

A-147-05
2006 FCA 334

A-147-05
2006 CAF 334

Blood Tribe Department of Health (*Appellant*)

Blood Tribe Department of Health (*appellant*)

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 (*intimés*)

and

et

The Law Society of Alberta (*Intervener*)

La Law Society of Alberta (*intervenante*)

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

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

Federal Court of Appeal, Sharlow, Pelletier and Malone J.J.A.—Calgary, October 4; Ottawa, October 18, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Pelletier et Malone, J.C.A.—Calgary, 4 octobre; Ottawa, 18 octobre 2006.

Privacy—Personal Information Protection and Electronic Documents Act—Appeal from Federal Court decision determining Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA), ss. 12(1)(a), (c) empowering Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege claimed—Adopting broad, purposive interpretation, Federal Court determining Commissioner had extraordinary procedural, substantive powers similar to that of superior court of record; entitled to review privileged documents—Also holding that if Parliament had intended to prevent Commissioner from verifying such claims, it could have specifically excluded this power as done under several other Acts—Individual respondent denied access to personal employment file including correspondence between appellant, solicitors (privileged documents) after dismissal—Commissioner ordering production of privileged documents pursuant to powers under PIPEDA, s. 12(1)(a), (c) to investigate complaints—Federal Court erred in adopting liberal, purposive interpretation of PIPEDA, s. 12(1)(a), (c) and in adopting legal principles developed under Privacy Act to analysis under PIPEDA—Also drawing wrong conclusions regarding Commissioner's power to compel, examine solicitor-client privileged records.

Protection des renseignements personnels—Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a établi que les art. 12(1)a) et c) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) habilitaient le commissaire à forcer la production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat—En adoptant une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, la Cour fédérale a déterminé que le commissaire était investi, sur le fond et sur la forme, de pouvoirs extraordinaires semblables à ceux d'une cour supérieure d'archives et qu'il était fondé à examiner les documents confidentiels—Elle a aussi conclu que si le législateur avait voulu empêcher le commissaire de vérifier le bien-fondé d'une telle revendication de privilège, il était à même d'exclure expressément ce pouvoir comme il l'avait fait dans plusieurs autres lois—Après son congédiement, l'intimée s'est vu refuser l'accès à ses renseignements personnels touchant son emploi, qui renfermaient une correspondance échangée entre l'appellant et ses avocats (les documents confidentiels)—Le commissaire a ordonné la production des documents confidentiels conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par les art. 12(1)a) et c) de la LPRPDE pour examiner la plainte—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a adopté une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, des art. 12(1)a) et c) de la LPRPDE et lorsqu'elle a adopté, pour une analyse selon la LPRPDE, les principes juridiques élaborés dans le contexte de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Elle a aussi tiré des conclusions erronées relativement au pouvoir du commissaire de forcer la

Practice — Privilege — “Solicitor-client privilege” — Appeal from Federal Court decision Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA), ss. 12(1)(a), (c) empowering Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege claimed — In Descôteaux et al. v. Mierzwinski, Supreme Court of Canada establishing substantive rule for solicitor-client privilege — Rule examined — PIPEDA, s. 9(3) establishing private organization’s right to refuse production of documents protected by solicitor-client privilege (exception) — PIPEDA not containing express language to abrogate privilege — Express statutory language required to abrogate solicitor-client privilege because privilege presumptively inviolate — Privileged documents sheltered from disclosure not by PIPEDA’s exception for solicitor-client privilege but by law of privilege.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision determining that Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA), ss. 12(1)(a), (c) empowering Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege claimed in order to complete investigative role — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, Access to Information Act contrasted — Access to Information Act much more fundamental to Canada’s system of government, afforded quasi-constitutional status as helping preserve national values, provides humane system of government.

This was an appeal from a Federal Court decision determining that paragraphs 12(1)(a) and (c) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) empowered the Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege was claimed in order to effectively complete her statutory investigative role. Subsection 9(3) of the PIPEDA provides for a private organization’s right to refuse the production of documents protected by solicitor-client privilege. The Federal Court analysed PIPEDA, paragraphs 12(1)(a) and (c) based on a broad and purposive interpretation. It found that the Commissioner had extraordinary procedural and substantive powers similar to that of a superior court of record and was entitled to review privileged documents. It also found that if

production de documents soumis au privilège du secret professionnel de l’avocat et du pouvoir d’examiner tels documents.

