

T-2222-03  
2005 FC 328

T-2222-03  
2005 CF 328

**Blood Tribe Department of Health** (*Applicant*)

**Blood Tribe Department of Health** (*demandeur*)

v.

c.

**The Privacy Commissioner of Canada and Annette J. Soup** (*Respondents*)

**Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada et Annette J. Soup** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: BLOOD TRIBE (DEPARTMENT OF HEALTH) v. CANADA (PRIVACY COMMISSIONER) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: BLOOD TRIBE (DEPARTMENT OF HEALTH) c. CANADA (COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE) (C.F.)*

Federal Court, Mosley J.—Calgary, November 18, 2004; Ottawa, March 8, 2005.

Cour fédérale, juge Mosley—Calgary, 18 novembre 2004; Ottawa, 8 mars 2005.

*Privacy — Former employee of applicant sought access to information said improperly collected, used to discredit her — Applicant ordered to produce records under Personal Information Protection and Electronic Documents (PIPED) Act — Withheld bundle of letters on ground of solicitor-client privilege — Issue upon judicial review: whether Commissioner has power to compel production to verify privilege claim — PIPED Act, s. 12 giving Commissioner tools to independently investigate complaints — Correctness appropriate review standard — Law of solicitor-client privilege reviewed — Although PIPED Act, s. 12(1)(c) permitting Commissioner to receive evidence inadmissible in law court nothing suggesting investigations to be fettered by privilege claims — Broad, purposive interpretation of Commissioner's powers required, given role in achieving objects of legislative scheme — Commissioner not investigative agency that could prosecute — Commissioner having but limited statutory power to divulge information obtained in investigation — Application denied.*

*Protection des renseignements personnels — Une ancienne employée du demandeur voulait obtenir communication de renseignements qui, croyait-elle, avaient été recueillis irrégulièrement et utilisés pour la discréditer — Ordre a été donné au demandeur de produire certains dossiers en application de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) — Le demandeur a refusé de transmettre une liasse de lettres en alléguant le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — Point à décider dans le contrôle judiciaire: le commissaire a-t-il le pouvoir d'exiger la production de documents pour s'assurer du bien-fondé de la revendication de privilège? — L'art. 12 de la LPRPDE donne au commissaire des instruments qui lui permettent d'enquêter indépendamment sur les plaintes — La norme de contrôle à appliquer était celle de la décision correcte — Examen des règles régissant le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — L'art. 12(1)c) de la LPRPDE habilite le commissaire à recevoir des éléments de preuve indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux, mais rien ne donne à penser que ses enquêtes peuvent être entravées par des questions d'immunité — Les pouvoirs du commissaire doivent être interprétés d'une manière libérale, conforme à l'objet visé, étant donné le rôle essentiel qu'il exerce pour réaliser les objets du texte législatif — Le commissaire n'est pas un organisme d'enquête habilité à engager des poursuites — Il n'a qu'un pouvoir restreint de divulguer l'information obtenue au cours d'une enquête — Demande rejetée.*

*Practice — Privilege — Order to produce under Personal Information Protection and Electronic Documents Act resisted in respect of bundle of letters said protected by solicitor-client privilege — Commissioner's position: had to see letters to verify privilege claim — Issue upon judicial review whether Commissioner has power to compel jurisdiction — Review,*

*Pratique — Communications privilégiées — Refus du demandeur de communiquer une liasse de lettres après avoir reçu ordre de produire des documents en application de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, parce que selon lui les lettres en question étaient protégées par le privilège du secret*

*exposition of law relating to solicitor-client privilege — Commissioner not investigative agency that could launch criminal prosecution — Act not authorizing disclosure by Commissioner of information subject to solicitor-client privilege — Statutory language suggests Commissioner's investigations not to be fettered by privilege claims.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Assistant Privacy Commissioner ordering production of records under Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPED Act) — Production of certain letters refused on ground of solicitor-client privilege — Standard of review determined by pragmatic, functional approach mandated by S.C.C. — As issue being statutory interpretation of Commissioner's powers, Court as well qualified as tribunal to determine matter — While S.C.C. not having yet ruled as to whether PIPED Act, like Privacy Act, has quasi-constitutional status, F.C. decision held that it has — Decision to be reviewed on correctness standard.*

This was an application for judicial review of an order by the Assistant Privacy Commissioner for the production of records under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPED Act), paragraphs 12(1)(a) and (c). Applicant, Blood Tribe Department of Health, asserted that the records at issue are protected by solicitor-client privilege, which it will not waive.

Respondent, Ms. Soup, formerly a departmental employee, had sought access to personal information concerning her which she believed was improperly collected and used to discredit her. In response to a letter from the Privacy Commissioner's office, departmental documents—except a bundle of letters from the department's solicitors—were furnished to the Commissioner. The Commissioner's office took the position that it had to examine the letters to verify the solicitor-client privilege claim and the Assistant Privacy Commissioner exercised her delegated authority by ordering their production. Rather than complying with that order, the

*professionnel liant l'avocat à son client — Position du commissaire: il devait voir les lettres pour s'assurer du bien-fondé du privilège revendiqué — Point à décider dans le contrôle judiciaire: le commissaire a-t-il le pouvoir d'exiger la production de documents? — Revue et description des règles relatives au privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — Le commissaire n'est pas un organisme d'enquête habilité à engager des poursuites criminelles — La Loi n'autorise pas le commissaire à divulguer des renseignements soumis au privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — La LPRPDE est rédigée d'une manière qui donne à entendre que les enquêtes du commissaire ne peuvent pas être entravées par des revendications de privilège.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La commissaire adjointe à la protection de la vie privée avait ordonné la production de dossiers en application de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) — Le demandeur a refusé de produire certaines lettres en alléguant le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — La norme de contrôle a été déterminée au moyen de l'analyse pragmatique et fonctionnelle préconisée par la C.S.C. — Puisque le point à décider concernait l'interprétation des pouvoirs du commissaire au regard de la loi, la Cour était aussi qualifiée que le commissaire pour répondre à cette question — La C.S.C. ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si la LPRPDE a un statut quasi constitutionnel comme c'est le cas pour la Loi sur la protection des renseignements personnels, mais la Cour fédérale a estimé dans un jugement récent que tel est le cas — La décision du commissaire doit être revue selon la norme de la décision correcte.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance de la commissaire adjointe à la protection de la vie privée pour que soient produits certains dossiers en application des alinéas 12(1)a) et c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la LPRPDE). Le demandeur, le Blood Tribe Department of Health, affirmait que les dossiers en cause sont protégés par le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client, un privilège auquel il n'était pas disposé à renoncer.

La défenderesse, M<sup>me</sup> Soup, ancienne employée du demandeur, voulait obtenir la communication des renseignements personnels qui la concernaient et qui, croyait-elle, avaient été recueillis irrégulièrement et utilisés pour la discrediter. En réponse à une lettre du Commissariat à la protection de la vie privée, le demandeur a transmis au commissaire les documents demandés, à l'exception d'une liasse de lettres provenant de ses avocats. Le personnel du Commissariat a estimé qu'il devait examiner les lettres afin de vérifier le bien-fondé du privilège revendiqué, et la commissaire adjointe à la protection de la vie privée, exerçant

Tribe launched this application. The issue was whether the Commissioner has power to compel the production of documents in respect of which solicitor-client privilege is asserted, for the purpose of verifying that claim.

*Held*, the application should be dismissed.

Prior to determining this application on its merits, it was first necessary to determine the appropriate review standard. Applying a pragmatic and functional analysis, there is neither a privative clause nor statutory appeal right, thus suggesting that this factor was neutral. But, the Federal Court of Appeal has held that, where review under *Federal Courts Act*, section 18 is available, an intermediate level of review would be appropriate. As for the tribunal's expertise, the issue herein being statutory interpretation of the Commissioner's powers, the Court was as well qualified to determine that matter as was the Commissioner and this suggested less deference. The third factor relates to the purpose of the statute as a whole and of the particular provision. Certainly, one purpose of the Act is the protection of privacy but that is balanced against the interests of commercial organizations in collecting, using and disclosing personal information. While the Supreme Court has chosen to accord the *Privacy Act* quasi-constitutional status, it has yet to pronounce on the PIPED Act in that regard. But the Federal Court has held that the last-mentioned statute should enjoy such status. As to the specific provision, PIPED Act, section 12 was intended to provide the Commissioner with the necessary tools to independently investigate a complaint and to prepare a report. At first impression, it would seem that the Commissioner would have to examine the information to determine applicability of the exception, thus suggesting deference to the Commissioner's impugned decision. The final factor is the nature of the issue. Here, the question was one of pure law which favoured review on the correctness standard and, on a balancing of the factors, that standard should be applied herein.

The question of competing rights between the individual respondent and applicant was not determinative. Given the Privacy Commissioner's role in achieving the important objects of the legislative scheme, her powers should be given a broad, purposive interpretation. Her role cannot be

le pouvoir qui lui avait été délégué, a ordonné la production des lettres. Refusant de s'exécuter, le demandeur a plutôt déposé cette demande. Il s'agissait de savoir si le commissaire a le pouvoir d'exiger la production de documents pour lesquels est revendiqué le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client, afin d'être en mesure de vérifier le bien-fondé du privilège revendiqué.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Avant de juger la demande au fond, il fallait d'abord déterminer la norme de contrôle à appliquer. Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, on ne constate aucune clause privative ni aucun droit d'appel d'origine législative, et ce facteur était donc de portée neutre. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a jugé que, lorsque le contrôle d'une décision administrative est possible en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la norme de contrôle est une norme de niveau intermédiaire. S'agissant de la spécialisation du commissaire, et le point à décider étant l'interprétation des pouvoirs conférés par la Loi au commissaire, la Cour était aussi à même de répondre à cette question que l'était le commissaire, ce qui signalait une retenue moindre. Le troisième facteur concerne l'objet du texte de loi dans son ensemble et en particulier celui de la disposition en cause. Certes, l'un des objets de la Loi est la protection des renseignements personnels, mais cet objet doit être mis en équilibre avec l'intérêt des organisations commerciales pour la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels. La Cour suprême du Canada a jugé que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* jouit d'un statut quasi constitutionnel, mais elle ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si la LPRPDE jouit du même statut. Toutefois, la Cour fédérale a reconnu ce statut à la LPRPDE. S'agissant de l'objet de la disposition particulière en cause, l'article 12 de la LPRPDE a été promulgué pour donner au commissaire les instruments qui lui permettront d'enquêter indépendamment sur une plainte et de rédiger un rapport. Il semblerait à première vue nécessaire que le commissaire examine les renseignements en cause pour savoir si l'exception est applicable. Une certaine retenue devrait donc être montrée envers la décision contestée du commissaire. Le dernier facteur concerne la nature de la question. Ici, le point à décider était une pure question de droit, ce qui militait en faveur d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte et, une fois les facteurs mis en équilibre, c'est la norme qui devrait s'appliquer ici.

