privilege relating to: (a) the secrecy of the investigation of these complaints (section 35 [as am. by S.C. 2007, c. 15, ss. 10, 12(F)]); (b) the confidentiality and the inadmissibility of any evidence, information and representations received or made during the investigation of this matter and of their existence (sections 36 [as am.

témoins clients, d'autre part. Cette distinction est vitale si l'on veut s'assurer que les témoins ne soient pas mis dans la position de devoir témoigner en présence du représentant de leur employeur ou d'autres témoins également représentés par leur avocat. Par ailleurs, il sera loisible aux témoins clients à compter de la présente date de renoncer en tout temps au privilège du secret professionnel de l'avocat et d'autoriser en conséquence leur avocat à divulguer en tout ou en partie leur témoignage à autrui.

Pour ces motifs, je rejette la requête en révocation des ordonnances ci-jointes.

[11] Le 23 mars 2006, le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire des décisions en question et a réclamé une ordonnance annulant les ordonnances en question au motif qu'elles outrepassaient la compétence du commissaire. Le procureur général a également demandé, en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] des Règles, que le commissaire envoie une copie certifiée conforme des pièces suivantes :

[TRADUCTION] 1. Toutes les pièces dont le délégué du commissaire à l'information a tenu compte pour rendre les décisions du 21 février 2006, y compris notamment toute la correspondance, ainsi que les notes d'information internes, courriels et autres documents, dossiers, impressions, avis ou communications connexes;

2. Tous les extraits de la transcription des débats qui ont eu lieu devant le délégué du commissaire à l'information les 7 et 8 février 2006 ou à toute autre date et qui se rapportent au prononcé des décisions du 21 février 2006.

[12] Le commissaire s'est opposé à la requête du demandeur en vertu de la règle 318 des Règles, sauf en ce qui concerne les extraits de la transcription des débats se rapportant aux observations formulées et aux motifs exposés relativement aux ordonnances de confidentialité originales et qui avaient trait aux décisions du 21 février 2006. Les extraits restants de la transcription réclamés par le demandeur ne seraient pas pertinents ou seraient par ailleurs protégés, en vertu de la Loi, par une obligation au secret et un privilège se rapportant : a) au secret des enquêtes menées sur ces plaintes (article 35 [mod. par L.C. 2007, ch. 15, art. 10, 12(F)]); b) à la confidentialité et à l'inadmissibilité des éléments de preuve, renseignements et observations reçus ou faits au cours de l'enquête et de leur existence (articles 36 [mod. par

by S.C. 2006, c. 9, s. 153] and 37); (c) the fact that the Commissioner is not a competent or compellable witness with respect to the information requested by the applicant (sections 63 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187; S.C. 2006, c. 9, s. 157] and 65 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187]); (d) the statutory prohibition for the Commissioner to disclose any information and material as requested by the applicants, except when it is necessary for the conduct of his investigations (sections 61, 62 and 64); (e) the common law “deliberative secrecy” privilege; and (f) the solicitor-client privilege. These claims of privilege by the Commissioner were not challenged by the applicant.

[13] A few days before the hearing, the Commissioner filed a motion for an order granting leave to file a supplementary affidavit and directing that affidavit to be filed on a confidential basis, with a public version (with the exhibits redacted) for the public record. The additional documentation appended as exhibits to this supplementary affidavit consists of letters between main counsel for the witnesses and the Deputy Commissioner generated in the course of the Commissioner’s investigation. This correspondence postdates the filing of the parties’ respective memoranda of fact and law. According to the respondent, this additional documentation would illustrate whether the witnesses’ counsel have been authorized to disclose the witnesses’ evidence. The Commissioner claims the letters, to the extent that they may have been protected by solicitor-client privilege, have been communicated to him by the Attorney General. He further argues that they are directly relevant to determining whether or not this application is moot. In light of the confidentiality requirements imposed by the Act, the Commissioner nevertheless submits that the material sought to be filed should be made subject to an order that seals it from the public record.

## THE ISSUES

[14] This application for judicial review raises three preliminary questions as well as two substantive issues. They can be framed as follows:

a. Are the affidavit and supplementary affidavit of Ms. Poirier filed by the respondent admissible?

L.C. 2006, ch. 9, art. 153] et 37); c) au fait que le commissaire n’ait pas qualité pour témoigner et ne peut y être contraint au sujet des renseignements réclamés par le demandeur (articles 63 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187; L.C. 2006, ch. 9, art. 157] et 65 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187]); d) à l’interdiction faite par la loi au commissaire de communiquer les renseignements ou les pièces réclamés par les demandeurs, sauf dans la mesure où cela est nécessaire au déroulement de ses enquêtes (articles 61, 62 et 64); e) au privilège de common law relatif au « secret du délibéré »; f) au privilège du secret professionnel de l’avocat. Le demandeur n’a pas contesté les privilèges en question réclamés par le commissaire.

[13] Quelques jours avant l’audience, le commissaire a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance lui accordant l’autorisation de déposer un affidavit complémentaire et prévoyant le dépôt d’un affidavit, sous le sceau de la confiance, avec une version publique (dont les pièces seraient retranchées) à verser au dossier public. Les pièces complémentaires annexées à cet affidavit supplémentaire consistent en la correspondance échangée au cours de l’enquête du commissaire entre l’avocat principal des témoins et le sous-commissaire. Cette correspondance est postérieure au dépôt du mémoire respectif des parties. Suivant le défendeur, ces pièces supplémentaires illustreraient si les avocats des témoins ont été autorisés à divulguer le témoignage des témoins. Le commissaire prétend que les lettres, dans la mesure où elles étaient protégées par le secret professionnel de l’avocat, lui ont été communiquées par le procureur général. Il soutient en outre qu’elles sont directement pertinentes pour déterminer si la présente demande est théorique ou non. Le commissaire affirme néanmoins que, vu les exigences de confidentialité imposées par la Loi, les documents à déposer devraient faire l’objet d’une ordonnance de confidentialité.

## QUESTIONS EN LITIGE

[14] La présente demande de contrôle soulève trois questions préliminaires ainsi que deux questions de fond. On peut les formuler comme suit :

a. L’affidavit et l’affidavit supplémentaire de M<sup>me</sup> Poirier déposés par le défendeur sont-ils admissibles?

b. Is this judicial review application time barred?

c. Is the relief sought moot?

d. Was the Commissioner empowered to issue the impugned orders and decisions? More specifically, do they impermissibly interfere with the solicitor-client privilege?

e. Do the impugned orders and decisions violate the right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *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]] (the Charter) and if so, is this restriction justified pursuant to section 1 of the Charter?

#### ANALYSIS

(a) The admissibility of Ms. Poirier's affidavits

[15] The two affidavits sworn by Ms. Poirier, a paralegal with the Office of the Commissioner, raise different issues and I shall therefore deal with them separately. Starting with the first affidavit, it is essentially a means to introduce correspondence between counsel which postdates the application for judicial review, as well as to introduce an affidavit and cross-examination in earlier legal proceedings. The respondent contends that the correspondence is filed to show that, although given the opportunity to do so, the applicant opted not to put any evidence before this Court as to whether or not the witnesses had authorized their counsel to disclose their *in camera* evidence. As for the affidavit and cross-examination, the respondent submits that they would be relevant to circumscribe the *Hartley* decision and to show that the matter of multiple representations by lawyers of the Department of Justice representing the Crown interests and Crown servants and the mutual sharing of information is a controversial issue even within the Department of Justice. In short, counsel for the respondent argues that all the documents appended to the affidavit are general background information and should therefore be admissible.

b. La présente demande de contrôle judiciaire est-elle prescrite?

c. La réparation sollicitée est-elle théorique?

d. Le commissaire était-il habilité à prononcer les ordonnances et les décisions contestées? Plus précisément, ces mesures portent-elles atteinte de manière inacceptable au secret professionnel de l'avocat?

e. Les ordonnances et les décisions contestées portent-elles atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) et, dans l'affirmative, cette restriction se justifie-t-elle par application de l'article premier de la Charte?

#### ANALYSE

a) Admissibilité des affidavits de M<sup>me</sup> Poirier

[15] Les deux affidavits souscrits par M<sup>me</sup> Poirier, une technicienne juridique travaillant au Commissariat, soulèvent des questions distinctes. Je vais donc les traiter séparément. Pour ce qui est tout d'abord du premier affidavit, il s'agit essentiellement d'un moyen d'introduire des lettres échangées entre les avocats qui sont postérieures à la demande de contrôle judiciaire et d'introduire un affidavit et un contre-interrogatoire se rapportant à une instance judiciaire antérieure. Le défendeur soutient que la correspondance en question est déposée pour démontrer que, bien que la possibilité lui en ait été offerte, le demandeur a choisi de ne pas soumettre d'éléments de preuve à notre Cour au sujet de la question de savoir si les témoins avaient autorisé ou non leur avocat à divulguer la preuve présentée à huis clos. En ce qui concerne l'affidavit et le contre-interrogatoire, le défendeur soutient qu'ils seraient pertinents pour délimiter la portée du jugement *Hartley* et pour démontrer que le fait que les avocats du ministère de la Justice qui défendent les intérêts de Sa Majesté et des préposés de la Couronne représentent plusieurs clients et s'échangent des renseignements est une question controversée même à l'intérieur du ministère

[16] This argument is flawed in more than one respect. First of all, it is well established that judicial review of a decision maker's order or decision is based on the record before the decision maker at the time the impugned decision was made. The Attorney General made a request pursuant to rule 317 of the Rules for the material before the Deputy Commissioner when the decisions of February 21, 2006 were made. Some material was provided in response to that request. If any of the exhibits in the Poirier affidavit were before the decision maker, they should have been included in the rule 317 material filed by the Commissioner.

[17] It is true that general background information or evidence that goes to the jurisdiction of the decision maker should be admissible. I do not think, however, that any of the exhibits in the first Poirier affidavit fit within this exception. First of all, the correspondence between counsels has no bearing on the jurisdictional issue and could at best demonstrate that the orders (counsel) and decision (counsel) are not of any practical effect anymore. But that evidence, *per se*, would not be determinative of the mootness issue. More importantly, the applicant cannot be compelled to answer counsel for the respondent's letter, as the information sought (i.e. whether the witnesses have authorized their counsel to disclose or use their testimonies) is protected by solicitor-client privilege. I therefore fail to see the relevance or usefulness of this correspondence.

[18] As to the affidavit of Mr. Saunders and his cross-examination, they were generated in the context of a different proceeding dealing with different orders issued by the Deputy Commissioner in 2001. I am not convinced that they are essential to properly circumscribe the proper scope of the *Hartley* decision; the reasons of my colleague

de la Justice. En bref, l'avocat du défendeur soutient que tous les documents annexés à l'affidavit constituent des renseignements généraux qui devraient de ce fait être admissibles.