Pratique — Communications privilégiées — « Privilège du secret professionnel de l’avocat » — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a établi que les art. 12(1)(a) et c) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) habilitaient le commissaire à forcer la production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l’avocat — Dans l’arrêt Descôteaux et autre c. Mierzwinski, la Cour suprême du Canada a établi, à propos du privilège du secret professionnel de l’avocat, une règle de fond — Examen de cette règle — L’art. 9(3) de la LPRPDE énonce le droit d’une organisation privée de refuser la production de documents protégés par le secret professionnel de l’avocat (exception) — La LPRPDE ne renferme aucune disposition explicite écartant le privilège — Un texte explicite est requis pour écarter le privilège du secret professionnel de l’avocat parce que ce privilège est présumé inviolable — L’exception à ce privilège prévue à la LPRPDE n’est pas ce qui soustrait les documents confidentiels à la divulgation; c’est là le rôle des règles régissant ce privilège.

Accès à l’information — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a établi que les art. 12(1)(a) et c) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) habilitaient le commissaire à forcer la production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l’avocat pour qu’il soit en mesure d’exercer son rôle d’enquêteur — Comparaison entre la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur l’accès à l’information — La Loi sur l’accès à l’information est beaucoup plus importante pour le système de gouvernement canadien et l’accès à l’information s’est vu reconnaître un statut quasi constitutionnel parce qu’il permet de préserver les valeurs nationales et d’humaniser le système de gouvernement.

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a établi que les alinéas 12(1)(a) et c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la LPRPDE) habilitaient le commissaire à forcer la production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l’avocat, et cela pour qu’il soit en mesure d’exercer adéquatement son rôle d’enquêteur. Le paragraphe 9(3) de la LPRPDE énonce le droit d’une organisation privée de refuser la production de documents protégés par le secret professionnel de l’avocat. La Cour fédérale a analysé les alinéas 12(1)(a) et c) de la LPRPDE en adoptant une interprétation libérale, fondée sur l’objet visé. Elle a statué que le commissaire était investi, sur le fond et sur la forme, de pouvoirs extraordinaires semblables à ceux d’une

Parliament had intended to prevent the Commissioner from verifying such claims, it could have specifically excluded this power as it had done under several other Acts.

The individual respondent was dismissed from her employment with the appellant. After her dismissal, she filed a complaint with the Commissioner seeking access to her personal employment information, which included correspondence between the appellant and its solicitors (privileged documents). However, the appellant denied her request without giving reasons. When an assistant Privacy Commissioner requested the appellant's records in broad terms, all records were provided except for the privileged documents over which a claim of solicitor-client privilege was advanced by an officer of the appellant. The claim of privilege was never waived. The Commissioner ordered production of the privileged documents pursuant to her purported powers under paragraphs 12(1)(a) and (c) of the PIPEDA. The issue was whether the Federal Court was right in adopting a purposive and liberal interpretation of those paragraphs and in adopting *Privacy Act* principles in a PIPEDA review.

Held, the appeal should be allowed.

In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, the Supreme Court of Canada established a substantive rule for solicitor-client privilege. First, solicitor-client privilege will protect a record regardless of the legal setting where the competing right arises; a legal proceeding need not be pending. Second, where a law or statute creates a right purporting to permit access to a privileged communication, the right of privilege should be given precedence. Third, a law which expressly authorizes interference with the privilege is to be circumscribed by a procedure that avoids unnecessary violation of the privilege and ensures any violation is minimized. Finally, any such statutory power must be interpreted restrictively.

The Supreme Court of Canada's recent approach in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)* suggesting that, if Parliament wished to create a power to compel privileged documents, then express language must be used was in sharp contrast to the Federal Court's decision here that, had Parliament intended to prevent the Commissioner from verifying claims of privilege, it could have specifically excluded that power.

cour supérieure d'archives et qu'il était fondé à examiner les documents confidentiels. En outre, elle a conclu que si le législateur avait voulu empêcher le commissaire de vérifier le bien-fondé d'un privilège revendiqué de cette nature, il était à même d'exclure expressément ce pouvoir comme il l'avait fait dans plusieurs autres lois.

L'intimée a été démise de ses fonctions auprès de l'appelant. Après son congédiement, elle a déposé une plainte auprès du commissaire pour obtenir communication de ses renseignements personnels touchant son emploi, qui comprenaient une correspondance échangée entre l'appelant et les avocats de celui-ci (les documents confidentiels). Cependant, l'appelant a rejeté sa demande sans lui donner de motifs. Lorsqu'une commissaire adjointe à la protection de la vie privée a demandé les documents de l'appelant en des termes très généraux, tous les documents ont été produits, sauf les documents confidentiels pour lesquels un représentant de l'appelant a allégué le privilège du secret professionnel de l'avocat. La revendication de privilège n'a jamais fait l'objet d'une renonciation. Le commissaire a ordonné la production des documents confidentiels conformément aux pouvoirs qui lui sont censément conférés par les alinéas 12(1)a) et c) de la LPRPDE. La question litigieuse était celle de savoir si la Cour fédérale avait raison d'adopter, pour ces alinéas, une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, et d'adopter les principes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (LPRP) dans un examen intéressant la LPRPDE.