La question des droits antagonistes, à savoir celui de la défenderesse et celui du demandeur, n'était pas déterminante. Vu le rôle essentiel qu'exerce le commissaire à la protection de la vie privée pour réaliser les importants objets de la législation, ses pouvoirs doivent être interprétés d'une manière

discharged if she is denied access to information needed to ascertain the facts merely on the assertion of a privilege claim. As to presumptive privilege, the Privacy Commissioner does not have the power to initiate charges or to prosecute for the commission of offences. She can only investigate and report her findings. Any subsequent action to enforce the complainant's right of access requires an application to the Court. The fact that the letter emanated from the applicant's solicitors indicated that great care must be taken to ensure that, if privileged, their content is not disclosed to anyone other than the Commissioner and only for a limited purpose. Disclosure of this information to the Commissioner would not create an unacceptable level of risk simply because the legislation affords no specific protection once the information gets into the Commissioner's hands and certain sections of the Act actually authorize the Commissioner to make information public. The Commissioner's authority to disclose information obtained in an investigation is limited to the exceptional and limited purposes set out in section 20 which have no application to documents subject to a solicitor-client privilege claim. The Commissioner is not empowered to disclose such information.

Another argument advanced by applicant was that the authority to investigate conferred by section 12 should be interpreted more restrictively than the comparable powers under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act* because of the absence of a provision similar to subsections 34(2) and 36(2) respectively. The Commissioner's response was that those provisions were included to address claims of Crown privilege when production was demanded from government institutions. Absent these provisions, there would be a conflict between the authority to compel production of documents and section 37 of the *Canada Evidence Act* that would effectively bar disclosure. Although the argument, that Crown privilege was the reason not to include a similar provision in the PIPED Act, was compelling, no conclusion was reached on this. Nor could it be concluded that Parliament intended to exclude privileged documents from the scope of the Commissioner's authority. Be that as it may, the language of paragraph 12(1)(c), which permits the Commissioner to receive and accept any evidence and other information whether or not it is or would be admissible in a court of law, does not suggest that the Commissioner's investigations are to be fettered by privilege claims.

libérale, conforme à l'objet visé. Il ne saurait exercer efficacement son rôle s'il lui est impossible d'obtenir les renseignements nécessaires pour constater les faits, simplement parce qu'un privilège est revendiqué. S'agissant de la présomption d'existence d'un privilège, le commissaire à la protection de la vie privée n'a pas le pouvoir de porter des accusations ni d'engager des poursuites contre les auteurs d'infractions. Il peut uniquement instruire une plainte et faire rapport sur ses conclusions. Toute mesure ultérieure visant à faire reconnaître le droit du plaignant à la communication de documents requiert une demande adressée à la Cour. Les lettres en cause émanaient des avocats du demandeur, et cela montre qu'il fallait scrupuleusement veiller à ce que, si les lettres étaient sujettes au privilège, leur contenu ne soit divulgué à personne d'autre qu'au commissaire, et uniquement pour une fin précise. La communication de ces renseignements au commissaire n'entraînerait pas un niveau inacceptable de risque du seul fait que la législation n'offre aucune protection particulière pour les documents une fois qu'ils se trouvent entre les mains du commissaire et que certains articles de la Loi permettent effectivement au commissaire de rendre publics certains renseignements. Le pouvoir du commissaire de divulguer des renseignements obtenus au cours d'une enquête se limite aux fins exceptionnelles et restreintes exposées à l'article 20, lequel ne s'applique pas aux documents relevant du secret professionnel liant l'avocat à son client. Le commissaire n'est pas habilité à divulguer tels renseignements.

Un autre argument avancé par le demandeur était que le pouvoir d'enquête conféré par l'article 12 devrait être interprété d'une manière plus restrictive que les pouvoirs correspondants conférés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*, et cela en raison de l'absence d'une disposition semblable à leurs paragraphes 34(2) et 36(2) respectivement. La réponse du commissaire était que ces dispositions avaient été édictées pour disposer des éventuelles revendications d'immunité de la Couronne lorsque la production de documents était exigée d'institutions fédérales. Sans de telles dispositions, il y aurait un conflit entre le pouvoir de contraindre à la production de documents et l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui aurait pour effet d'empêcher la divulgation. L'argument selon lequel l'immunité de la Couronne était la raison du choix du législateur de ne pas insérer une disposition semblable dans la LPRPDE était convaincant, mais la Cour n'a tiré aucune conclusion en la matière. La Cour n'a pas non plus affirmé que l'intention du législateur était d'exclure les documents confidentiels du champ des pouvoirs du commissaire. Quoi qu'il en soit, le texte de l'alinéa 12(1)(c), qui permet au commissaire de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux, donne à penser que le législateur ne voulait pas que les

An analogy was drawn to the review of a claim of national security under *Privacy Act*, section 51 in which the Privacy Commissioner has authority to review the information to determine whether an exemption has been properly claimed. This is an indication of Parliament's confidence in the Commissioner's ability to protect sensitive information. Paragraph 12(1)(a) accords the Commissioner extraordinary powers to conduct investigations which can be exercised "in the same manner and to the same extent as a superior court of record". A superior court is empowered to compel document production to assess privilege claims and had Parliament intended to prevent the Commissioner from verifying such claims, it could have specifically excluded this power, as it has done in some other statutes. It had to be concluded that the principles established in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink* do not require that PIPED Act, section 12 be given the restrictive interpretation argued for by applicant.

enquêtes menées par le commissaire soient entravées par des questions d'immunité.

Une analogie a été faite avec l'examen de revendications fondées sur la sécurité nationale et avancées en vertu de l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui donne au commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir d'examiner les renseignements pour savoir si une exception a été invoquée à juste titre. C'est là le signe de la confiance du législateur dans la capacité du commissaire de protéger les renseignements sensibles. L'alinéa 12(1)a confère au commissaire des pouvoirs d'enquête extraordinaires, qu'il peut exercer «de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives». Une cour supérieure a le pouvoir d'exiger la production de documents afin d'évaluer le bien-fondé de revendications de privilèges et, si le législateur avait voulu empêcher le commissaire d'évaluer le bien-fondé de telles revendications, il aurait pu expressément exclure ce pouvoir, comme il l'a fait dans plusieurs autres lois. Il fallait en conclure que les principes établis dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink* ne requièrent pas que l'article 12 de la LPRPDE reçoive l'interprétation restrictive préconisée par le demandeur.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1).
- Canada Agricultural Products Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 20, s. 8(2),(5) (as am. by S.C. 1995, c. 40, s. 32).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183(1)(b)).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 50(3) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), (4) (as am. *idem*).
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 488.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 71; 2000, c. 17, s. 89; 2001, c. 41, s. 80).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 10.
- Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25.
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 29.21 (as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 7), 29.22 (as enacted

#### 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. 8.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 488.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 71; 2000, ch. 17, art. 89; 2001, ch. 41, art. 80).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 50(3) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), (4) (mod., *idem*).
- Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, ch. 25.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10(1).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29.21 (édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 7), 29.22 (édicte, *idem*), 250.41(1) (édicte, *idem*, art. 82), (2) (édicte, *idem*).
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 24.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 15), (6) (édicte, *idem*).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art.

*idem*), 250.41(1) (as enacted *idem*, s. 82), (2) (as enacted *idem*).

*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 9 (as am. by S.C. 2000, c. 17, s. 97; 2001, c. 41, s. 82), 12, 13(3), 20, Sch. I.

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 6), 51 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 159), 59(1).

*Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41, s. 11.

*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 24.1(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 8, s. 15), (6) (as enacted *idem*).

183(1b)).

*Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 10.

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 34 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187; ann. V, n<sup>o</sup> 6), 51 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 159), 59(1).

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 3, 9 (mod. par L.C. 2000, ch. 17, art. 97; 2001, ch. 41, art. 82), 12, 13(3), 20, ann. I.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).

*Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41, art. 11.

*Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 20, art. 8(2),(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 40, art. 32).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Eastmond v. Canadian Pacific Railway* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275; 33 C.P.R. (4th) 1; 254 F.T.R. 169; 2004 FC 852; *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; *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; *Lyons v. Toronto (Computer Leasing Inquiry — Bellamy Commission)* (2004), 70 O.R. (3d) 39; (2004), 12 Admin. L.R. (4th) 157; 47 M.P.L.R. (3d) 82; 183 O.A.C. 273 (S.C.J.).

##### DISTINGUISHED:

*Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; 2003 SCC 67; *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] F.C. 184; (1975), 55 D.L.R. (3d) 713; 22 C.C.C. (2d) 70; 18 C.P.R. (2d) 155; 29 C.R.N.S. 361 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5; 2003 BCCA 278; *Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere* (2001), 293 A.R. 73; 206 D.L.R. (4th) 280; [2002] 2 W.W.R. 71; 97 Alta L.R. (3d) 1; 29 C.B.R. (4th) 1; 12 C.P.C. (5th) 41 (C.A.).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Eastmond c. Canadien Pacifique Ltée* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275; 33 C.P.R. (4th) 1; 254 F.T.R. 169; 2004 CF 852; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 CF 431; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Lyons v. Toronto (Computer Leasing Inquiry — Bellamy Commission)* (2004), 70 O.R. (3d) 39; (2004), 12 Admin. L.R. (4th) 157; 47 M.P.L.R. (3d) 82; 183 O.A.C. 273 (C.S.J.).