[16] Cet argument est mal fondé à plusieurs égards. Tout d'abord, il est de jurisprudence constante que le contrôle judiciaire d'une ordonnance ou d'une décision s'effectue sur le fondement du dossier dont disposait l'auteur de la décision à la date de la décision contestée. Le procureur général a réclamé en vertu de la règle 317 des Règles les documents et éléments matériels dont disposait le sous-commissaire lorsque les décisions du 21 février 2006 ont été prises. Certains de ces documents et éléments matériels ont été communiqués en réponse à cette demande. Si des annexes jointes à l'affidavit de M<sup>me</sup> Poirier avaient été portées à l'attention de l'auteur de la décision, elles auraient dû faire partie des documents et éléments matériels déposés par le commissaire conformément à la règle 317 des Règles.

[17] Il est vrai que les renseignements généraux et les éléments de preuve qui portent sur la compétence de l'auteur de la décision devraient être admissibles. Je ne crois cependant pas que les annexes jointes au premier affidavit de M<sup>me</sup> Poirier tombent sous le coup de cette exception. En tout premier lieu, la correspondance échangée entre les avocats n'a aucune incidence sur la question de la compétence et elle pourrait au mieux démontrer que les ordonnances (avocats) et la décision (avocats) n'ont plus aucun effet pratique. Mais, en eux-mêmes, ces éléments de preuve ne permettraient pas de trancher la question du caractère théorique. Mais surtout, on ne peut contraindre le demandeur à répondre à la lettre de l'avocat du défendeur, car les renseignements réclamés (en l'occurrence la question de savoir si les témoins ont autorisé leur avocat à divulguer ou à utiliser leur témoignage) sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. Je ne vois donc pas la pertinence ou l'utilité de cette correspondance.

[18] Quant à l'affidavit et au contre-interrogatoire de M. Saunders, ils ont été générés dans le cadre d'une instance différente portant sur des ordonnances différentes prononcées par le sous-commissaire en 2001. Je ne suis pas convaincu qu'ils sont essentiels pour bien cerner la portée du jugement *Hartley*; les motifs de ma collègue la

Justice Dawson are quite elaborate and thorough, and do not require extrinsic material to be understood both in terms of the findings and of the underlying rationale. The fact that there may be different views within the Department of Justice as to the matter of multiple representations is equally irrelevant for the purpose of determining whether the Commissioner could validly make the orders and decisions that are the subject of this judicial review. For all of these reasons, I am therefore of the opinion that the first affidavit of Ms. Poirier should be struck and disregarded.

[19] The second affidavit of Ms. Poirier, brought on motion by the respondent on April 23, 2007, raises similar issues. At the hearing, I indicated that I would grant the motion, not so much because I was convinced the documents were clearly relevant, but in order to make sure the record was as comprehensive as possible. I came to that conclusion after counsel for the Attorney General conceded that he would not be taken by surprise, and after having explicitly stated that the applicant was under no obligation to file this material. Having now had a chance to review more closely these documents as well as the parties' submissions, I am definitely of the view that this material is at best of marginal relevance to the issues raised in this proceeding.

[20] As previously mentioned, the additional documentation sought to be introduced in evidence consists of correspondence between counsel generated in the course of the Commissioner's ongoing investigation and which postdates the application for judicial review by the applicant. To the extent that these letters purported to demonstrate what instructions have been provided to counsel in respect of the decisions at issue, they are quite clearly inadmissible as they would interfere with the solicitor-privilege between the witnesses and their counsel.

[21] Furthermore, I find the timing of this motion curious. The respondent has been aware of the letters for many months yet has waited until mere days before the hearing of the application to bring the motion. A motion pursuant to rule 312 of the Rules should not deal with

juge Dawson sont fort détaillés et complets, et il n'est pas nécessaire de recourir à des éléments extrinsèques pour comprendre les conclusions qu'elle a tirées ou pour suivre le fil de son raisonnement. Le fait qu'il puisse exister diverses opinions au sein du ministère de la Justice sur la question du cumul des mandats juridiques n'est pas davantage pertinente pour décider si le commissaire pouvait valablement rendre les ordonnances et les décisions qui font l'objet du présent contrôle judiciaire. Pour tous ces motifs, je suis par conséquent d'avis que le premier affidavit de M<sup>me</sup> Poirier devrait être écarté et radié.

[19] Le second affidavit de M<sup>me</sup> Poirier, qui était annexé à la requête présentée par le défendeur le 23 avril 2007, soulève des questions analogues. À l'audience, j'ai précisé que je ferais droit à la requête, non pas tant parce que j'étais convaincu que les documents étaient de toute évidence pertinents que pour m'assurer que le dossier soit aussi complet que possible. J'en suis arrivé à cette conclusion après que l'avocat du procureur général eut admis qu'il ne serait pas pris au dépourvu, et après avoir déclaré expressément que le demandeur n'était nullement tenu de produire ces documents. Comme j'ai eu depuis l'occasion d'examiner de plus près ces documents ainsi que les arguments des parties, je suis sans hésitation d'avis que ces pièces sont, au mieux, d'une utilité négligeable pour trancher les questions soulevées dans le cadre de la présente instance.

[20] Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les documents supplémentaires que l'on cherche à déposer en preuve consistent en la correspondance qui a été échangée entre les avocats dans le cadre de l'enquête en cours menée par le commissaire et qui est postérieure à la demande de contrôle judiciaire du demandeur. Dans la mesure où ces lettres sont censées démontrer quelles instructions ont été données aux avocats en ce qui a trait aux décisions en question, elles ne sont manifestement pas admissibles, car elles porteraient atteinte au secret professionnel qui lie l'avocat aux témoins.

[21] Qui plus est, je trouve curieux le moment choisi pour présenter cette requête. Le défendeur était au courant de l'existence de ces lettres depuis des mois et pourtant, il a attendu quelques jours avant l'instruction de la demande pour présenter sa requête. Une requête fondée

material that could have been made available at an earlier date: *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187 (F.C.A.), at paragraph 5.

[22] Finally, I agree with the applicant that the letters the respondent wishes to file in the Court record are at best of marginal relevance. As already indicated, they cannot be determinative of the mootness issue. Moreover, the confidentiality orders and decisions against counsel who represented the witnesses before the Deputy Commissioner have not been rescinded. Since it is the jurisdiction to make these confidentiality orders and decisions and to make them contingent on a waiver of the solicitor-client privilege by the witnesses that is at stake, the issue necessarily survives the subsequent actions of the parties; even if the parties were to waive the privilege, the jurisdiction of the Deputy Commissioner to make the orders and decision in the first place would still be very much alive. Indeed, the effectiveness of the Deputy Commissioner's decisions would be spent as a result of the fulfillment of a condition the imposition of which is itself challenged. For all of these reasons, I would therefore dismiss the applicant's motion and exclude the second affidavit of Ms. Poirier from the record if I were to look at it afresh. But having granted the motion at the hearing, I am not prepared to vary my decision, if only because I made it clear from the outset that the additional documentation was at best of marginal relevance. In any event, it does not make much difference whether the motion is granted or not, as the documentation adduced can only have a minimal impact on the result of this application for judicial review.

(b) Is this application for judicial review time-barred?

[23] The respondent argues that the true purpose of the judicial review application is to quash the confidentiality orders issued by the Deputy Commissioner on February 7th and 8th, as it is these orders which impose the alleged

sur la règle 312 des Règles ne devrait pas porter sur des documents qui auraient pu être communiqués à une date antérieure (*Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295, au paragraphe 5).

[22] Enfin, je suis d'accord avec le demandeur pour dire que les lettres que le défendeur souhaite verser au dossier de la Cour sont, au mieux, d'une utilité négligeable. Ainsi que je l'ai déjà expliqué, elles ne permettent pas de trancher la question du caractère théorique. De plus, les ordonnances de confidentialité et les décisions prises contre les avocats qui représentaient les témoins devant le sous-commissaire n'ont pas été révoquées. Comme le débat porte sur la compétence pour rendre ces ordonnances de confidentialité et ces décisions et sur la compétence pour rendre ces ordonnances conditionnelles à une renonciation, par les témoins, au privilège du secret professionnel de l'avocat, la question en litige continue nécessairement à se poser indépendamment des agissements ultérieurs des parties. Ainsi, même si les parties devaient renoncer au privilège, la question de la compétence du sous-commissaire pour prononcer au départ les ordonnances et les décisions continuerait à se poser avec tout autant d'acuité. D'ailleurs, la décision du sous-commissaire perdrait toute efficacité en cas de réalisation de la condition dont l'imposition est elle-même contestée. Pour tous ces motifs, je rejetterais par conséquent la requête du demandeur et j'écarterais le second affidavit de M<sup>me</sup> Poirier du dossier si je devais en reprendre l'examen à partir du début. Mais, comme j'ai fait droit à la requête à l'audience, je ne suis pas disposé à revenir sur ma décision, ne serait-ce que parce que j'ai bien précisé dès le début que les documents supplémentaires avaient au mieux une utilité négligeable. En tout état de cause, le fait d'accueillir ou de rejeter la requête ne change pas vraiment grand-chose, puisque les pièces produites ne peuvent avoir qu'une incidence minimale sur le sort de la présente demande de contrôle judiciaire.

b) La présente demande de contrôle judiciaire est-elle prescrite?

[23] Le défendeur soutient que l'objet véritable de la demande de contrôle judiciaire est de faire annuler les ordonnances de confidentialité prononcées par le sous-commissaire les 7 et 8 février, car ce sont ces ordonnances

undue interference or restrictions. The decisions of February 21, 2006 are merely the written reasons or confirmation of the orders, according to this argument. Since judicial review applications must be commenced within 30 days after the time the “decision or order was first communicated,” pursuant to subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the *Federal Courts Act*), the application should be dismissed as it was filed on March 23, 2006.

[24] Having considered the orders and the decisions, I do not think the latter can be characterized as mere confirmations of the February 7th and 8th orders. Rather, it appears from the transcript of the hearing (applicant’s record, at page 39) that the Deputy Commissioner was asked to decide whether or not to rescind the original orders. Even if he eventually confirmed his original orders in his February 21st decisions, I believe the orders and the decisions are separate “decisions” for the purpose of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*.

[25] This Court dealt at length with this question in *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230 (F.C.T.D.). After reviewing the case law, Justice Noël (as he then was) wrote (at paragraph 15):

Whenever a decision-maker who is empowered to do so agrees to reconsider a decision on the basis of new facts, a fresh decision will result whether or not the original decision is changed, varied or maintained. What is relevant is that there be a fresh exercise of discretion, and such will always be the case when a decision-maker agrees to reconsider his or her decision by reference to facts and submissions which were not on the record when the original decision was reached. [Footnote omitted.]