Arrêt : l'appel est accueilli.

Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, la Cour suprême du Canada a établi, à propos du privilège du secret professionnel de l'avocat, une règle de fond. D'abord, le privilège du secret professionnel de l'avocat protégera un dossier quel que soit le contexte juridique où est né le droit antagoniste; une procédure judiciaire pendante n'est pas requise. Deuxièmement, lorsqu'un texte législatif établit un droit censé autoriser l'accès à une communication confidentielle, le privilège conféré doit avoir préséance. Troisièmement, un texte qui autorise expressément une restriction du privilège sera circonscrit par une procédure empêchant une négation inutile du privilège et permettant de minimiser telle négation. Enfin, tout pouvoir de cette nature doit être interprété de manière restrictive.

La position que la Cour suprême du Canada a récemment adoptée dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, qui nous enseigne que si le législateur avait souhaité conférer le pouvoir de forcer la production de documents confidentiels il doit le faire en des termes non équivoques, contraste vivement avec la décision que la Cour fédérale a rendue en l'espèce, soit que si le législateur avait voulu empêcher le commissaire d'évaluer le bien-fondé d'une

In applying a purposive and liberal interpretation, the Federal Court relied on another Federal Court case which interpreted *Access to Information Act*, subsection 36(2). That case was subsequently overturned by the Federal Court of Appeal which held that the Judge below had erred in adopting a liberal interpretation of subsection 36(2). Unlike subsection 36(2) of the *Access to Information Act*, the PIPEDA has no express language to abrogate privilege. Moreover, while the Commissioner is bound by subsection 20(1) not to disclose information received during her investigation, the power under subsection 20(5) to disclose to the Attorney General of Canada or of a province information regarding the commission of an offence if there is evidence thereof ultimately requires Canadians to trust that the Commissioner will always exercise her discretion prudently on matters involving solicitor-client privilege. It was also noted that documents subject to solicitor-client privilege would be exempt from disclosure whether or not the PIPEDA purported to make them so. Express language is required to abrogate solicitor-client privilege because it is presumptively inviolate. The exception for solicitor-client privilege in the PIPEDA is not what shelters privileged documents from disclosure since the law of privilege does that. The exception simply recognizes that privilege.

The PIPEDA governs the use, collection and disclosure of personal information not by public but by private organizations and represents Canada's somewhat grudging move away from industry self-regulation. In contrast, the purpose of the *Access to Information Act* is much more fundamental to Canada's system of government. In a modern bureaucratic state, access to information helps preserve national values and provides a humane system of government. Consequently, access to information legislation has been afforded a quasi-constitutional status, and the Commissioner so empowered has been given an ombudsman's role. The Federal Court also stated that because Parliament had the confidence to entrust the Commissioner with sensitive information under the *Privacy Act*, it should be inferred that Parliament intended the Commissioner to have access to privileged records. The Federal Court was wrong to adopt legal principles developed under the *Privacy Act* to an analysis under the PIPEDA.

revendication de privilège, il était à même d'exclure expressément ce pouvoir.

En adoptant une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, la Cour fédérale a invoqué une autre de ses affaires où elle a interprété le paragraphe 36(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce jugement a ensuite été infirmé par la Cour d'appel fédérale, qui a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en adoptant une interprétation libérale du paragraphe 36(2). Contrairement au paragraphe 36(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, la LPRPDE ne renferme aucune disposition explicite écartant le privilège. De plus, bien que le commissaire doive s'abstenir, en vertu du paragraphe 20(1), de divulguer les renseignements qu'il a recueillis pendant son enquête, le pouvoir conféré par le paragraphe 20(5) de faire part au procureur général du Canada ou d'une province de renseignements qu'il détient à l'égard de la perpétration d'infractions s'il existe des éléments de preuve à cet égard, fait que la population doit croire que le commissaire exercera toujours son pouvoir discrétionnaire de manière prudente dans les affaires faisant intervenir le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il convenait aussi de souligner que les documents soumis au privilège du secret professionnel de l'avocat seraient soustraits à la divulgation, qu'ils soient ou non censés l'être en vertu de la LPRPDE. Un texte explicite est requis pour écarter le privilège du secret professionnel de l'avocat parce que ce privilège est présumé inviolable. L'exception à ce privilège prévue à la LPRPDE n'est pas ce qui soustrait les documents confidentiels à la divulgation. C'est là le rôle des règles régissant ce privilège. L'exception reconnaît simplement le principe du secret professionnel.