##### DÉCISIONS DISTINCTES:

*Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; 2003 CSC 67; *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] C.F. 184; (1975), 55 D.L.R. (3d) 713; 22 C.C.C. (2d) 70; 18 C.P.R. (2d) 155; 29 C.R.N.S. 361 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5; 2003 BCCA 278; *Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere* (2001), 293 A.R. 73; 206 D.L.R. (4th) 280; [2002] 2 W.W.R. 71; 97 Alta L.R. (3d) 1; 29 C.B.R. (4th) 1; 12 C.P.C. (5th) 41 (C.A.).

## CONSIDERED:

*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; *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; *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.

## REFERRED TO:

*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Englander v. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572; (2004), 247 D.L.R. (4th) 275; 1 B.L.R. (4th) 119; 36 C.P.R. (4th) 385; 328 N.R. 297; 2004 FCA 387; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2003), 308 N.R. 135; 2003 FCA 270; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)* (1998), 157 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); affd (2000), 261 N.R. 19 (F.C.A.); affd [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 281; 2002 SCC 53; *Rowat v. Canada (Information Commissioner)* (2000), 77 C.R.R. (2d) 79; 193 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75.

APPLICATION for judicial review of the Assistant Privacy Commissioner's order for production of certain records. Application denied.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; 2002 CSC 61; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 CSC 14; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; 2004 CSC 31.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 CSC 20; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Englander c. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572; (2004), 247 D.L.R. (4th) 275; 1 B.L.R. (4th) 119; 36 C.P.R. (4th) 385; 328 N.R. 297; 2004 CAF 387; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)* (2003), 308 N.R. 135; 2003 CAF 270; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)* (1998), 157 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2000), 261 N.R. 19 (C.A.F.); conf. par [2002] 2 R.C.S. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 281; 2002 CSC 53; *Rowat c. Canada (Commissaire à l'information)* (2000), 77 C.R.R. (2d) 79; 193 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 CSC 75.

DEMANDE de contrôle judiciaire de l'ordre de production de certains documents qu'avait donné le commissaire adjointe à la protection de la vie privée. Demande rejetée.

## APPEARANCES:

*Gary A. Befus* for applicant.  
*Steve Welchner* and *Nathalie Daigle* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Walsh Wilkins Creighton LLP*, Calgary, for applicant.  
*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for respondent Annette J. Soup.  
*Office of the Privacy Commissioner* for respondent Privacy Commissioner of Canada.

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

[1] MOSLEY J.: In the course of an investigation into a complaint by Annette J. Soup, a former employee of the Blood Tribe Department of Health (the Department), the Assistant Privacy Commissioner of Canada ordered the production of certain records under paragraphs 12(1)(a) and (c) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (the PIPED Act). The Department seeks judicial review of the decision to issue that order. It claims that the records are communications to which solicitor-client privilege attaches, and the Department is not willing to waive that privilege.

## BACKGROUND

[2] The underlying facts in this matter are not in dispute. Ms. Soup sought access to personal information concerning her held by the applicant. She wished to challenge the accuracy of certain documents she believed had been collected improperly and used, in her view, to discredit her before the Board responsible for the administration of the Department. When Ms. Soup was denied access to the file, she made a complaint to the Office of the Privacy Commissioner.

## ONT COMPARU:

*Gary A. Befus* pour le demandeur.  
*Steve Welchner* et *Nathalie Daigle* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Walsh Wilkins Creighton LLP*, Calgary, pour le demandeur.  
*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, pour la défenderesse Annette J. Soup.  
*Commissariat à la protection de la vie privée* pour le défendeur le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

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

[1] LE JUGE MOSLEY: Au cours d'une enquête sur une plainte déposée par Annette J. Soup, une ancienne employée du Blood Tribe Department of Health (le Service), la commissaire adjointe à la protection de la vie privée du Canada a ordonné la production de certains dossiers en application des alinéas 12(1)a) et c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (la LPRPDE). Le Service sollicite le contrôle judiciaire de l'ordre de la commissaire adjointe. Il dit que les documents sont des communications pour lesquelles existe le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client, un privilège auquel il n'est pas disposé à renoncer.

## LES FAITS

[2] Les événements à l'origine de la présente affaire ne sont pas contestés. M<sup>me</sup> Soup voulait obtenir la communication de renseignements personnels qui la concernaient et que détenait le demandeur. Elle voulait contester l'exactitude de certains documents qui, croyait-elle, avaient été recueillis irrégulièrement et utilisés, selon elle, pour la discréditer devant le conseil chargé d'administrer le Service. M<sup>me</sup> Soup s'est heurtée au refus de communication du dossier et elle a déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée.

[3] Under Clause 4.9 “Principle 9—Individual Access”, of Schedule I to the PIPED Act, Ms. Soup was entitled to be informed of the existence, use, and disclosure of her personal information, to be given access to that information in order to challenge the accuracy and completeness of the information, and to have it amended as appropriate. The right to access is not absolute. Exceptions are set out in section 9 [as am. by S.C. 2000, c. 17; s. 97; 2001, c. 41, s. 82] of the Act. Subsection 9(3) provides that organizations are not required to give access to information subject to solicitor-client privilege.

[4] In November 2002, a member of the Privacy Commissioner’s staff wrote to the Department’s Chief Executive Officer, Mr. Charles Weasel Head, to advise that a complaint had been received from Ms. Soup, that an investigation had been commenced and outlining the procedure that would be followed. A copy of any notes or correspondence regarding Ms. Soup’s employment was requested. An assurance was provided that the file “will not, under any circumstances, be disclosed to the complainant, nor will the complainant be advised of their contents.” This assurance was reiterated in subsequent correspondence between the Commissioner’s office, and the Department and its counsel.

[5] In response to the request, documents held by the Department were collected and forwarded to the Commissioner’s office, with the exception of a bundle of letters from the Department’s solicitors, Walsh Wilkins Creighton LLP. The existence of these letters was disclosed to the Commissioner’s office on April 9, 2003.

[6] In an affidavit dated June 5, 2003, Ms. Katie Rabbit-Young Pine attested, on behalf of the Department, that the “information is protected by solicitor-client privilege and the Blood Tribe Department of Health is not prepared to waive that privilege and therefore cannot provide access to these documents to any third party, including the Office of the Privacy Commissioner.”

[3] Selon l’article 4.9 «Neuvième principe—Accès aux renseignements personnels», dans l’annexe 1 de la LPRPDE, M<sup>me</sup> Soup avait le droit d’être informée de l’existence des renseignements personnels la concernant, de l’usage qui en était fait et de leur divulgation à des tiers, et le droit de les consulter afin d’en contester l’exactitude et l’intégralité et d’y faire apporter les corrections appropriées. Le droit de consultation n’est pas absolu. Des exceptions sont énoncées dans l’article 9 [mod. par L.C. 2000, ch. 17, art. 97; 2001, ch. 41, art. 82] de la Loi. Le paragraphe 9(3) prévoit que l’organisation n’est pas tenue de communiquer à l’intéressé des renseignements protégés par le secret professionnel liant l’avocat à son client.

[4] En novembre 2002, un membre du personnel du Commissariat à la protection de la vie privée a écrit au premier dirigeant du Service, M. Charles Weasel Head, pour l’informer qu’une plainte avait été reçue de M<sup>me</sup> Soup et qu’une enquête avait été entreprise. La lettre décrivait la procédure qui serait suivie. Un double des notes ou pièces de correspondance relatives à l’emploi de M<sup>me</sup> Soup était demandé. La lettre renfermait l’assurance que le dossier [TRADUCTION] «ne sera en aucun cas communiqué à la plaignante, et la plaignante ne sera pas informée de son contenu». Cette assurance fut réitérée dans des lettres ultérieures échangées entre le Commissariat et le Service et son avocat.

[5] En réponse à la demande, les documents détenus par le Service ont été assemblés et transmis au Commissariat, à l’exception d’une liasse de lettres provenant des avocats du Service, le cabinet Walsh Wilkins Creighton LLP. L’existence de ces lettres fut signalée au Commissariat le 9 avril 2003.

[6] Dans un affidavit daté du 5 juin 2003, M<sup>me</sup> Katie Rabbit-Young Pine affirmait, au nom du Service, que [TRADUCTION] «l’information est protégée par le privilège du secret professionnel liant l’avocat à son client, et le Blood Tribe Department of Health n’est pas disposé à renoncer à ce privilège et ne peut donc communiquer ces documents à une tierce partie, y compris au Commissariat à la protection de la vie privée».

[7] The documents were described specifically in Ms. Rabbit-Young Pine's affidavit as:

- a. Letters written by our legal advisors, Walsh Wilkins Creighton LLP, to the Blood Tribe Department of Health;
- b. The communications were confidential; and
- c. The communications were received as a direct result of the seeking of legal advice by the Blood Tribe Department of Health and were in the form of legal advice from Walsh Wilkins Creighton LLP.

[8] In further communications between the Department and the Commissioner's office, the Department proposed that Ms. Rabbit-Young Pine's affidavit be treated as *prima facie* evidence that the bundle of letters was subject to privilege. The Commissioner's staff, in turn, took the position that the claim of solicitor-client privilege had to be verified by examining the letters.

[9] On October 27, 2003 Mr. Weasel Head was served with an order for the production of records signed by Heather Black, Assistant Privacy Commissioner of Canada, to whom the authority to order production had been delegated by the Commissioner. The order, issued pursuant to paragraphs 12(1)(a) and (c) of the PIPED Act, required production of "[t]he documents referred to as a bundle of letters from Walsh Wilkins Creighton LLP."

[10] Mr. Weasel Head has not produced the bundle of letters and the Department has brought this application for judicial review challenging the legality of the Assistant Commissioner's order. The Commissioner has not formed an opinion as to whether privilege attaches or does not attach to the documents.

[11] The bundle of letters does not form part of the record before the Court. The Court has not been asked to rule on whether the claim of privilege is well founded

[7] Les documents étaient plus précisément décrits ainsi dans l'affidavit de M<sup>me</sup> Rabbit-Young Pine:

[TRADUCTION]

- a. lettres écrites par nos conseillers juridiques, Walsh Wilkins Creighton LLP, au Blood Tribe Department of Health;
- b. les communications étaient confidentielles;
- c. les communications ont été reçues en conséquence directe de la consultation d'un avocat par le Blood Tribe Department of Health et elles avaient la forme d'avis juridiques donnés par le cabinet Walsh Wilkins Creighton LLP.