See also: *Taylor v. Canada (Public Service Commission)*, 2003 FCT 566.

qui se traduisent par l’ingérence indue ou par les restrictions reprochées. Selon cet argument, les décisions du 21 février 2006 ne seraient que la motivation écrite ou la confirmation des ordonnances. Comme toute demande de contrôle judiciaire doit, aux termes du paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*), être présentée dans les 30 jours « qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance », la demande doit être rejetée, étant donné qu’elle a été présentée le 23 mars 2006.

[24] Après examen des ordonnances et des décisions, je ne crois pas qu’on puisse qualifier celles-ci de simples confirmations des ordonnances des 7 et 8 février. Il ressort plutôt de la transcription de l’audience (dossier du demandeur, à la page 39) que le sous-commissaire était appelé à se prononcer sur l’opportunité de révoquer ou non les ordonnances initiales. Même s’il a finalement confirmé ses ordonnances initiales dans ses décisions du 21 février, j’estime que les ordonnances et les décisions constituent des « décisions » distinctes au sens de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[25] Notre Cour a examiné cette question à fond dans l’affaire *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge Noël (maintenant juge à la Cour d’appel) a écrit ce qui suit (au paragraphe 15) :

Chaque fois qu’une autorité décisionnaire qui y est habilitée accepte de revoir une décision à la lumière de faits nouveaux, il en résultera une nouvelle décision, que la décision initiale soit changée, modifiée ou maintenue. La question qui se pose est de savoir s’il y a un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire, et il en sera toujours ainsi lorsque l’autorité décisionnaire accepte de revoir sa décision à la lumière de faits et d’arguments dont elle n’avait pas été saisie au moment de la décision initiale. [Note de bas de page omise.]

Voir également : *Taylor c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2003 CFPI 566.



[26] Accordingly, I am not prepared to dismiss this application for judicial review on the basis that it was filed too late. The orders and the decisions may have been related, but they were separate even if the decisions eventually confirmed the previous orders.

(c) Is the application for judicial review moot?

[27] Counsel for the respondent contended that this Court should refuse to entertain this application for judicial review because it is moot, unnecessary and improper. While this may be so with respect to the orders (witnesses) and the decision (witnesses), it is clearly not the case as for the orders (counsel) and decision (counsel).

[28] It will be recalled that in his decision of February 21, 2006 the Deputy Commissioner rescinded the confidentiality orders imposing confidentiality restrictions on the witnesses. In light of the fact that these orders were made in the context of gathering evidence from witnesses associated, or formerly associated, in the same workplace, the Deputy Commissioner was of the view that the orders were no more necessary once the oral evidence of the associated witnesses had been given. I would therefore agree with the respondent that there cannot possibly be any useful purpose, practical effect or benefit to pursuing the judicial review application in this respect.

[29] The same cannot be said, however, of the orders and decision pertaining to counsel. In his February 21, 2006 decision, the Deputy Commissioner maintained his orders and refused to rescind them as he believed they were essential to ensure the witnesses would not be put in the position of giving their evidence in the presence of their employer's representative or in the presence of other witnesses also represented by the same counsel. To be furthered, this objective called for the permanent nature of his previous orders, unless the witnesses were prepared to waive solicitor-client privilege.

[26] En conséquence, je ne suis pas disposé à rejeter la présente demande de contrôle judiciaire pour cause de tardivité. Les ordonnances et les décisions étaient peut-être reliées, mais elles étaient distinctes et ce, même si les décisions ont finalement confirmé les ordonnances précédentes.

c) La demande de contrôle judiciaire est-elle théorique?

[27] Les avocats du défendeur soutiennent que la Cour devrait refuser d'entendre la présente demande de contrôle judiciaire parce qu'elle est théorique, inutile et irrecevable. Bien que cela puisse être vrai en ce qui concerne les ordonnances (témoins) et la décision (témoins), on ne peut certainement pas en dire autant dans le cas des ordonnances (avocats) et de la décision (avocats).

[28] On se souviendra que, dans sa décision du 21 février 2006, le sous-commissaire a révoqué les ordonnances de confidentialité qui imposaient aux témoins certaines restrictions en ce qui concerne la confidentialité. Compte tenu du fait que ces ordonnances ont été prononcées dans le contexte de la cueillette d'éléments de preuve auprès de témoins qui étaient associés ou avaient été associés dans le même milieu de travail, le sous-commissaire s'est dit d'avis que les ordonnances n'étaient plus nécessaires une fois que la déposition des témoins associés avait été recueillie. Je suis en conséquence d'accord avec le défendeur pour affirmer que la poursuite de la demande de contrôle judiciaire ne saurait comporter la moindre utilité, effet pratique ou avantage concret.

[29] On ne saurait toutefois en dire autant des ordonnances et de la décision visant les avocats. Dans sa décision du 21 février 2006, le sous-commissaire a confirmé ses ordonnances et a refusé de les révoquer, car il estimait qu'elles étaient essentielles pour s'assurer que les témoins ne soient pas forcés de témoigner en présence du représentant de leur employeur ou d'autres témoins représentés par le même avocat. Pour atteindre cet objectif, il était nécessaire que ses ordonnances antérieures soient permanentes, à moins que les témoins ne soient disposés à renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat.

[30] It is true that there is no evidence on the record as to whether counsel has or has not been authorized by the witnesses to disclose the evidence. Contrary to the respondent's contention, this is not material to the resolution of the issue raised by the applicant. If the Deputy Commissioner does not have the jurisdiction to subject counsel to such a restriction, the fact that it has been complied with does not cure the potential defect of the orders. Had it not been for those orders, counsel would have been able to share the evidence with other witnesses and with their employer without the consent of their clients. Even if counsel were eventually able to share the evidence as a result of the witnesses waiving the solicitor-client privilege, one could argue that counsel was still governed by the orders in securing the waiver.

[31] I am therefore of the opinion that this issue is far from being moot, as the orders are of an ongoing nature. Even if counsel were eventually authorized to share the information, it would still be in furtherance of the orders. Moreover, the jurisdiction of the Deputy Commissioner to make such an order has been fully debated by counsel, both orally and in writing. It is certainly not an inappropriate use of judicial resources to decide the issue in that context, to the extent that it will most likely arise again in other cases involving a Department of Justice counsel representing one or more employees in an investigation conducted pursuant to the Act.

(d) Do the orders (counsel) and decision (counsel) impermissibly impinge on the solicitor-client privilege?

[32] Before embarking upon an analysis of the Deputy Commissioner's power and of the validity of the impugned orders and decision, the Court must determine the applicable standard of review. Counsel for both parties appropriately agreed that correctness is the appropriate standard, at least with respect to the jurisdictional issue. My colleague Justice Dawson came

[30] Il est vrai que le dossier ne renferme pas d'éléments de preuve permettant de savoir si l'avocat a été autorisé ou non par les témoins à divulguer la preuve. Contrairement à ce qu'affirme le défendeur, cet aspect n'est pas essentiel pour pouvoir trancher la question soulevée par le demandeur. Si le sous-commissaire n'a pas la compétence pour assujettir les avocats à pareille restriction, le fait que celle-ci a été respectée ne purge pas l'éventuel défaut dont les ordonnances seraient entachées. N'eut été de ces ordonnances, les avocats auraient été en mesure de communiquer la preuve à d'autres témoins et à leur employeur sans le consentement de leurs clients. Même si l'avocat était éventuellement en mesure de communiquer la preuve par suite de la renonciation, par les témoins, au privilège du secret professionnel de l'avocat, on pourrait soutenir que l'avocat serait quand même régi par les ordonnances pour ce qui est de la nécessité d'obtenir la renonciation.

[31] J'estime par conséquent que cette question est loin d'être théorique, étant donné que les ordonnances sont permanentes. Même si l'avocat était finalement autorisé à communiquer les renseignements en question, il favoriserait quand même l'exécution des ordonnances. Qui plus est, la compétence du sous-commissaire pour prononcer une telle ordonnance a été débattue en long et en large par les avocats, tant oralement que par écrit. On ne ferait certainement pas un mauvais usage des ressources judiciaires si l'on se prononçait sur cette question dans ce contexte, dans la mesure où cette question sera fort probablement soulevée de nouveau dans d'autres affaires mettant en cause un avocat du ministère de la Justice représentant un ou plusieurs employés dans le cadre d'une enquête menée sous le régime de la Loi.

d) Les ordonnances (avocats) et la décision (avocats) portent-elle atteinte de façon inacceptable au privilège du secret professionnel de l'avocat?

[32] Avant de se lancer dans une analyse des pouvoirs du sous-commissaire et du bien-fondé des ordonnances et de la décision contestée, la Cour doit déterminer la norme de contrôle applicable. Les avocats des deux parties ont convenu, à juste titre, que la norme appropriée est celle de la décision correcte, du moins en ce qui a trait à la question de la compétence. Ma collègue la juge

to the same conclusion in the *Hartley* decision, after having applied the four factors of the pragmatic and functional approach. While the issue in that case was the jurisdiction of the Deputy Commissioner to issue confidentiality orders directed at the witnesses, I can see no reason why her reasoning would not be equally applicable to the question at bar, that is, whether the Commissioner was empowered to issue confidentiality orders directed at counsel.

[33] In his written submissions, counsel for the respondent argued that the Commissioner and his delegates nevertheless should be entitled to considerable deference with respect to the conduct of the investigation, and that his conclusions respecting the concerns raised by the multiple representations of counsel for the Department of Justice and their impact on his decision to issue confidentiality orders should be reviewed on the patently unreasonable standard. This is no doubt true, assuming the Commissioner has the authority to make the orders in the first place. But if the orders are of such a nature as to unnecessarily infringe on the solicitor-client privilege, or if it contravenes the Charter, no deference will be owed to the Commissioner. This is precisely the issue in the case at bar.

[34] Both parties agree on the importance of preserving solicitor-client privilege. Not surprisingly, however, they don't see eye to eye on the consequences to be drawn from this recognition and come to a different interpretation of the Deputy Commissioner's orders. Counsel for the applicant repeatedly stressed the fundamental nature of this privilege and relied on a number of Supreme Court cases for the proposition that solicitor-client privilege can be infringed only when it is "absolutely necessary" to do so to achieve the ends of the enabling legislation: see, for example, *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 (*Descôteaux*); *Solosky*

Dawson est arrivée à la même conclusion dans le jugement *Hartley*, après avoir appliqué les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Bien que la question en litige dans cette affaire fût celle de la compétence du sous-commissaire pour prononcer des ordonnances de confidentialité visant les témoins, je ne vois aucune raison pour laquelle le raisonnement de la juge Dawson ne s'appliquerait pas tout aussi bien à la question qui nous occupe en l'espèce, en l'occurrence la question de savoir si le commissaire était habilité à prononcer des ordonnances de confidentialité visant les avocats.