La LPRPDE régit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels, non pas par des organismes publics, mais par des organisations privées et reflète une décision assez hésitante du Canada d'abandonner le principe d'autoréglementation de l'industrie. L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* est quant à lui beaucoup plus important pour le système de gouvernement canadien. Dans les administrations modernes, l'accès à l'information permet de préserver les valeurs nationales et d'humaniser le système de gouvernement. C'est pourquoi la législation sur l'accès à l'information s'est vu reconnaître un statut quasi constitutionnel, et c'est pourquoi le commissaire ainsi habilité en la matière s'est vu reconnaître le rôle d'ombudsman. La Cour fédérale a aussi indiqué que puisque le législateur avait confiance dans la capacité du commissaire de protéger les renseignements sensibles en vertu de la LPRP, on devait en déduire que le législateur voulait que le commissaire dispose d'un accès aux documents confidentiels. La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a adopté, pour une analyse selon la LPRPDE, les principes juridiques élaborés dans le contexte de la LPRP.

The Federal Court's conclusion that the exercise of the power by the Commissioner to compel and examine solicitor-client privileged records was not an abrogation of that privilege was wrong. Reference in PIPEDA, paragraph 12(1)(a) to the Commissioner's power being exercisable in the same manner and to the same extent as a superior court was not intended to empower the Commissioner with the jurisdiction of a superior court. That paragraph does not apply generally to all of the extraordinary powers of the Commissioner but only to the procedural powers in that paragraph, to compel evidence, records and things in the course of investigating a complaint. Language that allows a tribunal to compel evidence in the same manner and to the same extent as a superior court or the Federal Court does not extend the jurisdiction of a tribunal or commission.

Finally, section 15 of the PIPEDA permits the Commissioner to apply to the Federal Court in relation to any matter referred to in section 14 which encompasses solicitor-client privilege pursuant to subsection 9(3) of that Act. The Commissioner's ability to conduct her investigation is not fettered by a rule that protects privileged communication. In circumstances where a broad claim of solicitor-client privilege is used as a shield to thwart an investigation, Federal Court judges may develop procedures that adequately minimize the potential invasion of the privilege.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 36(2).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 50(3)(a) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 9(3), 12(1)(a),(c), 14, 15, 20(1),(5).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th)

La Cour fédérale a conclu à tort que l'exercice par le commissaire du pouvoir de forcer la production de documents soumis au privilège du secret professionnel de l'avocat, et du pouvoir d'examiner tels documents, ne revenait pas à nier ce privilège. Quand l'alinéa 12(1)a) de la LPRPDE dit que le commissaire peut exercer son pouvoir de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives, cela ne signifie pas que le commissaire est investi de la compétence d'une cour supérieure d'archives. Cet alinéa ne s'applique pas d'une manière générale à l'ensemble des pouvoirs extraordinaires du commissaire, mais uniquement au pouvoir procédural conféré par cet alinéa, soit le pouvoir de contraindre des témoins à déposer et à produire les documents ou pièces nécessaires pour l'examen d'une plainte. Des mots qui confèrent à un tribunal administratif le pouvoir de contraindre des témoins à déposer, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure ou que la Cour fédérale, ne sauraient élargir la compétence de ce tribunal administratif ou d'une commission.

Enfin, l'article 15 de la LPRPDE autorise le commissaire à s'adresser à la Cour fédérale pour toute question mentionnée à l'article 14 qui comporte un privilège du secret professionnel de l'avocat selon ce que prévoit le paragraphe 9(3) de la LPRPDE. L'aptitude du commissaire à mener son enquête n'est pas réduite par une règle qui protège les communications confidentielles. Lorsqu'une revendication générale du privilège du secret professionnel de l'avocat est utilisée pour faire obstacle à une enquête, les juges de la Cour fédérale sont à même d'élaborer des procédures propres à minimiser comme il convient l'abus possible de la revendication du privilège.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 165.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 50(3)a) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36(2).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 9(3), 12(1)a),c), 14, 15, 20(1),(5).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Pritchard*

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; *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; *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 8 W.W.R. 399; 182 B.C.A.C. 234; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 25 C.P.R. (4th) 5; 2003 BCCA 278.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner), [2004] 4 F.C.R. 181; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 58; 32 C.P.R. (4th) 464; 255 F.T.R. 46; 2004 FC 431; revd [2005] 4 F.C.R. 673; (2005), 253 D.L.R. (4th) 590; 32 Admin. L.R. (4th) 8; 40 C.P.R. (4th) 97; 335 N.R. 8; 2005 FCA 199; *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; *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; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 281; 2002 SCC 53; *Public Service Alliance of Canada v. Northwest Territories* (2000), 191 F.T.R. 266 (F.C.T.D.); affd (2001), 278 N.R. 187; 2001 FCA 259; *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.

REFERRED TO:

R. v. Campbell, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Service)*, [2006] 2 S.C.R. 32; (2006), 271 D.L.R. (4th) 407; 350 N.R. 154; 2006 SCC 31.