[8] Dans des communications ultérieures échangées entre le Service et le Commissariat, le Service proposait que l'affidavit de M<sup>me</sup> Rabbit-Young Pine tienne lieu de preuve *prima facie* selon laquelle il existait un privilège à l'égard de la liasse de lettres. Le personnel du Commissariat était quant à lui d'avis que la revendication du privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client devait être vérifiée par examen des lettres.

[9] Le 27 octobre 2003, M. Weasel Head recevait signification d'une ordonnance lui enjoignant de produire les documents. Elle était signée par Heather Black, commissaire adjointe à la protection de la vie privée du Canada, à qui le pouvoir d'ordonner la production de documents avait été délégué par le commissaire<sup>1</sup>. L'ordonnance, délivrée en vertu des alinéas 12(1)a) et c) de la LPRPDE, exigeait la production [TRADUCTION] «des documents formant une liasse de lettres reçues du cabinet Walsh Wilkins Creighton LLP».

[10] M. Weasel Head n'a pas produit la liasse de lettres et le Service a présenté la présente demande de contrôle judiciaire pour contester la légalité de l'ordonnance délivrée par la commissaire adjointe. Le commissaire n'a pas émis d'opinion sur le point de savoir s'il existe ou non un privilège à l'égard des documents.

[11] La liasse de lettres ne fait pas partie du dossier dont la Cour est saisie. La Cour n'a pas été invitée à dire si la revendication de privilège est ou non fondée en ce

with respect to the content of the documents in question, nor is there any evidence on the record to indicate what effect, if any, the content of the letters would have on the Commissioner's investigation.

#### ISSUE

[12] I frame the issue in these proceedings as follows:

Does the Privacy Commissioner, in the context of investigating an alleged breach of obligations under the PIPED Act, have the authority to compel production of documents over which solicitor-client privilege is asserted, for the purpose of verifying that claim?

#### THE LEGISLATION IN QUESTION

[13] Part 1 of the PIPED Act deals with the protection of personal information in the private sector. Section 3 describes the purpose of Part I:

3. The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

[14] The authority to compel production of documents from organizations that are the subject of an investigation under Part 1 of the statute is set out in section 12. The relevant portions of section 12 are paragraphs 12(1)(a) and (c) which state as follows:

12. (1) The Commissioner shall conduct an investigation in respect of a complaint and, for that purpose, may

(a) summon and enforce the appearance of persons before the Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce any records and things that the Commissioner considers necessary to investigate the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

qui a trait au contenu des documents en cause, et le dossier ne renferme non plus aucun élément précisant l'effet que le contenu des lettres pourrait avoir sur l'enquête du commissaire.

#### POINT LITIGIEUX

[12] Je formule ainsi le point soulevé dans la présente instance:

Le commissaire à la protection de la vie privée a-t-il, lorsqu'il enquête sur une présumée violation d'obligations prévues par la LPRPDE, le pouvoir de contraindre à la production de documents pour lesquels est revendiqué le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client, et cela pour s'assurer du bien-fondé de la revendication?

#### DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[13] La partie 1 de la LPRPDE traite de la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. L'article 3 décrit l'objet de la partie 1:

3. La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[14] Le pouvoir de contraindre à la production de documents une organisation qui est l'objet d'une enquête selon la partie 1 du texte est prévu à l'article 12. Les portions applicables de l'article 12 sont les alinéas 12(1)(a) et (c), ainsi rédigés:

12. (1) Le commissaire procède à l'examen de toute plainte et, à cette fin, a le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les documents ou pièces qu'il juge nécessaires pour examiner la plainte dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

...

[...]

(c) receive and accept any evidence and other information, whether on oath, by affidavit or otherwise, that the Commissioner sees fit, whether or not it is or would be admissible in a court of law; [Emphasis added.]

c) de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements—fournis notamment par déclaration verbale ou écrite sous serment—qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux; [Non souligné dans l'original.]

### Standard of Review

[15] Although there was no controversy between the parties on this question, before proceeding to an analysis of the issue, it is necessary to determine the appropriate standard of review. The pragmatic and functional approach directs that four factors must be considered by the Court in determining the standard of review for a particular administrative decision: (1) the existence of any privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court in regard to the question at issue; (3) the purpose(s) of the legislation as a whole and the provisions at issue in particular; and (4) the nature of the question—being law, fact or mixed fact and law: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[16] With respect to the first factor, there is no privative clause or statutory right of appeal relating to the exercise of the Commissioner's authority under section 12. This would suggest that the factor is neutral. However, the Federal Court of Appeal concluded in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2003), 308 N.R. 135 that where review of a decision is available pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], an intermediate level of review is suggested.

[17] Second, while the Commissioner's expertise with respect to the conduct of its investigations deserves respect, the central question at issue in these proceedings involves the proper interpretation of the Act as it touches

### Norme de contrôle

[15] Il n'y avait pas de divergence de vues entre les parties sur cet aspect, mais, avant de faire l'analyse de la question, il est nécessaire de dire quelle norme de contrôle est applicable. Selon l'approche pragmatique et fonctionnelle, la Cour doit examiner quatre facteurs pour savoir quelle norme de contrôle est applicable à une décision administrative donnée: 1) l'existence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi, 2) la spécialisation du tribunal administratif par rapport à celle de la juridiction de contrôle en ce qui concerne le point à décider, 3) l'objet du texte législatif dans son ensemble, et en particulier des dispositions en cause, et 4) la nature de la question—question de droit, question de fait ou question mixte de droit et de fait: *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; *Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[16] S'agissant du premier facteur, aucune clause privative ni aucun droit d'appel d'origine législative ne s'attachent à l'exercice du pouvoir conféré au commissaire par l'article 12. Ce facteur serait donc de portée neutre. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a jugé, dans l'arrêt *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)* (2003), 308 N.R. 135, que, lorsque le contrôle d'une décision administrative est possible en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], la norme de contrôle est une norme de niveau intermédiaire.

[17] Deuxièmement, bien qu'il faille déférer à la spécialisation du commissaire en ce qui a trait à la conduite de ses enquêtes, la question essentielle à décider dans la présente instance concerne la manière

on the powers of the Commissioner during the course of an investigation. The Court is as well suited to answer this question as is the Privacy Commissioner, which suggests less deference.

[18] The third factor relates to the purpose of the statute as a whole and the particular provisions in question. As the Federal Court of Appeal has noted, at least one purpose of the PIPED Act is “undoubtedly directed at the protection of an individual’s privacy”: *Englander v. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572, at paragraph 38.

[19] This purpose is balanced with the interests of commercial organizations to collect, use and disclose personal information. The question of where that balance may lie or whether the applicant Department has the right to collect and retain personal information does not arise in these proceedings although I would note that Ms. Soup’s complaint contained allegations that information about her had been improperly obtained and used by the Department.

[20] The Supreme Court of Canada has held that the *Privacy Act* preserves and enhances the autonomy of the individual in a free and democratic society and thus enjoys quasi-constitutional status: *Lavigne v. Canada (Commissioner of Official Languages)* (1998), 157 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *affd* (2000), 261 N.R. 19 (F.C.A.); *affd* [2002] 2 S.C.R. 773. While the Supreme Court has yet to pronounce on whether the PIPED Act should be accorded similar recognition, my colleague Justice Lemieux had no hesitation in reaching that conclusion in *Eastmond v. Canadian Pacific Railway* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275 (F.C.), at paragraph 100. I agree, in so far as the statute accords protection to the privacy interests of the individual.

[21] Turning to the purpose of the specific provision in question, section 12 of the PIPED Act was enacted, in my view, to equip the Privacy Commissioner with the necessary tools to independently investigate a complaint and to prepare a report on her findings and recommendations. In this instance, the objective of the

d’interpréter la Loi dans la mesure où elle intéresse les pouvoirs exercés par le commissaire au cours d’une enquête. La Cour est aussi à même de répondre à cette question que le commissaire à la protection de la vie privée, ce qui signale une retenue moindre.

[18] Le troisième facteur concerne l’objet du texte législatif dans son ensemble et en particulier celui des dispositions en cause. Ainsi que l’a fait observer la Cour d’appel fédérale, un objet au moins de la LPRPDE est «certes axé sur la protection de la vie privée des personnes»: *Englander c. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572, au paragraphe 38.

[19] Cet objet doit être mis en équilibre avec l’intérêt des organisations commerciales pour la collecte, l’utilisation et la divulgation de renseignements personnels. La question de savoir où réside cet équilibre ou si le Service, ici demandeur, a le droit de recueillir et de conserver des renseignements personnels ne se pose pas dans la présente instance, même si, me semble-t-il, M<sup>me</sup> Soup affirmait dans sa plainte que des renseignements la concernant avaient été irrégulièrement obtenus et utilisés par le Service.

[20] La Cour suprême du Canada a jugé que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* préserve et renforce l’autonomie de la personne dans une société libre et démocratique et qu’elle jouit par conséquent d’un statut quasi constitutionnel: *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)* (1998), 157 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (2000), 261 N.R. 19 (C.A.F.); *conf. par* [2002] 2 R.C.S. 773. On ne sait pas si la Cour suprême reconnaîtra un jour ce même statut à la LPRPDE, mais mon collègue le juge Lemieux n’a eu aucune hésitation à tirer cette conclusion dans la décision *Eastmond c. Canadien Pacifique Ltée* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275 (C.F.), au paragraphe 100. Je partage son avis, dans la mesure où le texte législatif protège la vie privée.

[21] S’agissant de l’objet de la disposition particulière en cause, l’article 12 de la LPRPDE a été promulgué, à mon avis, pour donner au commissaire à la protection de la vie privée les instruments qui lui permettront d’enquêter indépendamment sur une plainte et de rédiger un rapport sur ses conclusions et recommandations. En

investigation is to determine whether the individual's right to examine her personal information, subject to the limitations prescribed by the statute, has been infringed. The relevant limitation in this case is the exception provided by subsection 9(3) which excludes information subject to solicitor-client privilege. It would seem, at first impression, necessary for the Commissioner to examine the information in question so as to assess whether the exception applies. This would suggest deference should be shown to the Commissioner's decision to employ the production order as a means to effectively conduct her investigation.