[33] Dans ses observations écrites, l'avocat du défendeur fait valoir que le commissaire et ses délégués devraient quand même avoir droit à un degré élevé de retenue de notre part en ce qui a trait au déroulement de l'enquête. L'avocat a ajouté que les conclusions tirées par le commissaire au sujet des réserves exprimées au sujet du cumul de mandats de la part des avocats du ministère de la Justice et de l'incidence de ce cumul sur sa décision de prononcer des ordonnances de confidentialité devraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. L'avocat du défendeur a sans doute raison, si l'on part du principe que le commissaire est effectivement habilité au départ à prononcer ce type d'ordonnance. Mais si les ordonnances sont d'une nature telle qu'elles portent inutilement atteinte au secret professionnel de l'avocat, ou si elles contreviennent à la Charte, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue envers les décisions du commissaire. C'est précisément la question en litige dans le cas qui nous occupe.

[34] Les deux parties s'entendent sur l'importance que revêt la protection du secret professionnel de l'avocat. On ne sera toutefois pas étonné d'apprendre que les parties divergent d'opinion sur les conséquences qu'entraîne cette reconnaissance et sur le fait qu'elles interprètent différemment les ordonnances du sous-commissaire. L'avocat du demandeur insiste sur la nature fondamentale de ce privilège et invoque plusieurs arrêts de la Cour suprême à l'appui de la proposition qu'on ne peut porter atteinte au secret professionnel de l'avocat que lorsque cela est « absolument nécessaire » pour réaliser les objectifs de la loi habilitante (voir, par exemple, l'arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445;

*v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee, Rackel & Heintz*); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809.

[35] According to the applicant's submission, the Deputy Commissioner has interfered with the solicitor-client relationship of the individuals (and of the federal Crown) and their counsel by setting the terms of a solicitor-client relationship of another party, by interfering with the communications that may pass between counsel and client, and by making a link between the order that constrains solicitor-client privilege and the waiver of that privilege. As a result, the privilege would no longer be absolute, but rather be in the hands of a party who is a stranger to the relationship. Yet, there is nothing in the common law nor in the Act authorizing the Commissioner or his delegates to create such an exception to the privilege. Nor is there any evidence to support the presumption that Department of Justice counsel would be in a conflict of interest, torn between their loyalty to the individual witnesses and the Crown.

[36] Counsel for the respondent, on the other hand, placed a lot of emphasis on the public policy underlying the Act, on the role of the Commissioner in carrying out his mandate, and on the private and *ex parte* nature of the investigations. In that context, it was argued that the Commissioner can impose a confidentiality order to ensure that the rights of the witnesses are protected and that the Attorney General is excluded from the proceeding. If the Attorney General had a *de facto* right to attend all hearings simply by providing counsel to the witnesses compelled to give evidence, it was submitted, the investigatory process would simply be unworkable and profoundly undermined.

[37] Considering this potential conflict of interest between Crown servants and the Attorney General, and

*Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 (*Descôteaux*); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee, Rackel & Heintz*); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809).

[35] Suivant l'argument du demandeur, le sous-commissaire s'est ingéré dans la relation avocat-client qui existait entre les personnes physiques en cause (et la Couronne fédérale) et leurs avocats en définissant les modalités de la relation avocat-client d'une autre personne, en s'immisçant dans les communications qui peuvent être échangées entre un avocat et son client et en établissant un lien entre l'ordonnance qui restreint le privilège du secret professionnel de l'avocat et la renonciation à ce privilège. Le privilège ne pourrait donc plus être absolu : il serait à la merci d'un tiers étranger à la relation. Pourtant, il n'y a rien dans la common law ou dans la Loi qui autorise le commissaire ou ses délégués à créer une telle exception au privilège. Et il n'y a pas non plus d'éléments de preuve qui appuient la présomption que les avocats du ministère de la Justice se trouveraient en conflit d'intérêts, déchirés entre leur loyauté envers, d'une part, les témoins et, d'autre part, la Couronne.

[36] En revanche, les avocats du défendeur tablent fortement sur les considérations d'ordre public sous-jacentes à la Loi, sur le rôle que le commissaire est appelé à jouer dans l'exécution de son mandat, et sur le caractère privé et *ex parte* des enquêtes. Dans ce contexte, les avocats du défendeur soutiennent que le commissaire peut imposer une ordonnance de confidentialité pour s'assurer que les droits des témoins soient protégés et pour garantir que le procureur général soit tenu à l'écart de la procédure. Le défendeur fait valoir que, si le procureur général avait un droit *de facto* de participer à toutes les audiences simplement en offrant les services d'un avocat aux témoins contraints de témoigner, la procédure d'enquête serait tout simplement impraticable, en plus d'être dangereusement perturbée.

[37] Compte tenu du conflit d'intérêts éventuel qui existe entre les préposés de la Couronne et le procureur

to ensure that witnesses will remain in control of the disclosure of their testimonies notwithstanding the fact they are represented by counsel who also represent the Attorney General and the head of the government institution whose decision to refuse disclosure is being investigated, the Commissioner must therefore be empowered to make the impugned confidentiality orders, so the argument goes. Indeed, counsel for the Commissioner submitted that the effect of the orders was simply to reiterate the basic principle of solicitor-client privilege given the many hats worn by counsel from the Department of Justice.

[38] Many of the arguments raised by the parties have been canvassed at length by Justice Dawson in the *Hartley* decision (reversed on appeal, [2005] 4 F.C.R. 673, but not on this ground), and counsel referred extensively to that ruling in their oral and written submissions. At issue in that case were, among other things, confidentiality orders prohibiting persons who had given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony. All of these persons were represented by the same four lawyers of the same law firm, which also represented the Government of Canada, the Attorney General and the Prime Minister.

[39] Each of these confidentiality orders (1) required the witnesses “not to reveal ‘any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me’;” (2) “authorized each [witness] to disclose to [their lawyers] information disclosed during his or her confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during that particular witness’ confidential testimony;” and (3) “required each [witness] to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the [witness] was released from the terms of the order by the Commissioner.” When issuing these confidentiality orders, the Deputy Commissioner also ordered that the witnesses’ counsel undertake not to reveal information disclosed during the individual witness’ testimony with other individuals who counsel also represented.

général, et pour s’assurer que les témoins gardent le contrôle de la divulgation de leur témoignage malgré le fait qu’ils sont représentés par un avocat qui représente aussi le procureur général et le responsable d’une institution fédérale dont la décision de refuser la communication fait l’objet d’une enquête, le commissaire doit par conséquent être habilité à rendre les ordonnances de confidentialité contestées. C’est du moins ce qu’affirme le défendeur. D’ailleurs, l’avocat du commissaire soutient que les ordonnances ont simplement pour effet de reprendre le principe fondamental du secret professionnel de l’avocat, vu les divers rôles que jouent les avocats du ministère de la Justice.

[38] Bon nombre des arguments soulevés par les parties ont été analysés en profondeur par la juge Dawson dans le jugement *Hartley* (infirmé en appel, [2005] 4 R.C.F. 673, mais pas sur ce motif), et les avocats ont cité abondamment cette décision tant dans leurs plaidoiries que dans leurs observations écrites. Dans cette affaire, le débat portait notamment sur le bien-fondé d’ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes ayant témoigné devant le commissaire de révéler les renseignements communiqués au cours de leur témoignage. Toutes ces personnes étaient représentées par les quatre mêmes avocats du même cabinet qui représentaient également le gouvernement du Canada, le procureur général et le premier ministre.

[39] Chacune de ces ordonnances de confidentialité : 1) interdisait aux témoins de « révéler les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l’affaire, y compris la preuve soumise »; 2) « autorisait chaque [témoin] à communiquer à [son avocat] les renseignements divulgués au cours de ce témoignage, moyennant l’engagement écrit des avocats de ne pas révéler les renseignements ainsi divulgués » ; 3) « enjoignait à chaque [témoin] de reconnaître que l’ordonnance de confidentialité s’appliquait jusqu’à ce que le commissaire le libère des conditions de l’ordonnance ». En rendant les ordonnances de confidentialité, le sous-commissaire a également ordonné à l’avocat du demandeur de s’engager à ne pas révéler aux autres personnes qu’il représente les renseignements divulgués au cours du témoignage de son client.

[40] Interestingly, the reasons provided by the Deputy Commissioner for issuing the confidentiality orders are quite similar to those advanced in the present case. Justice Dawson, in the *Hartley* decision, summarized those reasons in the following way (at paragraph 138):

(a) The Commissioner has a statutory obligation to insure the privacy of his investigations.

(b) The Commissioner is obliged to protect the integrity of his investigations by encouraging the candour of witnesses. In order to encourage candour the Commissioner must provide an environment which assures privacy so as to prevent the possible tainting of evidence, whether that tainting is conscious or unconscious.

(c) The Commissioner's ongoing investigations would be compromised if witnesses were permitted to communicate questions asked and answers given during the course of the Commissioner's private investigation to other persons, including persons who were potential witnesses in the same investigations.

(d) The Commissioner must be mindful of the potential implications of witnesses' reporting relationships. The integrity of the Commissioner's investigations are potentially compromised where witnesses are represented by counsel who simultaneously represent the witnesses' superiors and ultimate employer. Crown employees may feel embarrassed, reluctant, inhibited or intimidated when a representative of their employer is present to hear their evidence. Employees may fear recrimination and reprisal, particularly where their counsel also represents the Crown.

[41] In the case at bar, counsel for the respondent once again relied extensively on sections 35, 36 and 62 to 65 of the Act. These provisions read as follows:

**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

[40] Fait intéressant, les motifs invoqués par le sous-commissaire pour justifier le prononcé des ordonnances de confidentialité ressemblent beaucoup à ceux qui ont été avancés dans le cas qui nous occupe. Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson les résume de la façon suivante (au paragraphe 138) :

a) Le commissaire a une obligation imposée par la loi d'assurer le caractère secret de ses enquêtes;

b) Le commissaire est tenu de protéger l'intégrité de ses enquêtes en encourageant les témoins à être francs. Afin d'encourager la franchise, le commissaire doit fournir un environnement qui assure le secret, de façon à empêcher que la preuve soit entachée d'un vice, consciemment ou non;

c) Les enquêtes continues du commissaire seraient compromises si les témoins étaient autorisés à communiquer à d'autres personnes, et notamment aux personnes qui pourraient être appelées à déposer dans les mêmes enquêtes, les questions posées et les réponses données au cours de l'enquête secrète menée par le commissaire,

d) Le commissaire doit songer aux effets possibles des rapports hiérarchiques des témoins. L'intégrité des enquêtes du commissaire pourrait être compromise si les témoins étaient représentés par des avocats qui représentent en même temps leurs supérieurs et leur employeur. Les employés de la Couronne peuvent se sentir embarrassés, réticents, intimidés ou assujettis à une entrave lorsqu'un représentant de leur employeur est présent pour entendre leur déposition. Ils peuvent craindre les critiques et les représailles, en particulier si leur avocat représente également la Couronne.