AUTHORS CITED

McIsaac, Barbara *et al.* *The Law of Privacy in Canada*, looseleaf (Toronto: Carswell, 2000).

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 4 F.C.R. 34; (2005), 40 C.P.R. (4th) 7; 133 C.R.R. (2d) 124; 265 F.T.R. 276; 2005 FC 328) determining that paragraphs 12(1)(a) and (c) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* empowered

c. Ontario (Commission des droits de la personne), [2004] 1 R.C.S. 809; 2004 CSC 31; *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 8 W.W.R. 399; 182 B.C.A.C. 234; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 25 C.P.R. (4th) 5; 2003 BCCA 278.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information), [2004] 4 R.C.F. 181; 2004 CF 431; inf. par [2005] 4 R.C.F. 673; 2005 CAF 199; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572; 2004 CAF 387; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773; 2002 CSC 53; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Territoires de Nord-Ouest*, [2000] A.C.F. n° 1646 (1^{re} inst.) (QL); conf. par 2001 CAF 259; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32; 2006 CSC 31.

DOCTRINE CITÉE

McIsaac, Barbara *et al.* *The Law of Privacy in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2000.

APPEL de la décision ([2005] 4 R.C.F. 34; 2005 CF 328) par laquelle la Cour fédérale a établi que les alinéas 12(1)a) et c) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* habilitaient le commissaire à forcer la

the Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege was claimed. Appeal allowed.

production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Gary A. Befus for appellant.
Steven J. Welchner and *Patricia Kosseim* for respondents.
Garner A. Groome for intervener.

ONT COMPARU :

Gary A. Befus pour l'appellant.
Steven J. Welchner et *Patricia Kosseim* pour les intimés.
Garner A. Groome pour l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD:

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
The Law Society of Alberta for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.
La Law Society of Alberta pour l'intervenante.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

MALONE J.A.:

LE JUGE MALONE, J.C.A. :

I. Introduction

I. Introduction

[1] This appeal deals with the power of the Privacy Commissioner of Canada (Commissioner) to compel the production of documents over which a claim of solicitor-client privilege is asserted in the context of an investigation under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA).

[1] Le présent appel concerne le pouvoir du commissaire à la protection de la vie privée du Canada (le commissaire) de forcer la production de documents pour lesquels est revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat, dans le contexte d'une enquête menée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (la LPRPDE).

[2] A Judge of the Federal Court (Judge) determined that paragraphs 12(1)(a) and (c) of the PIPEDA did empower the Commissioner to compel production of documents over which solicitor-client privilege was claimed in order to effectively complete her statutory investigative role (order dated March 8, 2005 and reported at [2005] 4 F.C.R. 34).

[2] Un juge de la Cour fédérale (le juge) a décidé que les alinéas 12(1)a) et c) de la LPRPDE habilitaient bel et bien le commissaire à forcer la production de documents à propos desquels était revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat, et cela pour qu'il soit en mesure d'exercer adéquatement son rôle d'enquêteur (ordonnance datée du 8 mars 2005 et publiée à [2005] 4 R.C.F. 34).

[3] Those paragraphs read as follows:

[3] Les alinéas en question sont ainsi rédigés :

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

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

(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;

...

(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.

[4] A private organization's right to refuse the production of documents protected by solicitor-client privilege is found in subsection 9(3) of the PIPEDA:

9. . . .

(3) . . . an organization is not required to give access to personal information only if,

(a) the information is protected by solicitor-client privilege;

[5] The Judge analysed these paragraphs based on a broad and purposive interpretation (see paragraph 38 of his reasons). The basis of his order was that the Commissioner had extraordinary procedural and substantive powers similar to that of a superior court of record and was entitled to review privileged documents. In his view, also compelling was the fact that if Parliament had intended to prevent the Commissioner from verifying such claims, it could have specifically excluded this power as it had done under several other Acts (see paragraphs 56-58 of his reasons).

II. Factual Background

[6] Annette J. Soup was dismissed from her employment with the Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe). Part of her employment file included correspondence between the Blood Tribe and its solicitors (the privileged documents). Following her dismissal, Ms. Soup filed a complaint with the

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) 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.

[4] Le droit d'une organisation privée de refuser la production de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat est conféré par le paragraphe 9(3) de la LPRPDE :

9. [. . .]

(3) [. . .] l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement :

a) les renseignements sont protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client;

[5] Le juge a analysé lesdits alinéas en adoptant une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé (voir le paragraphe 38 de ses motifs). Le fondement de son ordonnance était que le commissaire était investi, sur le fond et sur la forme, de pouvoirs extraordinaires semblables à ceux d'une cour supérieure d'archives et qu'il était fondé à examiner les documents confidentiels. Le juge a aussi trouvé convaincant le fait que, si le législateur avait voulu empêcher le commissaire de vérifier le bien-fondé d'un privilège revendiqué de cette nature, il était à même d'exclure expressément ce pouvoir comme il l'avait fait dans plusieurs autres lois (voir les paragraphes 56 à 58 de ses motifs).