[22] The final factor is the nature of the issue—is it one of fact, mixed fact and law or a question of pure law? As determined by Dawson J., in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181 (F.C.), at paragraph 169 and again at paragraph 350, an issue of pure law and statutory interpretation favours a more searching analysis and points to review on the correctness standard. The issue in these proceedings, as framed above, is one of pure law and statutory interpretation. There is no finding of fact or of mixed fact and law at issue.

[23] Balancing the factors, I conclude that the appropriate standard of review of the Commissioner's decision respecting her authority to order production of documents subject to a claim of solicitor-client privilege is correctness. Thus the production order should be set aside if the Commissioner erred in deciding that she had the authority to assess privileged information.

#### SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE

[24] It is helpful to review the principles that apply to solicitor-client privilege. The substantive rule was formulated by Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 [at page 875] as follows:

l'espèce, l'objectif de l'enquête est de dire si le droit d'une personne d'examiner ses renseignements personnels, sous réserve des limites prévues par la loi, a été violé. Ici, la limite est en l'occurrence l'exception prévue par le paragraphe 9(3), qui exclut les renseignements protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client. Il semblerait à première vue nécessaire que le commissaire examine les renseignements en cause pour savoir si l'exception est applicable. Une certaine retenue devrait donc être montrée envers la décision du commissaire de recourir, comme moyen de mener adéquatement son enquête, à une ordonnance de produire des documents.

[22] Le dernier facteur concerne la nature de la question—s'agit-il d'une question de fait, d'une question de droit ou d'une question mixte de droit et de fait? Comme l'expliquait la juge Dawson dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181 (C.F.), au paragraphe 169, et de nouveau au paragraphe 350, une pure question de droit et d'interprétation des lois commande une analyse plus rigoureuse et signale un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Le point à décider dans la présente instance, formulé plus haut, est une pure question de droit et d'interprétation des lois. Aucune conclusion de fait ou conclusion mixte de droit et de fait n'est en cause.

[23] Mettant les facteurs en équilibre, j'arrive à la conclusion que la norme de contrôle de la décision du commissaire concernant son pouvoir d'ordonner la production de documents pour lesquels existe prétendument le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client est la norme de la décision correcte. L'ordonnance de produire les documents devrait donc être annulée si le commissaire s'est trompé en disant avoir le pouvoir d'évaluer les renseignements privilégiés.

#### PRIVILÈGE DU SECRET PROFESSIONNEL LIANT L'AVOCAT À SON CLIENT

[24] Il est utile de passer en revue les principes qui régissent le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client. La règle de fond a été formulée ainsi par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 [à la 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.
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.

[25] These principles were reiterated by the Supreme Court of Canada in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209. At paragraph 36 of the reasons for the majority, Justice Arbour cited the following statement by Major J. in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 45:

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such it will only yield in certain clearly defined circumstances and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Underlining added by Arbour J.]

[26] In *Lavallee*, the Supreme Court concluded that stringent norms were required to ensure the protection of the privilege. Any legislative provision that interferes with solicitor-client privilege more than is absolutely necessary would be labelled as unreasonable. In the specific context before the Court, a challenge to section 488.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 71; 2000, c. 17, s. 89; 2001, c. 41, s. 80] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] dealing with searches and seizures in lawyers offices, it was held that the enactment violated section 8 of the *Canadian Charter of Rights and*

[25] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. C Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209. Au paragraphe 36 des motifs des juges majoritaires, la juge Arbour reprenait les propos suivants tenus, au paragraphe 45, par le juge Major dans l'arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445:

Toutefois, le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Souligné par le juge Arbour.]

[26] Dans l'arrêt *Lavallee*, la Cour suprême a conclu que des normes rigoureuses étaient requises pour assurer la protection du privilège. Toute disposition légale entravant plus qu'il n'est absolument nécessaire le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client serait qualifiée d'abusive. Dans le contexte particulier soumis à la Cour suprême, à savoir une contestation de l'article 488.1 [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 71; 2000, ch. 17, art. 89; 2001, ch. 41, art. 80] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] portant sur les fouilles, perquisitions et saisies

*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]] as it did not meet a standard of minimal impairment of the protected right.

[27] The Supreme Court of Canada had occasion to revisit the subject in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, which dealt with a legal opinion prepared by in-house counsel. The Ontario Human Rights Commission refused to disclose the opinion in an application for judicial review relating to its decision not to proceed with the investigation of a complaint. The Court concluded that the privilege attached to protect such work, notwithstanding the broad terms of section 10 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1 that required filing of the “record of the proceedings in which the decision was made.” Justice Major said this for the Court, at paragraph 33:

Legislation purporting to limit or deny solicitor-client privilege will be interpreted restrictively: see *Lavallee, supra*, at para.18. Solicitor-client privilege cannot be abrogated by inference. While administrative boards have the delegated authority to determine their own protection, the exercise of that authority must be in accordance with natural justice and the common law.

[28] In *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, Justice Dawson of this Court had occasion to review the principles established by the jurisprudence in considering the scope of section 36 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1] and in particular, subsection 36(2) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Subsection 36(1) contains broad investigatory powers similar to those provided the Privacy Commissioner under section 12 of the PIPED Act, as does also section 34 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 6] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

menées dans des cabinets juridiques, la Cour a jugé que la disposition contrevenait à l'article 8 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]] parce qu'elle ne respectait pas la norme de l'atteinte minimale au droit protégé.

[27] La Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'examiner de nouveau la question dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809. Cette affaire concernait un avis juridique rédigé par un avocat interne. La Commission ontarienne des droits de la personne avait refusé de communiquer l'avis dans une demande de contrôle judiciaire se rapportant à sa décision de ne pas enquêter sur une plainte. La Cour suprême a conclu que le privilège s'attachait à la protection de cet avis, et cela en dépit de la généralité de l'article 10 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, qui exigeait le dépôt du «dossier de l'instance d'où émane la décision». S'exprimant pour la Cour, le juge Major écrivait, au paragraphe 33:

Un texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du privilège avocat-client sera interprété restrictivement: voir *Lavallee*, précité, par. 18. Le privilège avocat-client ne peut être supprimé par inférence. Si, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, un organisme administratif est maître de sa procédure, il reste que ces pouvoirs doivent être exercés conformément aux règles de justice naturelle et à la common law.

[28] Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, la juge Dawson, de la Cour fédérale, a eu l'occasion de revoir les principes établis par la jurisprudence, en examinant la portée de l'article 36 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1], et en particulier du paragraphe 36(2), de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Le paragraphe 36(1) confère de vastes pouvoirs d'enquête semblables à ceux dont est investi le commissaire à la protection de la vie privée en vertu de l'article 12 de la LPRPDE, et l'article 34 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, confère lui aussi des pouvoirs d'enquête tout aussi étendus.

[29] In the relevant portion of the case before Justice Dawson, the Information Commissioner had issued a subpoena for the production of certain documents from the Privy Council Office that were said to be subject to solicitor-client privilege. The applicants sought judicial review of that decision. They acknowledged that the Commissioner had, *prima facie*, the jurisdiction to compel the production of all documents, privileged or not, within the control of a government institution, that are relevant to a matter the Commissioner is investigating. The applicants argued, applying the *Lavallee* test, the Commissioner could not examine materials subject to a claim of solicitor-client privilege unless it was absolutely necessary to his investigation and that this test had not been met. Thus section 36, and, in particular, subsection 36(2) had to be interpreted restrictively so as to preclude the Commissioner from obtaining the documents.

[30] Subsection 36(2) reads as follows:

36. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds.

[31] In dealing with the argument that subsection 36(2) must be interpreted restrictively, Justice Dawson made these comments at paragraphs 356-358:

First, the jurisprudence of the Court expounds that the Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. To the extent that the Act specifies that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government, the applicants' interpretation of subsection 36(2) would impose a significant restriction on the ability of the Commissioner to conduct his investigation and independent review.

Second, had Parliament failed to enact subsection 36(2) of the Act, the principles articulated in *Lavallee* might well have applied to limit the general power to compel the production of documents which is found in paragraph 36(1)(a) of the Act. However, in my view, by enacting subsection 36(2) Parliament

[29] Dans la portion pertinente du cas soumis à la juge Dawson, le commissaire à l'information avait délivré une assignation pour obtenir du Bureau du Conseil privé la production de certains documents pour lesquels existait prétendument le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client. Les demandeurs ont sollicité le contrôle judiciaire de cette décision. Ils reconnaissaient que le commissaire avait à première vue le pouvoir de contraindre à la production de tout document, privilégié ou non, relevant d'une institution fédérale et intéressant une affaire sur laquelle le commissaire enquête. Mais ils ont fait valoir, appliquant le critère *Lavallee*, que le commissaire ne pouvait pas examiner des documents sujets au privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client sauf si cela était absolument nécessaire pour son enquête, et selon eux ce critère n'avait pas été observé. L'article 36, en particulier son paragraphe (2), devait donc être interprété d'une manière restrictive afin d'empêcher le commissaire d'obtenir les documents.

[30] Le paragraphe 36(2) est ainsi formulé:

36. [. . .]

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

[31] En réponse à l'argument selon lequel le paragraphe 36(2) devait être interprété d'une manière restrictive, la juge Dawson s'est exprimée ainsi, aux paragraphes 356 à 358:

Premièrement, selon la jurisprudence de la Cour, la Loi doit être interprétée d'une façon libérale et fondée sur l'objet visé. Dans la mesure où la Loi précise que les décisions portant sur la divulgation de renseignements de l'administration doivent être examinées d'une façon indépendante de l'administration, l'interprétation que les demandeurs donnent au paragraphe 36(2) imposerait une restriction importante à la capacité du commissaire de conduire son enquête et de procéder à un examen indépendant.

Deuxièmement, si le législateur avait omis d'édicter le paragraphe 36(2) de la Loi, les principes énoncés dans l'arrêt *Lavallee* auraient bien pu s'appliquer pour limiter le pouvoir général d'ordonner la production de pièces qui est prévu à l'alinéa 36(1)a) de la Loi. Toutefois, à mon avis, en édictant le

used words that clearly evince its intent that the Commissioner is to have access to any record required by the Commissioner in the course of his investigation, notwithstanding “any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence”. To read subsection 36(2) as the applicants submit would, to paraphrase the words of Mr. Justice Létourneau in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, *supra*, at paragraph 33, read in limiting words not found there and would circumvent the intention of Parliament.