[41] Dans le cas qui nous occupe, les avocats du défendeur citent de nouveau abondamment les articles 35 et 36 et 62 à 65 de la Loi. Ces dispositions sont ainsi libellées :

**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) a third party if

(i) the Information Commissioner intends to recommend the disclosure under subsection 37(1) of all or part of a record that contains — or that the Information Commissioner has reason to believe might contain — trade secrets of the third party, information described in paragraph 20(1)(b) or (b.1) that was supplied by the third party or information the disclosure of which the Information Commissioner can reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of the third party, and

(ii) the third party can reasonably be located.

However no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Information Commissioner by any other person.

**36. ...**

(3) Except in a prosecution of a person for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, in a prosecution for an offence under section 67, in a review before the Court under this Act or in an appeal from such proceedings, evidence given by a person in proceedings under this Act and evidence of the existence of the proceedings is inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.

...

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

**63.** (1) The Information Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to

(i) carry out an investigation under this Act, or

(ii) establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under this Act; or

(b) in the course of a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the

c) un tiers, s'il est possible de le joindre sans difficultés, dans le cas où le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, aux termes du paragraphe 37(1), la communication de tout ou partie d'un document qui contient ou est, selon lui, susceptible de contenir des secrets industriels du tiers, des renseignements visés aux alinéas 20(1)b) ou b.1) qui ont été fournis par le tiers ou des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

**36. [...]**

(3) Sauf dans les cas de poursuites pour infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi ou pour infraction à l'article 67, ou sauf dans les cas de recours en révision prévus par la présente loi devant la Cour ou les cas d'appel de la décision rendue par la Cour, les dépositions faites au cours de toute procédure prévue par la présente loi ou le fait de l'existence de telle procédure ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.

[...]

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

**63.** (1) Le Commissaire à l'information peut divulguer, ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à divulguer, les renseignements :

a) qui, à son avis, sont nécessaires pour :

(i) mener une enquête prévue par la présente loi,

(ii) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la présente loi;

b) dont la divulgation est nécessaire, soit dans le cadre des procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour

*Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

(2) The Information Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada information relating to the commission of an offence against a law of Canada or a province by a director, an officer or an employee of a government institution if, in the Commissioner's opinion, there is evidence of such an offence.

64. In carrying out an investigation under this Act and in any report made to Parliament under section 38 or 39, the Information Commissioner and any person acting on behalf or under the direction of the Information Commissioner shall take every reasonable precaution to avoid the disclosure of, and shall not disclose,

(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 give access to the record under this Act, does not indicate whether it exists.

65. The Information Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a competent or compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

[42] Contrary to the Commissioner's submission, these provisions do not empower him to make confidentiality orders. It does not follow from the fact that every investigation must be conducted in private that the Commissioner may determine the rights and obligations of witnesses appearing before him or his delegates. The confidentiality requirements found in the Act are no more than a *quid pro quo* for the broad right of access given to the Commissioner. Justice Dawson explicitly

une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, soit lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

(2) Si, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'une infraction fédérale ou provinciale par un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une institution fédérale, le Commissaire à l'information peut faire part au procureur général du Canada des renseignements qu'il détient à cet égard.

64. Lors des enquêtes prévues par la présente loi et dans la préparation des rapports au Parlement prévus aux articles 38 ou 39, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité ne peuvent divulguer et prennent toutes les précautions pour éviter que ne soient divulgués :

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.

65. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes qui agissent en son nom ou sur son ordre n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, ou que lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

[42] Contrairement à ce que le commissaire prétend, ces dispositions ne l'habilitent pas à rendre des ordonnances de confidentialité. Ce n'est pas parce que les enquêtes qu'il mène sont secrètes qu'il s'ensuit que le commissaire ou ses délégués peuvent pour autant définir les droits et les obligations des témoins qui comparaissent devant eux. Les exigences en matière de confidentialité que la Loi lui impose ne sont rien de plus que le prix que le commissaire doit payer pour le droit d'accès étendu qui



dealt with this contention in the *Hartley* decision and stated (at paragraphs 149-151):

The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff, presumably because those in government with access to confidential information are subject to an already existing government regime for the keeping of its confidences (for example, the oath of office required under the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, fiduciary or contractual obligations and legislation such as the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5).

Put another way, the confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the Commissioner. It is consistent with that scheme that the confidentiality requirements are requirements imposed only upon the Commissioner.

I believe that Parliament manifested this intention in section 62 of the Act where it wrote “[S]ubject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act”... The confidentiality obligation is only directed to the Commissioner and his delegates. Parliament could have expressly enacted a confidentiality provision which applied to witnesses, but did not. [Emphasis in original.]

[43] In addition, the Federal Court of Appeal has confirmed that section 35 of the Act must be read together with section 62 and that the obligation of confidentiality under section 35 is imposed on the Commissioner. As noted by the Court of Appeal, the rationale for this is simply to promote the objective of full disclosure by the government during the investigation by the Commissioner. This interpretation of section 35 of the Act undermines the rationale of the Deputy Commissioner that section 35 can serve as a basis for making a confidentiality order. Such an order would impose obligations beyond those inherent in section 35 of the Act.

[44] That being said, does it necessarily follow that the Commissioner is without jurisdiction to make a

lui est conféré. La juge Dawson s’est penchée explicitement sur cet argument dans le jugement *Hartley* où elle déclare (aux paragraphes 149 à 151) :

La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel, probablement parce que les personnes au sein de l’administration qui ont accès à des renseignements confidentiels sont assujetties à un régime existant en ce qui concerne des renseignements confidentiels (comme le serment professionnel exigé en vertu de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, les obligations fiduciaires ou contractuelles et des lois telles que la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5).

Autrement dit, le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas divulgués au commissaire. Conformément à ce régime, les exigences en matière de confidentialité sont uniquement imposées au commissaire.

Je crois que le législateur a manifesté cette intention à l’article 62 de la Loi : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l’information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l’exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi ». L’obligation de confidentialité vise uniquement le commissaire et ses représentants. Le législateur aurait expressément pu édicter une disposition applicable aux témoins en matière de confidentialité, mais il ne l’a pas fait. [Souligné dans l’original.]

[43] De surcroît, la Cour d’appel fédérale a confirmé que l’article 35 de la Loi doit être rapproché de l’article 62 et que c’est sur le commissaire que repose l’obligation de confidentialité prévue à l’article 35. Ainsi que la Cour d’appel l’a fait observer, la raison pour laquelle il en est ainsi est simplement que l’on vise à favoriser une divulgation intégrale de la part du gouvernement au cours de l’enquête du commissaire. Cette interprétation de l’article 35 de la Loi ébranle le raisonnement du sous-commissaire suivant lequel l’article 35 peut servir de fondement au prononcé d’une ordonnance de confidentialité. Pareille ordonnance imposerait des obligations qui iraient au delà de celles qui sont inhérentes à l’article 35 de la Loi.

[44] Ceci étant dit, est-ce qu’il s’ensuit nécessairement que le commissaire n’a pas compétence pour prononcer

confidentiality order? Not necessarily. The Act provides the Commissioner with broad and effective discretionary powers to investigate complaints and determine the procedure to be followed in the performance of any of his duties or functions. In other words, the Commissioner is to be master of his own procedure:

34. Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.

[45] I agree with the respondent that the Commissioner is invested with a broad discretion when determining the process of an investigation. In order to enable the Commissioner to fulfill his mandate, Parliament has clearly and unequivocally conferred upon the Commissioner almost unlimited powers. Considering the object of the Act, the wording of that section and the need to give that quasi-constitutional statute a liberal and purposive construction, I am prepared to accept (as did Justice Dawson in the *Hartley* decision, at paragraph 172) that section 34 of the Act authorizes the Commissioner to issue confidentiality orders directed both at witnesses and counsel, subject to some restrictions to ensure that they are appropriately tailored to the specific circumstances of each case.

[46] In the context of a confidentiality order imposed on counsel, one of the constraints the Commissioner must obviously take into account in framing it is the solicitor-client privilege. The importance of solicitor-client privilege and the need to guard against its infringement have been recognized numerous times by the Supreme Court of Canada, and both parties are in agreement that the upholding of this privilege is essential for the functioning of an effective legal system. In *Lavallee, Rackel & Heintz*, above, Justice Arbour noted that this privilege is to remain as absolute as possible in order to maintain relevance and to ensure confidence in the privilege. The most recent statement about solicitor-client privilege was made by the Supreme Court in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, where Justice Rothstein, for the Court, held that solicitor-client privilege can be infringed only when it is “absolutely necessary” to do so to achieve the ends of the enabling legislation.

une ordonnance de confidentialité? Pas nécessairement. La Loi confère au commissaire des pouvoirs discrétionnaires vastes et efficaces pour enquêter sur les plaintes dont il est saisi et pour établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions. En d'autres termes, le commissaire est maître de sa propre procédure :

34. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.

[45] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que le commissaire est investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de déterminer le déroulement de l'enquête. Pour permettre au commissaire de remplir son mandat, le législateur fédéral a conféré dans les termes les plus nets au commissaire des pouvoirs presque illimités. Compte tenu de l'objet de la Loi, du libellé de cet article et de la nécessité de donner à cette loi quasi-constitutionnelle une interprétation libérale fondée sur l'objet visé, je suis prêt à accepter (comme la juge Dawson l'a fait dans le jugement *Hartley*, au paragraphe 172) que l'article 34 de la Loi autorise le commissaire à prononcer des ordonnances de confidentialité qui visent tant les témoins que les avocats, sous réserve de certaines restrictions pour s'assurer de tenir compte des faits propres à chaque cas.

[46] Dans le contexte d'une ordonnance de confidentialité imposée à un avocat, une des contraintes dont le commissaire doit de toute évidence tenir compte lorsqu'il la libelle est le secret professionnel de l'avocat. L'importance du secret professionnel de l'avocat et la nécessité d'éviter qu'on y porte atteinte ont été reconnues à de nombreuses reprises par la Cour suprême du Canada, et les deux parties sont d'accord pour dire qu'il est essentiel de respecter ce privilège si l'on veut assurer l'efficacité de la justice. Dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, la juge Arbour a signalé que le privilège du secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible si l'on veut qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance. L'énoncé le plus récent sur le secret professionnel de l'avocat a été formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, dans lequel, sous la plume du juge Rothstein, la Cour rappelle qu'on ne peut porter atteinte au secret professionnel de

[47] This privilege, which has evolved into a fundamental and substantive rule of law, has been described in the following way by Justice Lamer [as he then was] in *Descôteaux*, above, at page 875:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.

2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

[48] Can it be said, in the present instance, that interference with solicitor-client privilege is absolutely necessary to achieve the ends sought by the legislation? Or, to put it another way, is the public interest in limiting the privilege greater than that of maintaining the privilege? Considering the public policy goals sought to be achieved by Parliament in adopting the Act, I believe the answer to both of these questions is positive.