II. Les faits

[6] Annette J. Soup a été démise de ses fonctions auprès du Blood Tribe Department of Health (la tribu des Blood). Son dossier d'emploi renfermait notamment une correspondance échangée entre la tribu des Blood et les avocats de celle-ci (les documents confidentiels). Après son congédiement, M^{me} Soup a déposé une plainte

Commissioner seeking access to her personal employment information. The Blood Tribe had denied her request without giving reasons. Ms. Soup also alleged that information had been collected by a Blood Tribe representative without her consent and had been presented to a Blood Tribe board meeting.

[7] An assistant Privacy Commissioner requested the records of the Blood Tribe in very broad terms:

As a first step in the investigation, please forward to my attention a copy of Ms. Soup's personnel file, including the performance evaluation and the document alleging a breach of confidentiality referenced above. As well, please forward a copy of any notes or correspondence regarding Ms. Soup's employment, including the minutes of any Board Meetings where her contract of employment was discussed.

All records were provided save for the privileged documents over which a claim of solicitor-client privilege was advanced in the form of an unchallenged affidavit by an officer of the Blood Tribe. This claim of privilege has never been waived.

[8] The Commissioner ordered production of the privileged documents pursuant to her purported powers under paragraphs 12(1)(a) and (c) of the PIPEDA.

III. Standard of Review

[9] In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, the Supreme Court of Canada reviewed the considerations to be taken into account in a pragmatic and functional application. The factors to be considered in applying the pragmatic and functional approach are well known: (1) presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) expertise of the tribunal; (3) purpose of the legislation and the provision; and (4) nature of the question.

[10] Upon a balancing of these factors, the Judge concluded that the appropriate standard of review of the

auprès du commissaire pour obtenir communication de ses renseignements personnels touchant son emploi. La tribu des Blood avait rejeté sa demande sans lui donner de motifs. M^{me} Soup prétendait aussi que les renseignements avaient été recueillis par un représentant de la tribu des Blood sans son consentement et qu'ils avaient été présentés à une réunion du conseil de la tribu des Blood.

[7] Une commissaire adjointe à la protection de la vie privée avait demandé les documents de la tribu des Blood en des termes très généraux :

[TRADUCTION] Comme première étape de l'enquête, prière de transmettre à mon attention une copie du dossier d'emploi de M^{me} Soup, avec l'évaluation de rendement et le document susmentionné alléguant une atteinte à la confidentialité. Prière de me communiquer aussi une copie des notes ou pièces de correspondance intéressant l'emploi de M^{me} Soup, notamment les procès-verbaux des réunions du conseil au cours desquelles a été débattu son contrat de travail.

Tous les documents ont été produits, sauf les documents confidentiels pour lesquels fut allégué le privilège du secret professionnel de l'avocat au moyen d'un affidavit non contesté établi par un représentant de la tribu des Blood. Cette revendication de privilège n'a jamais été l'objet d'une renonciation.

[8] Le commissaire a ordonné la production des documents confidentiels conformément aux pouvoirs qui lui sont censément conférés par les alinéas 12(1)a) et c) de la LPRPDE.

III. La norme de contrôle

[9] Dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a passé en revue les facteurs à prendre en compte dans une analyse pragmatique et fonctionnelle. Les facteurs en question sont bien connus : 1) la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel d'origine législative; 2) la spécialisation du tribunal administratif; 3) l'objet de la loi et de la disposition en particulier; et 4) la nature de la question.

[10] Après mise en balance de ces facteurs, le juge est arrivé à la conclusion que la norme de contrôle qu'il

Commissioner's decision respecting her authority to order the production of documents which are subject to a claim of solicitor-client privilege is correctness.

[11] In my analysis, applying the factors listed above suggests that little deference should be shown to the Commissioner's interpretation of the scope of her powers under paragraphs 12(1)(a) and (c). First, there is no privative clause purporting to exclude judicial review of the Commissioner's interpretation of the PIPEDA. Second, the Commissioner has no greater expertise than a reviewing court when determining the nature and scope of her powers. Third, while the legislative scheme provides the Commissioner with broad investigatory powers, these powers are circumscribed by subsection 9(3). Finally, the nature of the question in this appeal is one of law.

[12] Therefore, I conclude that the Judge properly found that the standard of review is correctness.