Third, in my view, this interpretation is consistent with the role of the Commissioner and the whole scheme of the Act. The Commissioner has the statutory duty under the Act to protect the privileged information communicated to him under subsection 36(2) of the Act for his independent review of an access complaint. Sensitive information is to be provided to the Commissioner so that he can properly perform his functions. While in a case the Commissioner might recommend disclosure of a privileged document, he has no power to disclose documents. Where a privileged document is produced to the Commissioner that is not the subject of an access request, but is a document relevant or ancillary to that access request, the Commissioner’s ability to use the document in Court in review proceedings without putting the document on the public record is facilitated by the Court’s confidentiality rules and practice. The application of this practice is demonstrated in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.) (*Ethyl* case).

[32] While the general power to compel production found in section 12 of the PIPED Act is similar to that available to the Information Commissioner under subsection 36(1) of the *Access to Information Act*, subsection 36(2) and the similar language found in subsection 34(2) of the *Privacy Act* is not replicated in section 12 of the PIPED Act.

[33] The question of whether a Commissioner appointed under the authority of the *Ontario Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25 and the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41 has the power to compel the production of documents for which solicitor-client privilege is claimed, came before the Ontario Divisional Court in *Lyons v. Toronto (Computer Leasing Inquiry—Bellamy Commission)* (2004), 70 O.R. (3d)

paragraphe 36(2), le législateur a employé des mots qui indiquent clairement son intention, à savoir que le commissaire doit, pour les enquêtes, avoir accès à tous les documents indispensables, «[n]onobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve». Interpréter le paragraphe 36(2) comme les demandeurs le préconisent serait, pour paraphraser les remarques que le juge Létourneau a faites dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, précité, paragraphe 33, incorporer des mots restrictifs qui ne s’y trouvent pas et cela irait à l’encontre de l’intention du législateur.

Troisièmement, à mon avis, cette interprétation est conforme au rôle du commissaire et au régime de la Loi dans son ensemble. Le commissaire est tenu, en vertu de la Loi, de protéger les renseignements privilégiés qui lui sont communiqués en vertu du paragraphe 36(2) de la Loi pour qu’il puisse procéder à un examen indépendant de la plainte. Les renseignements de nature délicate doivent être fournis au commissaire, de façon qu’il puisse exercer ses fonctions comme il se doit. Dans un cas, le commissaire pourrait recommander la communication d’une pièce privilégiée, mais il n’est pas autorisé à communiquer les pièces. Lorsqu’une pièce privilégiée qui ne fait pas l’objet d’une demande de communication est produite, mais qu’il s’agit d’une pièce pertinente ou accessoire à cette demande de communication, les règles et pratiques de la Cour en matière de confidentialité permettent plus facilement au commissaire d’utiliser cette pièce dans les procédures de révision engagées devant la Cour sans la verser au dossier public. L’application de cette pratique est démontrée dans l’arrêt *Canada (Commissaire de l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (C.A.F.) (affaire *Ethyl*).

[32] Le pouvoir général de contraindre à la production de documents, un pouvoir conféré par l’article 12 de la LPRPDE, est semblable au pouvoir dont est investi le commissaire à l’information par le paragraphe 36(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*, mais le texte du paragraphe 36(2), auquel correspond le paragraphe 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, n’est pas reproduit dans l’article 12 de la LPRPDE.

[33] Le point de savoir si un commissaire nommé sous l’autorité de la *Loi de 2001 sur les municipalités* de l’Ontario, L.O. 2001, ch. 25, et sous l’autorité de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41, a le pouvoir de contraindre à la production de documents pour lesquels est revendiqué le privilège du secret professionnel liant l’avocat à son client a été soumis à la Cour divisionnaire de l’Ontario dans l’affaire *Lyons v.*

39 (S.C.J.).

[34] In *Lyons*, a witness subpoenaed to appear before the inquiry objected to anyone, other than his own solicitor, examining the contents of 18 sealed boxes of documents to determine whether the privilege applied. The Commissioner ordered that the boxes were to be unsealed by Commission counsel and the contents reviewed for relevance and possible solicitor-client privilege. Any questioned documents were to be referred to a Superior Court Justice to determine disputed questions of privilege. In upholding that decision, the Divisional Court held that the screening process adopted by the Commissioner minimally impaired solicitor-client privilege.

[35] Under section 11 of the *Public Inquiries Act*, nothing was admissible in evidence at the inquiry “that would be inadmissible in a court by reason of any privilege under the law of evidence.” Thus, the boxed material, if found to be privileged, could not have been introduced in the inquiry proceedings. In contrast, paragraph 12(1)(c) of the PIPED Act provides that the Privacy Commissioner may receive and accept any evidence and other information “whether or not it is or would be admissible in a court of law.”

#### ANALYSIS

[36] In the applicant’s view, there are competing rights at play in these proceedings and they are those of Ms. Soup’s right to disclosure of her personnel file and the Department’s right to keep confidential documents to which solicitor-client privilege attaches. The applicant argues that the Privacy Commissioner has no independent right to examine the documents in order to determine whether they are privileged or not. The Commissioner, so the argument goes, is a third party against whom the privilege operates as a shield to prevent disclosure of solicitor-client confidences.

*Toronto (Computer Leasing Inquiry—Bellamy Commission)* (2004), 70 O.R. (3d) 39 (C.S.J.).

[34] Dans l’affaire *Lyons*, un témoin assigné à comparaître devant la commission d’enquête s’opposait à ce que quiconque, si ce n’est son propre avocat, examine le contenu de 18 boîtes scellées de documents pour savoir si le privilège s’y appliquait. Le commissaire avait décidé que les boîtes seraient ouvertes par l’avocat de la commission, qui examinerait leur contenu pour juger de leur utilité et de l’application d’un possible privilège du secret professionnel liant l’avocat à son client. Les documents suscitant un doute seraient soumis à un juge de la Cour supérieure, qui statuerait sur les questions contestées portant sur le privilège. Confirmant cette décision, la Cour divisionnaire a jugé que le processus d’examen préalable adopté par le commissaire portait une atteinte minimale au privilège du secret professionnel liant l’avocat à son client.

[35] Selon l’article 11 de la *Loi sur les enquêtes publiques*, était inadmissible en preuve au cours de l’enquête «ce qui serait inadmissible en preuve devant un tribunal judiciaire en raison d’un privilège reconnu en droit de la preuve». Les documents contenus dans les boîtes, s’ils avaient effectivement été des documents privilégiés, n’auraient donc pas pu être produits aux fins de l’enquête. En revanche, l’alinéa 12(1)c) de la LPRPDE prévoit que le commissaire à la protection de la vie privée peut recevoir les éléments de preuve ou les renseignements «indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux».

#### ANALYSE

[36] De l’avis du demandeur, il y a dans la présente instance des droits antagonistes, à savoir celui de M<sup>me</sup> Soup à la communication de son dossier d’emploi et celui du Service à la confidentialité des documents pour lesquels existe le privilège du secret professionnel liant l’avocat à son client. Le demandeur fait valoir que le commissaire à la protection de la vie privée n’a pas un droit inhérent d’examiner les documents pour pouvoir dire s’ils sont privilégiés ou non. Le commissaire, d’affirmer le demandeur, est une tierce partie contre qui le privilège tient lieu de bouclier pour empêcher la communication d’échanges entre un avocat et son client.

[37] The Commissioner, in response, argues that this is a fundamental misconception of the role of her office. The Commissioner, in carrying out her duties, is a neutral ombudsperson, whose role is that of a fact-finder. She makes no findings of civil or criminal liability and does not establish legal entitlements between any parties: *Rowat v. Canada (Information Commissioner)* (2000), 77 C.R.R. (2d) 79 (F.C.T.D.), at paragraph 28.

[38] I agree with the respondent that the question of competing rights between Ms. Soup and the applicant is not determinative in considering the scope of the authority granted to the Commissioner to perform her duties. Given the central role of the Privacy Commissioner in achieving the important objects of the legislative scheme, that authority should be given a broad and purposive interpretation.

[39] Parliament has given the Commissioner the power to intervene in disputes between individuals and organizations over the retention and use of personal information, the responsibility to determine the facts and the duty to prepare a report on her findings. I agree with the respondent that she cannot effectively perform that role if she is denied access to the information necessary to ascertain the facts merely on the assertion of a claim of privilege.

[40] The applicant acknowledges that the Commissioner has a broad power to compel production but argues that *Lavallee* requires that her authority must be interpreted restrictively where the documents that the Commissioner seeks to examine are presumptively privileged. In this case, the applicant submits, the documents described as a “bundle of letters” from its solicitors should be presumed to fall within the scope of the privilege, without examination: *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193.

[41] *Maranda* dealt with the search of a lawyer’s office by the police in the course of an investigation into suspected drug trafficking and money laundering. The police were looking for evidence in relation to the

[37] Le commissaire répond que c’est là méconnaître fondamentalement le mandat dont il est investi. Dans l’accomplissement de sa tâche, le commissaire est un médiateur neutre, dont le rôle consiste à établir des faits. Il ne conclut pas à la responsabilité civile ou pénale de quiconque, ni ne conclut à l’existence de droits d’une partie à l’égard d’une autre: *Rowat c. Canada (Commissaire à l’information)* (2000), 77 C.R.R. (2d) 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 28.

[38] Je souscris à l’avis du défendeur selon lequel l’existence de droits antagonistes entre M<sup>me</sup> Soup et le demandeur n’est pas déterminante en ce qui concerne le champ des pouvoirs conférés au commissaire dans l’accomplissement de son mandat. Vu le rôle essentiel qu’exerce le commissaire à la protection de la vie privée pour réaliser les importants objets du texte législatif, les pouvoirs du commissaire doivent être interprétés d’une manière libérale, conforme à l’objet visé.

[39] Le législateur a attribué au commissaire le pouvoir d’intervenir dans des différends séparant des particuliers et des organismes à propos de la conservation et de l’utilisation de renseignements personnels, la tâche d’établir les faits et l’obligation de rédiger un rapport sur ses constatations. Je reconnais avec le défendeur qu’il ne saurait exercer efficacement ce rôle s’il lui est impossible d’obtenir les renseignements nécessaires pour constater les faits simplement parce qu’un privilège est revendiqué.