[49] Subsection 2(1) enunciates the purpose of the Act in the following terms:

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

l'avocat que dans la mesure « absolument nécessaire » à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.

[47] Ce privilège, qui a graduellement été élevé au rang de règle de droit fondamentale et substantielle, a été défini de la manière suivante par le juge Lamer [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Descôteaux*, précité, 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. 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.

[48] Peut-on dire, en l'espèce, qu'il est absolument nécessaire de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat pour atteindre les objectifs visés par la loi? Ou, pour exprimer la question d'une autre manière, l'intérêt qu'a le public à limiter le privilège est-il plus grand que celui de protéger le privilège? Compte tenu des objectifs d'ordre public que le législateur fédéral visait en adoptant la Loi, j'estime qu'il faut répondre par l'affirmative à l'une et à l'autre de ces questions.

[49] Le paragraphe 2(1) énonce de la façon suivante l'objet de la Loi :

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.

disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[50] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, Justice La Forest held that:

The overarching purpose of access to information legislation ... is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

[51] The role of the Commissioner in achieving these objectives is central. As an officer of Parliament, the Commissioner is charged with the duties to receive and investigate any complaint made to him pursuant to subsection 30(1) of the Act and to report thereon to the complainant and the appropriate government institution pursuant to section 37 of the Act. Parliament has provided that the final decision of a head of a government institution to refuse to disclose information is to be made only after that person has had the opportunity to review the Commissioner's findings and recommendations. The importance of the Commissioner's investigation was highlighted by the Federal Court of Appeal as follows (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, at paragraph 27):

The investigation the Commissioner must conduct is the cornerstone of the access to information system. It represents an informal method of resolving disputes in which the Commissioner is vested not with the power to make decisions, but instead with the power to make recommendations to the institution involved. The importance of this investigation is reinforced by the fact that it constitutes a condition precedent to the exercise of the power of review, as provided in sections 41 and 42 of the Act.

[52] One of the rationales underlying the Deputy Commissioner's confidentiality orders *vis-à-vis* counsel is the potential conflict of interests arising from the fact that counsel representing the witnesses also represent both the Attorney General and the head of the government institution whose decision is being investigated. The

[50] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest s'est exprimé comme suit :

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

[51] Le rôle que joue le commissaire en ce qui concerne l'atteinte de ces objectifs est capital. En tant que haut fonctionnaire du Parlement, le commissaire est chargé de recevoir les plaintes dont il est saisi en vertu du paragraphe 30(1) de la Loi, de faire enquête sur ces plaintes et de rendre compte des conclusions de son enquête au plaignant et au responsable de l'institution fédérale compétente, conformément à l'article 37 de la Loi. Le législateur a prévu que la décision finale du responsable de l'institution fédérale de refuser la communication des renseignements ne peut être prise qu'après que l'intéressé a eu la possibilité d'examiner les conclusions et recommandations du commissaire. La Cour d'appel fédérale souligne de la façon suivante l'importance que revêt l'enquête du commissaire (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL), au paragraphe 27) :

L'enquête que doit mener le Commissaire est la pierre angulaire du système d'accès à l'information. Elle représente une méthode informelle de résolution des conflits où l'institution fédérale se voit investie non pas d'un pouvoir décisionnel, mais bien d'un pouvoir de recommandation auprès de l'institution concernée. L'importance de cette enquête est soulignée par le fait qu'elle constitue un préalable à l'exercice du pouvoir de révision, selon que le prévoient les articles 41 et 42 de la Loi.

[52] Un des motifs invoqués pour justifier les ordonnances de confidentialité visant les avocats prononcées par le sous-commissaire est le risque de conflit d'intérêts découlant du fait que les avocats représentant les témoins représentent aussi à la fois le procureur général et le responsable de l'institution fédérale dont la

investigation being held in private and *ex parte*, the Commissioner felt that it was necessary to ensure the candour of witnesses so as to give precedence to the individual solicitor-client relationship over the Crown solicitor-client relationship.

[53] Counsel for the applicant countered that there is absolutely no factual or evidentiary foundation for the proposition that such a conflict of interest exists or is even likely to come up in the present circumstances, and that the decision and orders are therefore founded on speculation and unsubstantiated assumptions. The only reason that the individuals were subpoenaed by the Deputy Commissioner was on account of their activities on behalf of the Crown. Since they were not examined in their personal capacity but rather in their professional capacity as Crown servants and employees, there can be no conflict of interest in this proceeding between the individuals and the Crown, according to the applicant's argument.

[54] I must confess that I am somewhat troubled by this automatic and necessary assimilation of the Crown's and the employees' interests. As a general rule, I am prepared to concede that it is unlikely the employees' views with respect to the disclosure of a document will differ from those of the senior management of the Department involved. But the possibility cannot be ruled out entirely, especially when the employees subpoenaed by the Commissioner are not in the higher ranks of the Department but rather at the lower level. Similarly, I can easily envisage situations where there is no conflict at the outset but conflict develops as the questioning proceeds and the investigation unfolds. It is in those kinds of circumstances that employees must have the assurance that they will remain in control of the disclosure of their testimonies notwithstanding the fact that their counsel play a dual role.

[55] I agree with the respondent that the investigatory process would simply be unworkable and profoundly undermined if the Attorney General had a *de facto* right to attend all hearings simply by providing a counsel to

décision fait l'objet d'une enquête. Comme l'enquête est secrète et qu'elle a lieu *ex parte*, le commissaire estimait qu'il était nécessaire de s'assurer que les témoins témoignent en toute franchise pour donner préséance à la relation individuelle avocat-client sur la relation avocat-client de Sa Majesté.

[53] L'avocat du demandeur rétorque qu'il n'y a absolument aucun fondement factuel ou probatoire pour établir l'existence ou même la probabilité d'un tel conflit d'intérêts dans les circonstances actuelles. L'avocat ajoute que la décision et les ordonnances reposent donc sur des spéculations et des hypothèses non vérifiées. La seule raison pour laquelle les personnes concernées ont été assignées à comparaître par le sous-commissaire s'expliquait par les activités qu'elles exerçaient pour le compte de Sa Majesté. Comme elles n'ont pas été interrogées à titre personnel mais bien à titre professionnel en leur qualité de préposés et d'employés de la Couronne, il ne peut y avoir dans le cas qui nous occupe de conflit d'intérêts entre ces personnes et Sa Majesté, si l'on suit l'argument du demandeur.

[54] Je dois avouer que je suis quelque peu troublé par cette assimilation automatique et nécessaire des intérêts de Sa Majesté à ceux de ses employés. En principe, je suis prêt à admettre qu'il est peu probable que l'opinion des employés au sujet de la communication d'un document diffère de celle de la haute direction du ministère en cause. Mais on ne peut écarter entièrement cette possibilité, d'autant plus que les employés assignés par le commissaire n'occupent pas les échelons les plus élevés au sein du ministère mais se trouvent plutôt aux niveaux inférieurs. Dans le même ordre d'idées, je peux aisément envisager des situations dans lesquelles il n'y aurait aucun conflit d'intérêts au départ mais où un tel conflit surgirait au fur et à mesure que l'interrogatoire se déroule et que l'enquête progresse. C'est dans ce genre de situation que les employés doivent avoir l'assurance qu'ils conserveront le contrôle de la divulgation de leur témoignage malgré le fait que leur avocat joue un double rôle.

[55] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que la procédure d'enquête serait tout simplement impraticable et qu'elle serait gravement perturbée si le procureur général avait un droit *de facto* de participer à

the witnesses compelled to give evidence. This would clearly circumvent Parliament's intent that the investigations be conducted in private and the Commissioner's decision that it be held *ex parte*. After all, the investigation conducted by the Commissioner is meant to be independent of the government.

[56] In the *Hartley* decision, Justice Dawson acknowledged that the existence of multiple representations by the same lawyer was a relevant consideration in assessing whether the confidentiality order infringed the Charter. She wrote (at paragraph 204):

Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

[57] Contrary to the applicant's allegation, Justice Dawson did not reject the "employer in the room" argument, but merely found this argument to be insufficient to justify the unlimited time duration of the confidentiality orders at issue in that case. This decision is consistent with a previous decision from this Court in the same file, refusing the Commissioner's motion to remove counsel. The Commissioner had sought to remove counsel as solicitors of record for the Attorney General and for the individual applicants on the basis that they were represented by the same lawyers. In that case, it was mainly because of the safeguards which were provided by the confidentiality orders directed at counsel and the parallel undertakings of confidentiality of counsel that Justice McKeown decided that counsel for the Attorney General and for the individual applicants was allowed to remain as solicitors of record, notwithstanding its multiple representations: *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2002] 3 F.C. 630 (T.D.), at paragraphs 20, 26 and 32.

toutes les audiences simplement en offrant les services d'un avocat aux témoins contraints de témoigner. Une telle façon de faire irait de toute évidence à l'encontre de la volonté du législateur suivant laquelle les enquêtes doivent être secrètes, et de la décision du Commissaire qu'elle se déroule *ex parte*. Après tout, l'enquête menée par le commissaire est censée être indépendante du gouvernement.

[56] Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson a reconnu que le cumul de mandats par le même avocat constitue un facteur pertinent pour décider si l'ordonnance de confidentialité viole la Charte. Elle écrit (au paragraphe 204) :

Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

[57] Contrairement à ce que le demandeur allègue, la juge Dawson n'a pas rejeté l'argument de l'« employeur présent dans la salle », mais a simplement estimé que cet argument n'était pas suffisant pour justifier la durée illimitée des ordonnances de confidentialité en litige dans cette affaire. Cette décision va dans le même sens que celle déjà rendue dans le même dossier par laquelle notre Cour avait rejeté la requête présentée par le commissaire en vue de forcer l'avocat à cesser d'occuper. Le commissaire avait demandé que les avocats qui représentaient le procureur général et les personnes physiques demanderesses se retirent du dossier parce que ces personnes étaient représentées par les mêmes avocats. Dans cette affaire, c'était surtout en raison des garanties données par les ordonnances de confidentialité visant les avocats et des engagements parallèles de confidentialité donnés par les avocats que le juge McKeown avait décidé que les avocats du procureur général et des personnes physiques demanderesses pouvaient continuer à occuper pour leurs clients, malgré le fait qu'ils cumulaient plusieurs mandats : *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2002] 3 C.F.

[58] As it also appears from that same case, confidentiality orders are required in the context of multiple representations considering rule 2.04(6) of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada. This rule provides that, absent a confidentiality order, in the case of a joint retainer, no information received in connection with the matter from one client can be treated as confidential so far as any of the other clients are concerned.

[59] If this was not sufficient, and to remove any remaining ambiguity, the *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants* of the Treasury Board of Canada explicitly refers to the possibility that Crown servants represented by Crown counsel be required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown. This policy specifically acknowledges the potential for conflict of interest between Crown servants and the Attorney General and provides that counsel's obligation towards the Crown is paramount.