IV. Analysis

(a) Solicitor-Client Privilege—The General Rule

[13] In 1982, the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, established a substantive rule for solicitor-client privilege, which provides some guidance on the proper interpretation of a statutory power to compel the production of records. First, solicitor-client privilege will protect a record regardless of the legal setting where the competing right arises; there need not be a pending legal proceeding. Second, where a law or statute creates a right purporting to permit access to a privileged communication, the right of privilege should be given precedence. Third, a law which expressly authorizes interference with the privilege is to be circumscribed by a procedure that avoids unnecessary violation of the privilege and ensures any violation is minimized. Finally, any such statutory power must be interpreted restrictively (at page 875).

convient d'appliquer à la décision du commissaire concernant son pouvoir d'ordonner la production de documents pour lesquels est revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat est la norme de la décision correcte.

[11] Selon mon analyse, l'application des facteurs susmentionnés donne à penser que la Cour n'est pas tenue de faire preuve d'une grande retenue envers la manière dont le commissaire interprète l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés par les alinéas 12(1)a) et c). D'abord, aucune clause privative ne prétend exclure le contrôle judiciaire de la manière dont le commissaire interprète la LPRPDE. Deuxièmement, le commissaire n'est pas plus spécialisé qu'une juridiction de contrôle lorsqu'il s'agit de définir la nature et l'étendue de ses pouvoirs. Troisièmement, même si le régime législatif confère au commissaire de larges pouvoirs d'enquête, ces pouvoirs sont circonscrits par le paragraphe 9(3). Finalement, la question soulevée dans le présent appel est une question de droit.

[12] Par conséquent, je suis d'avis que le juge a eu raison de dire que la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

IV. Analyse

a) Privilège du secret professionnel de l'avocat—La règle générale

[13] En 1982, dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, la Cour suprême du Canada établissait, à propos du privilège du secret professionnel de l'avocat, une règle de fond qui donnait certaines précisions sur la manière d'interpréter le pouvoir conféré par une loi de forcer la production de documents. D'abord, le privilège du secret professionnel de l'avocat protégera un dossier quel que soit le contexte juridique où est né le droit antagoniste; une procédure judiciaire pendante n'est pas requise. Deuxièmement, lorsqu'un texte législatif établit un droit censé autoriser l'accès à une communication confidentielle, le privilège conféré doit avoir préséance. Troisièmement, un texte qui autorise expressément une restriction du privilège sera circonscrit par une procédure empêchant une négation inutile du privilège et permettant de minimiser telle négation. Finalement, tout pouvoir de cette nature

doit être interprété d'une manière restrictive (voir page 875).

(b) The Need for Express Language

[14] At paragraph 57 of his decision, the learned Judge stated that had Parliament intended to prevent the Commissioner from verifying claims of privilege, it could have specifically excluded that power. In sharp contrast, the recent approach used by the Supreme Court of Canada suggests that, if Parliament wished to create a power to compel privileged documents, then express language must be used.

[15] In *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 33, Major J. stated that any legislation which would limit or deny solicitor-client privilege must be interpreted restrictively and that the privilege cannot be abrogated by inference. Further, at paragraph 35, he stated that broad language and inclusive phrases relating to the production of records should not be read to include privileged communications.

[16] At paragraphs 28 to 31 of his decision, the Judge relies on the trial Judge's decision in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2004] 4 F.C.R. 181 (*Information Commissioner*). There the Judge applied a purposive and liberal interpretation to investigative powers found in the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (AIA). However, that decision was later overturned by this Court. The reasons for decision of this Court were released on May 27, 2005, after the Judge had issued his reasons in this case [[2005] 4 F.C.R. 673].

[17] At issue in the *Information Commissioner* appeal was the interpretation of subsection 36(2) of the AIA. That subsection empowers the Information Commissioner to examine any record notwithstanding

b) La nécessité d'une disposition expresse

[14] Au paragraphe 57 de sa décision, le juge écrivait que, si le législateur avait voulu empêcher le commissaire d'évaluer le bien-fondé d'une revendication de privilège, il était à même d'exclure expressément ce pouvoir. Contrastant vivement avec cette manière de voir, la position récemment adoptée par la Cour suprême du Canada nous enseigne que, si le législateur souhaite conférer le pouvoir de forcer la production de documents confidentiels, alors il doit le faire en des termes non équivoques.

[15] Dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 33, le juge Major écrivait qu'un texte législatif prétendant limiter ou écarter l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat doit être interprété restrictivement et que le privilège ne saurait être supprimé par déduction. Puis, au paragraphe 35, il écrivait qu'il faut se garder d'interpréter une formulation générale ou englobante se rapportant à la production de documents comme si telle formulation comprenait les communications confidentielles.

[16] Aux paragraphes 28 à 31 de sa décision, le juge se fonde sur une décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2004] 4 R.C.F. 181 (la décision *Commissaire à l'information*). Dans cette affaire-là, la Cour fédérale a interprété d'une manière libérale, en se fondant sur l'objet visé, les pouvoirs d'enquête conférés par la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI). Cependant, ce jugement fut plus tard infirmé par la Cour. Les motifs de l'arrêt rendu par cette Cour ont été rendus publics le 27 mai 2005 après que le juge eut communiqué ses motifs dans la présente affaire [[2005] 4 R.C.F. 673].