[40] Le demandeur reconnaît que le commissaire est investi d’un large pouvoir de contraindre à la production de documents, mais il fait valoir que, selon l’arrêt *Lavallee*, le pouvoir du commissaire doit être interprété d’une manière restrictive lorsque les documents que le commissaire voudrait examiner sont présumés être privilégiés. En l’espèce, de dire le demandeur, les documents désignés comme une «diasse de lettres» provenant de ses avocats devraient être réputés relever du champ du privilège, et cela sans examen: *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193.

[41] L’affaire *Maranda* concernait la perquisition menée dans un cabinet d’avocat par la police à l’occasion d’une enquête portant sur un présumé trafic de stupéfiants et un présumé blanchiment d’argent. La

suspected transfer of property, obtained by crime, to the lawyer as payment for his services. In upholding the trial Judge's finding that the search was unreasonable under section 8 of the Charter—and the authorizing legislation unconstitutional—the Supreme Court held that solicitor-client privilege should be presumed to apply to lawyers' billings for fees and disbursements. *Maranda* clarified that in the criminal law context, the only exceptions to the principle of confidentiality that will be tolerated would be limited, strictly defined and strictly controlled to avoid lawyers becoming a resource to be used in the prosecution of their clients, thus jeopardizing the constitutional protection against self-incrimination enjoyed by their clients.

[42] The applicant relies also upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] F.C. 184 (C.A.) which held that the broad investigative powers in subsection 10(1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 did not directly or by implication abrogate the doctrine of solicitor-client privilege. This decision was one of the first to hold that the privilege was more than just a rule of evidence controlling the use of privileged material as evidence. The Court concluded that the Director was not entitled to have access to documents in respect to which the privilege existed for the purpose of his investigation. As stated by Chief Justice Jaccett at page 194, this would be a "compulsory form of pre-prosecution discovery" breaching a fundamental conception of justice.

[43] Both *Maranda* and *Shell Canada* dealt with the collection of evidence to support criminal prosecutions. Privileged material was at risk of disclosure to the very investigative agencies that could pursue criminal charges against the lawyers' clients. That situation does not arise in this context. The Privacy Commissioner does not have the power to initiate charges or to prosecute for the commission of offences. She can only investigate and report her findings. Any subsequent action to enforce the complainant's right of access requires an application to

police recherchait des éléments attestant un présumé transfert de biens, obtenus criminellement, à l'avocat, pour paiement de ses services. Confirmant la conclusion du juge de première instance selon laquelle la perquisition était abusive aux termes de l'article 8 de la Charte—et le texte législatif habilitant inconstitutionnel—la Cour suprême a jugé que le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client est réputé s'appliquer aux mémoires d'honoraires et de débours des avocats. L'arrêt *Maranda* a eu pour effet de préciser que, en droit criminel, les seules exceptions au principe de la confidentialité qui seront tolérées seraient limitées, strictement définies et strictement contrôlées afin d'éviter que les avocats deviennent une ressource à exploiter lorsque leurs clients sont poursuivis, compromettant ainsi le droit fondamental de leurs clients de ne pas être contraints de témoigner contre eux-mêmes.

[42] Le demandeur invoque aussi l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] C.F. 184 (C.A.). La Cour d'appel fédérale avait jugé dans cette affaire que les vastes pouvoirs d'enquête conférés par le paragraphe 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, n'abrogeaient pas, directement ou implicitement, le principe du privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client. Cet arrêt était l'un des premiers à dire que le privilège était plus qu'une simple règle de preuve régissant l'utilisation de documents privilégiés comme éléments de preuve. Selon la Cour, le directeur n'avait pas le droit, aux fins de son enquête, d'obtenir communication de documents auxquels s'appliquait le privilège. Ainsi que le disait le juge en chef Jaccett à la page 194, ce serait là une «formule obligatoire d'examen antérieur à la poursuite», qui porterait atteinte à une idée fondamentale de la justice.

[43] Les arrêts *Maranda* et *Shell Canada* concernaient tous deux la collecte de preuves au soutien de poursuites criminelles. Des documents confidentiels risquaient d'être communiqués aux organismes d'enquête eux-mêmes qui pouvaient porter des accusations criminelles contre les clients d'avocats. Ce n'est pas la situation à laquelle nous avons affaire ici. Le commissaire à la protection de la vie privée n'a pas le pouvoir de porter des accusations ou d'engager des poursuites pour la perpétration d'infractions. Il peut

the Court.

[44] The fact that the letters in question emanated from the applicant's solicitors does indicate that great care must be taken to ensure that, if privileged, their content is not disclosed to the complainant or to any person, other than to the Commissioner and only for a limited purpose. I am not persuaded by the applicant's arguments that there is a substantial and unacceptable risk of broader disclosure.

[45] An assurance of confidentiality was offered at the outset of the investigation in respect of all of the information sought from the applicant. That assurance is, in my view, supported by the scheme of the Act.

[46] Subsection 20(1) of the PIPED Act states as follows:

20. (1) Subject to subsections (2) to (5), 13(3) and 19(1), the Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge as a result of the performance or exercise of any of the Commissioner's duties or powers under this Part.

[47] The applicant contends that disclosing privileged information to the Commissioner would create an unacceptable level of risk, because the legislation provides no specific protection for the material once it comes into the hands of the Commissioner, and by contrast, there are a number of sections of the PIPED Act that allow the Commissioner to make information public: subsections 20(2),(3),(4) and 13(3).

[48] The applicant finds support for its argument in *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, where the British Columbia Court of Appeal held that a decision by the provincial Information and Privacy Commissioner that placed solicitor-client privilege at risk was not acceptable, even if it was, in other respects, "reasonable". The decision in question was an order to disclose to a journalist the names of the lawyers who

uniquement instruire une plainte et faire rapport sur ses conclusions. Toute mesure ultérieure visant à faire reconnaître le droit du plaignant à la communication de documents requiert une demande adressée à la Cour.

[44] Les lettres en cause émanaient des avocats du demandeur et cela montre manifestement qu'il faut soigneusement s'assurer que, si les lettres sont sujettes au privilège, leur contenu ne sera pas communiqué à la plaignante ou à quiconque, si ce n'est au commissaire et pour une fin précise. Je ne suis pas persuadé par les arguments du demandeur, qui allègue un risque appréciable et inacceptable de communication élargie.

[45] Une garantie de confidentialité a été offerte au tout début de l'enquête pour l'ensemble des renseignements que le demandeur était prié de communiquer. Cette garantie est à mon avis appuyée par l'économie de la Loi.

[46] Le paragraphe 20(1) de la LPRPDE prévoit ce qui suit:

20. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), 13(3) et 19(1), le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance par suite de l'exercice des attributions que la présente partie confère au commissaire.

[47] Le demandeur prétend que la communication au commissaire de renseignements confidentiels entraînerait un niveau inacceptable de risque, parce que la législation n'offre aucune protection particulière pour les documents une fois qu'ils se trouvent entre les mains du commissaire et que, au contraire, plusieurs articles de la LPRPDE permettent au commissaire de rendre publics certains renseignements: paragraphes 20(2),(3),(4) et 13(3).

[48] Le demandeur fait reposer son argument sur l'arrêt *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'une décision du commissaire provincial à l'information et à la protection de la vie privée qui mettait en péril le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client n'était pas acceptable, même si telle décision était, à d'autres

were the top five “billers” to the Legal Services Society. At issue was the right to access information held by a publicly funded organization that administered the legal aid program in the province. The Court of Appeal, in balancing the access interest with the principle of solicitor-client privilege, concluded that such disclosure posed an unacceptable risk of revealing confidential information concerning the lawyers’ clients.

[49] That risk does not arise, in my view, with respect to the Commissioner’s decision to order production under the PIPED Act. Her authority to disclose information obtained in the course of an investigation is limited to the exceptional and limited purposes set out in section 20. Her authority does not include disclosure to the complainant, as was ordered in the *Legal Services Society* case. The section 20 exceptions have no application, in my view, to documents subject to a claim of solicitor-client privilege and the Commissioner is not empowered to disclose such information.

[50] The applicant argues that the authority to investigate in section 12 must be interpreted more restrictively than the comparable powers in the *Privacy Act* and the *Access to Information Act* because of the lack of a provision similar to subsections 34(2) and 36(2) respectively. The applicant contends that this indicates that Parliament has deliberately chosen to exclude privileged documents from the scope of the Commissioner’s powers under the PIPED Act and the Commissioner cannot rely on the general wording of section 12 to violate solicitor-client privilege: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*.

[51] The Commissioner, in response, argues that subsection 36(2) of the *Access to Information Act*, and subsection 34(2) of the *Privacy Act*, were enacted to address potential claims of Crown privilege when

égard, [TRADUCTION] «raisonnable». La décision en cause était une ordonnance de communiquer à un journaliste les noms des cinq avocats qui présentaient à la Société des services juridiques les états d’honoraires les plus élevés. Ce qui était en cause, c’était le droit d’obtenir une information détenue par une organisation qui était financée par les deniers publics et qui administrait le programme d’aide juridique de la province. La Cour d’appel, mettant en équilibre le droit à la communication et le principe du secret professionnel liant l’avocat à son client, a estimé qu’une telle divulgation posait un risque inacceptable, celui d’une révélation de renseignements confidentiels concernant les clients d’avocats.

[49] Ce risque ne se pose pas, à mon avis, en ce qui a trait à la décision du commissaire d’ordonner la production de documents selon la LPRPDE. Le pouvoir du commissaire de divulguer l’information obtenue au cours d’une enquête se limite aux fins exceptionnelles et restreintes exposées à l’article 20. Ce pouvoir n’englobe pas la communication à la plaignante, contrairement à ce qui a été ordonné dans l’affaire *Legal Services Society*. Les exceptions de l’article 20 ne s’appliquent pas, selon moi, aux documents relevant du secret professionnel liant l’avocat à son client, et le commissaire n’est pas habilité à les divulguer.

[50] Le demandeur fait valoir que le pouvoir d’enquête qui est conféré à l’article 12 doit être interprété d’une manière plus restrictive que les pouvoirs correspondants conférés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information*, et cela en raison de l’absence d’une disposition semblable à leurs paragraphes 34(2) et 36(2) respectivement. Selon le demandeur, cela montre que le législateur a délibérément choisi d’exclure les documents confidentiels du champ des pouvoirs du commissaire aux termes de la LPRPDE et que le commissaire ne peut s’appuyer sur le texte général de l’article 12 pour violer le secret professionnel liant l’avocat à son client: arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*.