[60] In light of all this, I am inclined to think that it was perfectly legitimate for the Commissioner to issue the impugned confidentiality orders. If the spirit of the Act is to be upheld, and if the Commissioner's investigations are to ensure openness and accountability in the management of information collected and generated by government, the solicitor-client relationship between the employee and his counsel must prevail over the solicitor-client relationship between counsel and the Crown and between counsel and other employees. The employee testifying before the Commissioner must have the last word as to who will have access to what he said. He or she may decide to waive privilege; but it should be his or her decision, not that of the government.

630 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 20, 26 et 32.

[58] Ainsi qu'il ressort également de cette même décision, il y a lieu de prononcer une ordonnance de confidentialité lorsque l'avocat représente plusieurs parties, compte tenu du paragraphe 2.04(6) du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada, qui prévoit qu'à défaut d'ordonnance de confidentialité, lorsque des clients confèrent un mandat conjoint à un avocat, aucun des renseignements communiqués à ce dernier ne saurait être tenu pour confidentiel à l'égard des autres parties qu'il représente.

[59] Si cela ne suffisait pas, et pour dissiper toute ambiguïté qui pourrait subsister, la *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et la prestation de services juridiques à ces derniers* du Conseil du Trésor du Canada évoque expressément la possibilité d'obliger les fonctionnaires de l'État représentés par un procureur de la Couronne à renoncer au secret professionnel de l'avocat en faveur de Sa Majesté. Cette politique reconnaît expressément le risque de conflits d'intérêts pouvant exister entre les fonctionnaires de l'État et le procureur général et prévoit que c'est la loyauté des avocats envers Sa Majesté qui doit l'emporter.

[60] Vu tout ce qui précède, je suis porté à penser qu'il était parfaitement légitime de la part du commissaire de prononcer les ordonnances de confidentialité contestées. Si l'on veut respecter l'esprit de la Loi et s'assurer que les enquêtes du commissaire soient transparentes et qu'elles garantissent l'obligation de rendre des comptes en ce qui concerne la gestion des renseignements recueillis et générés par l'administration, la relation avocat-client qui existe entre l'employé et son avocat doit avoir préséance sur la relation avocat-client qui existe entre l'avocat et Sa Majesté et entre l'avocat et les autres employés. L'employé qui témoigne devant le commissaire doit avoir le dernier mot en ce qui concerne les personnes qui auront accès à ce qu'il a dit. Il peut décider de renoncer au privilège du secret, mais c'est à lui, et non au gouvernement, qu'il appartient de prendre cette décision.

[61] For all of the foregoing reasons, I find that the impugned orders interfere with the solicitor-client privilege of the Crown no more than is necessary, and is perfectly consistent with the objectives of the Act. If, as the applicant submits, there is no conflict of interest, the employee can always waive his or her privilege. This requirement is a small price to pay in order to ensure that the employee is fully protected and that his or her testimony will be as candid and transparent as possible.

(e) Do the decision (counsel) and orders (counsel) violate the Charter?

[62] I do not think it can seriously be disputed that an order from an officer who exercises statutory powers falls within the ambit of the Charter. Similarly, it is equally beyond dispute that such an order limits the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter to the extent that it prevents counsel appearing on behalf of witnesses before the Commissioner to disclose “the questions asked, the answers given and exhibits used” during their clients’ testimony. The only real issue is whether such a limit can be justified pursuant to section 1 of the Charter.

[63] Courts are generally reluctant to embark on a Charter enquiry in the absence of a sufficient evidentiary record. Contrary to the situation in the *Hartley* decision, the parties in the present instance have filed very little evidence. There is nothing before this Court, for example, with respect to the investigation that prompted the impugned Deputy Commissioner’s orders and decision, nor was this Court provided with any background information as to how and on what terms the Justice counsel were representing the witnesses. It is therefore with these caveats in mind that I proceed with an assessment of the reasonableness of the limit imposed on counsel’s freedom of expression by the orders and decision issued by the Deputy Commissioner.

[64] In the *Hartley* decision, Madam Justice Dawson mentioned a number of relevant contextual considerations

[61] Pour tous les motifs que je viens d’exposer, je conclus que les ordonnances contestées ne violent pas plus le secret professionnel de l’avocat de Sa Majesté que nécessaire et j’estime qu’elles sont parfaitement compatibles avec les objets de la Loi. Si, comme le demandeur l’affirme, il n’y a pas de conflit d’intérêts, l’employé peut toujours renoncer à son privilège. Cette exigence est un prix peu élevé à payer pour s’assurer que l’employé est parfaitement protégé et que son témoignage sera aussi franc et transparent que possible.

e) La décision (avocats) et les ordonnances (avocats) violent-elles la Charte?

[62] Je ne crois pas qu’on puisse sérieusement contester que l’ordonnance émanant d’un fonctionnaire qui exerce des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi tombe sous le coup de la Charte. De même, il est indéniable qu’une telle ordonnance restreint la liberté d’expression garantie par l’alinéa 2b) de la Charte dans la mesure où elle empêche les avocats qui comparaissent pour le compte des témoins devant le commissaire de divulguer [TRADUCTION] « les questions posées, les réponses données et les pièces utilisées » au cours du témoignage de leurs clients. La seule véritable question qui se pose est celle de savoir si cette restriction peut se justifier en vertu de l’article premier de la Charte.

[63] Les tribunaux répugnent, en principe, à entreprendre une analyse fondée sur la Charte faute de preuves suffisantes. Contrairement à la situation qui existait dans l’affaire *Hartley*, les parties dans la présente instance ont déposé très peu d’éléments de preuve. Notre Cour ne dispose, par exemple, d’aucun élément au sujet de l’enquête à l’origine des ordonnances et de la décision du sous-commissaire, et on n’a soumis à notre Cour aucun renseignement général sur la façon dont les avocats du ministère de la Justice représentaient les témoins et à quelles conditions. C’est donc en tenant compte de ces réserves que je passe maintenant à l’évaluation du caractère raisonnable de la limite imposée à la liberté d’expression par les ordonnances et la décision prononcées par le sous-commissaire.

[64] Dans le jugement *Hartley*, la juge Dawson a mentionné un certain nombre de facteurs contextuels



before determining the conformity of the confidentiality orders with section 1 of the Charter. I believe many of these factors are equally applicable here, and I therefore adopt the following ones (at paragraphs 194-196, 200 and 204):

First, the investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access that has as its purpose the facilitation of democracy.

Second, the investigation conducted by the Commissioner is an investigation that is to be independent of government.

Third, the investigation is to be conducted in private.

...

The fifth contextual factor is that there have been instances where members of a government department have taken steps to frustrate the right of access under the Act....

...

Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

[65] I would only add to these the fact that the witnesses involved in the investigation underlying this application for judicial review were not high-ranking officials or senior exempt staff people like the Prime Minister's chief of staff, but four Crown servants who have been involved in one capacity or another with the initial request made under the Act.

[66] Taking into account the contextual factors that she had identified as being relevant to her section 1 analysis, Justice Dawson had no difficulty concluding that the objective sought to be achieved by the confidentiality order at stake in the *Hartley* decision (i.e., protecting the integrity of the investigations and ensuring that confidential information is not improperly disclosed) related to pressing and substantial concerns in a free and democratic society. As a result, she was prepared to

pertinents avant de se prononcer sur la conformité des ordonnances de confidentialité avec l'article premier de la Charte. J'estime que bon nombre de ces facteurs sont également applicables ici, et j'adopte donc les suivants (aux paragraphes 194 à 196, 200 et 204) :

Premièrement, l'enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d'accès dont l'objet est de faciliter la démocratie.

Deuxièmement, l'enquête menée par le commissaire doit être indépendante du gouvernement.

Troisièmement, l'enquête doit être secrète.

[...]

Le cinquième facteur contextuel se rapporte au fait que, dans certains cas, les membres d'un ministère ont pris des mesures en vue de faire obstacle au droit d'accès prévu par la Loi [...]

[...]

Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

[65] J'ajouterais seulement que les témoins visés par l'enquête sous-jacente à la présente demande de contrôle judiciaire n'étaient pas des hauts fonctionnaires ou des membres du personnel exonérés comme le chef d'état-major du premier ministre, mais quatre fonctionnaires de l'État qui ont agi à un titre ou à un autre pour ce qui est de la première demande présentée en vertu de la Loi.

[66] Tenant compte des facteurs contextuels qui, selon elle, sont pertinents dans le cas d'une analyse fondée sur l'article premier, la juge Dawson a conclu sans hésiter que l'objectif visé par l'ordonnance de confidentialité en jeu dans l'affaire *Hartley* (c.-à-d. protéger l'intégrité des enquêtes et s'assurer que des renseignements confidentiels ne soient pas irrégulièrement divulgués) se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles au sein d'une société libre et démocratique. Elle était en conséquence

accept that the objectives were of sufficient importance as to warrant a limit to freedom of expression.

[67] She was similarly satisfied that the first step in establishing the proportionality of the measure *vis-à-vis* the objective to be pursued was successfully met. I recognize that the confidentiality order in that case was directed to the witnesses themselves and affected counsel only indirectly, to the extent that the witnesses were authorized to reveal to their four lawyers information disclosed during their confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during each particular applicant's confidential testimony. I nevertheless find that her reasons for accepting that there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of the information which might otherwise not be protected, holds true in the case at bar. Here is what she had to say in that respect (at paragraphs 211-212):

The reasons of the Commissioner's delegate shed light on how the orders are viewed to function in order to protect the integrity of the investigations. First, if witnesses could communicate questions asked and answers given on their examination before the Commissioner's delegate, the delegate is less likely to obtain a witness' own independent recollection of events. Second, the orders ensure that a witness may speak freely without fear of employment repercussions. Third, the automatic imposition of a confidentiality order is said to prevent any stigma attaching to a witness who is bound by such an order. The Commissioner says that there would exist a possibility of suspicion attaching to a witness who requested a confidentiality order.

With respect to the object of protecting the confidentiality of government information, the confidentiality orders are said to reflect the Commissioner's obligation to take every reasonable precaution to avoid the disclosure of exempt information. The orders also allow some portion of one witness' evidence to be put to another witness for the purpose of advancing the investigation.

prête à accepter que les objectifs revêtaient une importance suffisante pour justifier de restreindre la liberté d'expression.