[51] Le commissaire répond que le paragraphe 36(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* et le paragraphe 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ont été édictés pour disposer des éventuelles

production was demanded from the government institutions to which those statutes apply. Absent these subsections, there would be a conflict between the authority to compel production of documents, possibly covered by Crown privilege, in these statutes and section 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183(1)(b)] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] that would effectively bar disclosure. This conflict does not arise with respect to the private sector where the PIPED Act operates.

[52] I cannot conclude from the record before me that Crown privilege is the reason for the legislature's choice to not include a similar provision in the PIPED Act, although I find the argument compelling. However, neither can I conclude that Parliament's intent was to exclude privileged documents from the scope of the Commissioner's authority. I note that paragraph 12(1)(c) provides that the Commissioner may receive and accept any evidence and other information whether or not it is or would be admissible in a court of law. That language suggests that Parliament did not intend the Commissioner's investigations to be fettered by questions of privilege.

[53] I note that *Pritchard* concerned an application by the complainant to gain access to a legal opinion prepared by Ontario Human Rights Commission counsel and is not directly on point in this matter. While the principles expressed are of general application, at issue was whether the opinion had to be included as part of the record of the proceedings in the complainant's application for judicial review of the Commission's decision. I would interpret the decision to support the Privacy Commissioner's contention in this case, that privileged material in her hands would be protected from any demand for disclosure.

[54] The applicant cites the decision of the Alberta Court of Appeal in *Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere* (2001), 293 A.R. 73 for the proposition that

revendications d'immunité de la Couronne lorsque la production de documents est exigée des institutions fédérales auxquelles ces textes s'appliquent. Sans de telles dispositions, il y aurait un conflit entre le pouvoir, conféré par ces textes, de contraindre à la production de documents relevant peut-être de l'immunité de la Couronne, et l'article 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183(1)(b)] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], qui aurait pour effet d'empêcher la communication. Ce conflit ne se pose pas en ce qui concerne le secteur privé, domaine d'application de la LPRPDE.

[52] Je ne puis déduire du dossier dont je suis saisi que l'immunité de la Couronne est la raison du choix du législateur de ne pas insérer une disposition semblable dans la LPRPDE, encore que selon moi l'argument soit convaincant. Toutefois, je ne puis non plus affirmer que l'intention du législateur était d'exclure les documents confidentiels du champ des pouvoirs du commissaire. Je relève que l'alinéa 12(1)(c) prévoit que le commissaire peut recevoir les éléments de preuve ou les renseignements, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Ces mots donnent à penser que le législateur ne voulait pas que les enquêtes conduites par le commissaire soient entravées par des questions d'immunité.

[53] J'observe que, dans l'affaire *Pritchard*, la plaignante voulait obtenir communication d'un avis juridique rédigé par l'avocate de la Commission ontarienne des droits de la personne. Ce précédent n'intéresse pas directement la présente affaire. Les principes exprimés sont d'application générale, mais il s'agissait de savoir si l'avis juridique devait être inclus dans le dossier afférent à la demande de contrôle judiciaire présentée par la plaignante à l'encontre de la décision de la Commission. Selon moi, l'arrêt *Pritchard* appuie en l'espèce l'affirmation du commissaire à la protection de la vie privée, pour qui les documents confidentiels se trouvant entre ses mains seraient à l'abri de toute demande de communication.

[54] Le demandeur invoque une décision de la Cour d'appel de l'Alberta, *Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere* (2001), 293 A.R. 73. Selon lui, ce précédent

disclosure of privileged information cannot be compelled by a trustee, a role the applicant argues is comparable to that of the Commissioner in these proceedings. *Bre-X* dealt with the efforts of a trustee in bankruptcy to waive the bankrupt's privilege in order to pursue its assets. The Court held the privilege was personal and was not conveyed to the trustee when he assumed control of the bankrupt's business interests. Further, there was no clear statutory authority making privileged communications subject to production. There is no analogy to the role of the Commissioner in these proceedings.

[55] In my view, a closer analogy can be drawn to the review of claims of national security by a government institution under section 51 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 159] of the *Privacy Act*, in response to demands for access to personal information. In such cases, the Privacy Commissioner has the authority to review the information to determine whether an exemption has been properly claimed: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 47. I agree with the respondent that this is an indication of Parliament's confidence in the Commissioner's ability to protect sensitive information.

[56] The Commissioner is given extraordinary powers to allow her to effectively conduct investigations. Those powers, both procedural and substantive, can be exercised "in the same manner and to the same extent as a superior court of record" [underlining added] (paragraph 12(1)(a)).

[57] A superior court has the power to compel production of documents to assess claims of privilege. Had Parliament intended to prevent the Commissioner from verifying claims of privilege, it could have specifically excluded this power, as it has done under several other Acts: *Canada Agricultural Products Act*,

permet d'affirmer que la divulgation de renseignements privilégiés ne peut être exigée par un syndic, fonction que le demandeur juge comparable à celle du commissaire dans la présente instance. L'affaire *Bre-X* avait pour thème les efforts accomplis par un syndic de faillite pour faire lever l'immunité de l'entreprise en faillite afin de pouvoir mettre la main sur ses actifs. La Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'immunité était personnelle et qu'elle n'avait pas été transmise au syndic lorsqu'il avait pris le contrôle des intérêts commerciaux de l'entreprise. Par ailleurs, il n'existait aucune disposition légale précise rendant les communications privilégiées susceptibles de divulgation. Il n'y a aucune analogie avec le rôle du commissaire dans la présente instance.

[55] Selon moi, il y a une analogie plus étroite à faire avec l'examen de revendications fondées sur la sécurité nationale et avancées par une institution fédérale en vertu de l'article 51 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 159] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, en réponse à des demandes de communication de renseignements personnels. Dans de tels cas, le commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir d'examiner les renseignements pour savoir si une exception a été invoquée à juste titre: arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 47. Je reconnais avec le défendeur que c'est là le signe de la confiance du législateur dans la capacité du commissaire de protéger les renseignements sensibles.

[56] Le commissaire est investi de pouvoirs extraordinaires censés lui permettre de conduire efficacement ses enquêtes. Ces pouvoirs, de nature tant procédurale que fondamentale, peuvent être exercés «de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives» [soulignement ajouté] (alinéa 12(1)a)).

[57] Une cour supérieure a le pouvoir de contraindre à la production de documents afin d'évaluer le bien-fondé de revendications de privilège. Si le législateur avait voulu empêcher le commissaire d'évaluer le bien-fondé d'une revendication de privilège, il aurait pu expressément exclure ce pouvoir, comme il

R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 20, subsections 8(2), 8(5) [as am. by S.C. 1995, c. 40, s. 32]; *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, subsections 50(3) [as am. by S.C. 1995, c. 40, s. 32], (4) [as am. *idem*]; *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, subsections 29.21 [as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 7], 29.22 [as enacted *idem*], 250.41(1) [as enacted *idem*, s. 82], (2) [as enacted *idem*]; *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, subsections 24.1(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 15], (6) [as enacted *idem*].

[58] Having regard to the overall scheme of the statute and the Commissioner's responsibility to conduct an effective investigation, the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *Lavallee* do not, in my view, require that section 12 of the PIPED Act be given the restrictive interpretation called for by the applicant. The production order issued by the Commissioner will not limit or deny any solicitor-client privilege that the applicant may enjoy in the questioned documents. I am satisfied that in order to complete her investigation it is necessary that the claim of privilege be assessed by the Commissioner to determine whether it properly applies to the questioned documents or not. That will not prevent the applicant from continuing to assert the claim in any other proceedings that may arise in relation to the complaint.

[59] Accordingly, the Commissioner correctly exercised her authority to issue the production order and this application will be dismissed. As the question of interpretation of the scope of the PIPED Act in relation to solicitor-client privilege appears to have arisen for the first time in these proceedings, I will exercise my discretion to make no order of costs in favour of the successful party.

#### ORDER

This Court orders that the application is dismissed. The parties shall bear their own costs.

l'a fait dans plusieurs autres lois: *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 20, paragraphes 8(2) et 8(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 40, art. 32]; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, paragraphes 50(3) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] et (4) [mod., *idem*]; *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, articles 29.21 [édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 7], 29.22 [édicte, *idem*] et paragraphes 250.41(1) [édicte, *idem*, art. 82] et (2) [édicte, *idem*]; *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, paragraphes 24.1(3) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 15] et (6) [édicte, *idem*].

[58] Eu égard à l'économie générale du texte législatif et à l'obligation pour le commissaire de conduire efficacement ses enquêtes, les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavallee* ne requièrent pas à mon avis que l'article 12 de la LPRPDE reçoive l'interprétation restrictive préconisée par le demandeur. En ordonnant au demandeur de produire des documents, le commissaire ne limitera ni ne rejettera aucun privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client dont le demandeur pourrait bénéficier pour les documents en cause. Je suis d'avis que, pour qu'il puisse achever son enquête, le commissaire doit nécessairement évaluer le privilège revendiqué, afin de savoir s'il s'applique ou non aux documents concernés. Cela n'empêchera pas le demandeur de revendiquer encore le privilège dans une instance ultérieure pouvant se rapporter à la plainte.

[59] Par conséquent, le commissaire a valablement exercé son pouvoir d'ordonner la production de documents, et la présente demande sera rejetée. Puisque la question de l'interprétation du champ de la LPRPDE en ce qui a trait au privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client semble s'être posée pour la première fois dans la présente instance, j'exercerai mon pouvoir discrétionnaire et ne rendrai aucune ordonnance d'adjudication de dépens en faveur de la partie qui a obtenu gain de cause.

#### ORDONNANCE

La Cour ordonne: la demande est rejetée; chacune des parties supportera ses propres dépens.

---

<sup>1</sup> Under s. 59(1) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21. S. 12(3) of the PIPED Act contains a similar authority. No issue was made of the delegation in these proceedings.

---

<sup>1</sup> En application de l'art. 59(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21. L'art. 12(3) de la LPRPDE renferme une disposition semblable. La délégation consentie n'a pas été mise en doute dans la présente instance.