[67] Elle s'est par ailleurs également dite convaincue qu'on avait franchi avec succès la première étape à suivre pour vérifier si la mesure était proportionnelle à l'objectif poursuivi. Je reconnais qu'en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité visait les témoins eux-mêmes et qu'elle ne touchait qu'indirectement les avocats, dans la mesure où les témoins étaient autorisés à révéler à leurs quatre avocats des renseignements divulgués au cours de leur témoignage confidentiel, une fois que chacun des avocats en question s'était engagé par écrit à ne pas révéler à qui que ce soit les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel de chacun des demandeurs. Je conclus néanmoins que les motifs invoqués par la juge Dawson pour conclure à l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une ordonnance de confidentialité et la protection de l'intégrité des enquêtes et de la confidentialité des renseignements qui pourraient par ailleurs ne pas être protégés s'appliquent au cas qui nous occupe. Voici ce qu'elle a dit à cet égard (aux paragraphes 211 et 212) :

Les motifs fournis par le représentant du commissaire jettent la lumière sur la façon dont on considère que les ordonnances fonctionnent en vue de protéger l'intégrité des enquêtes. Premièrement, si les témoins pouvaient communiquer les questions posées et les réponses données lorsqu'ils ont été interrogés par le représentant du commissaire, il serait plus difficile pour celui-ci d'obtenir d'un témoin son propre compte rendu indépendant des événements. Deuxièmement, les ordonnances visent à assurer qu'un témoin puisse parler en toute liberté sans craindre de répercussions sur le plan professionnel. Troisièmement, il est soutenu que l'imposition automatique d'une ordonnance de confidentialité empêche le témoin qui est lié par une telle ordonnance d'être stigmatisé. Le commissaire affirme que si le témoin demandait une ordonnance de confidentialité, la chose pourrait bien éveiller des soupçons.

En ce qui concerne la protection de la confidentialité des renseignements de l'administration, il est affirmé que les ordonnances de confidentialité montrent que le commissaire est tenu de prendre toutes les précautions raisonnables pour éviter la divulgation de renseignements visés par une exception. Les ordonnances permettent également la divulgation d'une partie de la preuve d'un témoin à un autre témoin aux fins de l'avancement de l'enquête.

[68] Having found that the confidentiality order met the rational connection test, Justice Dawson nevertheless quashed it on the ground that it did not impair the witnesses' freedom of expression as little as possible. After noting that it is always more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban, and that confidentiality orders are to be restricted as much as possible, she opined that the Commissioner's delegate had failed to justify the breadth of his order. A careful reading of her reasons shows that the unlimited duration of the confidentiality order was a key factor in her assessment that it was overbroad and unjustified.

[69] In the present case, the confidentiality orders and decision are of a more limited extent. First, they are somewhat limited in scope, as the restrictions imposed relate solely to "questions asked," "answers given," and "exhibits used." More importantly, the witnesses are free at any time to authorize their counsel to disclose the information at issue. As a result, the confidentiality orders cannot be assimilated to a "blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance before the Commissioner" (*Hartley*, at paragraph 154; [emphasis in original]).

[70] I am prepared to accept that other factors, in addition to the duration factor, led Justice Dawson to the conclusion that the orders were overly broad. She mentioned, for example, the lack of evidence that witnesses would be tainted, that a stigma would attach to witnesses not subject to a confidentiality order, or that the release of information such as the manner in which the proceedings were conducted, the role of counsel, objections to questions and rulings, would impair the integrity of the investigation. She also noted that the level of seniority of at least some of the witnesses dictated that it was virtually impossible to presume they would be susceptible to coercion.

[68] Après avoir conclu qu'elle satisfaisait au critère du lien rationnel, la juge Dawson a néanmoins annulé l'ordonnance de confidentialité au motif qu'elle ne portait pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression des témoins. Après avoir fait remarquer qu'il est toujours plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle et qu'il faut restreindre le plus possible les ordonnances de confidentialité, la juge Dawson s'est dite d'avis que le délégué du commissaire n'avait pas justifié la portée de son ordonnance. Une lecture attentive de ses motifs démontre que la durée illimitée de l'ordonnance de confidentialité était un des facteurs clés de sa conclusion que l'ordonnance avait une portée trop large et était injustifiée.

[69] Dans le cas qui nous occupe, les ordonnances de confidentialité et la décision ont une portée moins large. Premièrement, leur champ d'application est quelque peu limité, car les restrictions imposées se rapportent uniquement aux [TRADUCTION] « questions posées, aux réponses données et aux pièces utilisées ». Mais surtout, les témoins sont libres en tout temps d'autoriser leur avocat à divulguer les renseignements en cause. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité ne peuvent être assimilées à un « régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire » (*Hartley*, au paragraphe 154 [souligné dans l'original]).

[70] Je suis disposé à accepter que d'autres facteurs, hormis celui de la durée, ont conduit la juge Dawson à conclure que les ordonnances avaient une portée trop large. Elle a mentionné, par exemple, l'absence d'éléments de preuve démontrant que la preuve d'un témoin était viciée, le fait que les témoins faisant l'objet d'une ordonnance de confidentialité seraient stigmatisés, que la façon dont les procédures étaient menées, le rôle que les avocats étaient autorisés à avoir, la nature des objections soulevées par les avocats et les décisions rendues en réponse à pareilles objections porteraient atteinte à l'intégrité des enquêtes. Elle a également fait remarquer que le rang occupé au sein de la hiérarchie par au moins une partie des témoins faisait en sorte qu'il était pratiquement impossible de présumer qu'ils pouvaient être assujettis à de la coercition.

[71] However, once again, many of these considerations do not apply with equal strength here. Not only are the decision and the orders in the present instance much less absolute than they were in the *Hartley* decision, but they also aim at protecting public officials of a much lower rank. While there is no hard evidence that these officials' interests diverge from those of the government, or that they might feel pressured to go along with the stated position of their Department, it is not a great leap of logic or common sense to acknowledge that they could be more vulnerable and less prone to be fully transparent were they not protected from the divulcation of their testimony to their employer via their counsel.

[72] It is revealing and even disturbing that, although the individual witnesses are the main beneficiaries of the protection afforded by the solicitor-client privilege, none of these individual witnesses are a party to the application. Similarly, the fact that the applicant is complaining that counsel cannot unilaterally decide to disclose information gained solely in their capacity as counsel for the witnesses, as if not subject to the same loyalty and confidentiality obligations as any other solicitor towards his/her clients, goes a long way in showing that the rights of the individual witnesses indeed required fostering.

[73] At the end of the day, the Deputy Commissioner chose to uphold the solicitor-client privilege between the witness and his or her counsel, and to give it precedence over the privilege between counsel and the Attorney General. Indeed, counsel appeared with the individual witnesses before the Commissioner only after it was made clear that such appearance was solely as legal counsel for the witness in question, and not as legal counsel for any other party, and more particularly, for the Attorney General. Considering the limited scope of the orders and of the decision, and the possibility for the witnesses to waive the privilege and to authorize at any time their counsel to disclose the information at issue, I am of the view that they meet the minimal impairment requirement and that the limit on freedom of expression is therefore justified pursuant to section 1 of the Charter.

[71] Cependant, encore une fois, bon nombre de ces considérations ne s'appliquent pas avec la même force dans le cas qui nous occupe. Non seulement la décision et les ordonnances en cause en l'espèce sont-elles beaucoup moins absolues que dans l'affaire *Hartley*, mais elles visent aussi à protéger des fonctionnaires publics d'un rang bien moins élevé. Bien qu'il n'y ait pas de preuves tangibles tendant à démontrer que les intérêts de ces fonctionnaires divergent de ceux du gouvernement ou qu'ils pourraient se sentir contraints de se plier à la position déclarée de leur ministère, je ne crois pas qu'il faille un trop grand effort de logique pour admettre qu'ils seraient plus vulnérables et moins enclins à être tout à fait transparents s'ils n'étaient pas protégés contre la divulcation de leur témoignage à leur employeur par le biais de leurs avocats.

[72] Il est révélateur, et même troublant, de constater que, même si les témoins sont les principaux bénéficiaires de la protection accordée par le secret professionnel de l'avocat, aucun de ces témoins n'est partie à la demande. Dans le même ordre d'idées, le fait que le demandeur se plaigne que les avocats n'aient pas le loisir de décider unilatéralement de divulguer les renseignements qu'ils ont obtenus exclusivement en leur qualité d'avocats des témoins, comme s'ils n'étaient pas tenus envers leurs clients aux mêmes obligations de loyauté et de confidentialité que tout autre avocat, montre bien qu'il y a lieu de protéger les droits des personnes physiques qui témoignent.

[73] En fin de compte, le sous-commissaire a choisi de protéger le secret professionnel qui lie le témoin à son avocat et de le faire primer sur le privilège existant entre l'avocat et le procureur général. D'ailleurs, les avocats n'ont comparu avec les témoins devant le commissaire qu'après avoir bien précisé qu'ils ne comparaissent qu'en qualité d'avocats-conseils des témoins en question, et non en tant qu'avocats-conseils de qui que ce soit d'autre et plus particulièrement du procureur général. Vu la portée limitée des ordonnances et de la décision et vu la possibilité offerte aux témoins de renoncer au privilège et d'autoriser en tout temps leur avocat à divulguer les renseignements en litige, je suis d'avis que les ordonnances en question satisfont au critère de l'atteinte minimale et que la limite imposée à la liberté d'expression est par conséquent justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

[74] More particularly, I agree with counsel for the respondent that the orders and the decision directed at counsel go no further than required to (1) enhance the truth-finding function of the Commissioner's investigation, which investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access; (2) maintain the integrity of the investigation; (3) ensure that a witness's testimony would not be tainted by knowledge of the evidence given by another witness; (4) maintain the *ex parte* nature of the investigation, which investigation has to be independent of government pursuant to Parliament's specific intent prescribed in the Act; (5) address the uniqueness of the multiple representations by counsel from the Department of Justice, and (6) maintain the private nature of the investigation and ensure the protection of any specific confidential information.

[75] For all of the foregoing reasons, this application for judicial review is therefore dismissed, with costs.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is dismissed, with costs.

[74] Plus particulièrement, je suis d'accord avec les avocats du défendeur pour dire que les ordonnances et la décision visant les avocats ne vont pas plus loin que ce qui est nécessaire pour : 1) favoriser la recherche de la vérité à laquelle visent les enquêtes du commissaire, laquelle enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d'accès; 2) maintenir l'intégrité de l'enquête; 3) s'assurer que le témoignage d'une personne n'est pas vicié du fait que celle-ci connaît la preuve présentée par un autre témoin; 4) préserver le caractère *ex parte* de l'enquête, laquelle doit être indépendante du gouvernement, selon la volonté clairement exprimée par le législateur dans la Loi; 5) tenir compte du caractère unique des multiples mandats exercés par les avocats du ministère de la Justice; 6) préserver le caractère privé de l'enquête et assurer la protection de tout renseignement confidentiel précis.

[75] Pour tous les motifs qui viennent d'être exposés, la présente demande de contrôle judiciaire est par conséquent rejetée avec dépens.

#### ORDONNANCE

LA COUR REJETTE avec dépens la présente demande de contrôle judiciaire.