[17] L'arrêt *Commissaire à l'information* de la Cour d'appel fédérale portait sur l'interprétation du paragraphe 36(2) de la LAI. Ce paragraphe donne au commissaire à l'information l'accès à tout document

any privilege under the law. On appeal, this Court found that the Judge below had erred by adopting a purposive and liberal interpretation of this section in light of the pronouncements on privilege from the Supreme Court of Canada. Despite the express language in subsection 36(2) to abrogate privilege, this Court stated at paragraph 22:

... subsection 36(2) must be interpreted restrictively in order to allow access to privileged information only where absolutely necessary to the statutory power being exercised.

[18] In the present case, the PIPEDA has no express language to abrogate privilege similar to subsection 36(2) of the AIA. The Commissioner submits that she must be in a position to test claims of solicitor-client privilege, as opposed to accepting such claims at face value or bringing an application to the Court to have a judge decide the issue. However, she has presented only a general rationale that her investigation would be fettered. The affidavit presented by the Blood Tribe has not been challenged on cross-examination. On the present record, there have been no facts alleged that demonstrate why the privileged documents are in any way necessary to the Commissioner's investigation.

[19] Equally troubling is subsection 20(5) of the PIPEDA which reads:

20. . . .

(5) The Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada or of a province, as the case may be, information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of an officer or employee of an organization if, in the Commissioner's opinion, there is evidence of an offence.

[20] While the Commissioner is bound by subsection 20(1) not to disclose information received during her investigation, this power under subsection 20(5) ultimately requires Canadians to trust that the Commissioner will always exercise her discretion prudently on matters involving solicitor-client privilege.

nonobstant toute immunité reconnue par le droit de la preuve. Cette Cour a estimé dans cet arrêt que le juge de première instance avait commis une erreur en adoptant pour cette disposition une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, compte tenu des déclarations de la Cour suprême du Canada en matière de privilège. Malgré la formulation explicite du paragraphe 36(2) visant à écarter l'application du privilège, la Cour s'est exprimée ainsi, au paragraphe 22 :

[. . .] il convient d'interpréter de manière restrictive le paragraphe 36(2) afin de ne donner accès à des renseignements confidentiels que lorsque cela s'avère absolument nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif en question.

[18] En l'espèce, la LPRPDE ne renferme aucune disposition explicite écartant le privilège comme celle qui se trouve au paragraphe 36(2) de la LAI. Le commissaire dit qu'il doit être en mesure de vérifier le bien-fondé des revendications du privilège du secret professionnel de l'avocat, au lieu de devoir accepter d'emblée lesdites revendications ou de s'adresser à la Cour pour qu'un juge tranche la question. Cependant, le commissaire n'a présenté qu'un exposé général des raisons pour lesquelles son enquête serait de ce fait entravée. L'affidavit présenté par la tribu des Blood n'a pas été contesté en contre-interrogatoire. Au vu du présent dossier, aucun fait n'a été avancé montrant pourquoi les documents confidentiels sont de quelque manière nécessaires pour l'enquête du commissaire.

[19] Tout aussi déconcertant est le paragraphe 20(5) de la LPRPDE, ainsi formulé :

20. [. . .]

(5) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions au droit fédéral ou provincial par un cadre ou employé d'une organisation, le commissaire peut faire part au procureur général du Canada ou d'une province, selon le cas, des renseignements qu'il détient à cet égard.

[20] Le commissaire doit s'abstenir, en vertu du paragraphe 20(1), de divulguer les renseignements qu'il a recueillis durant son enquête, mais le pouvoir conféré par le paragraphe 20(5) fait que la population doit croire que le commissaire exercera toujours son pouvoir discrétionnaire d'une manière prudente dans les affaires

The prospect that solicitor-client documents might make their way into the hands of public law enforcement officers can only have the chilling effect referred to by Binnie J. in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 49 and will undermine the confidence and candor of Canadians when dealing with their lawyers.

[21] Although not argued by the parties, it also should be noted that documents subject to solicitor-client privilege would be exempt from disclosure whether or not the PIPEDA purported to make them so. The British Columbia Court of Appeal so stated in *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, at paragraph 29, in the context of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165:

What then of the purpose of s. 14 of the British Columbia legislation? Headed “Legal Advice”, it states: “The head of a public body may refuse to disclose to an applicant information that is subject to solicitor client privilege.” One suspects the provision was intended to protect communications between public bodies qua clients and their lawyers; but again, even if s. 14 had not been enacted, the law would protect information that is subject to solicitor-client privilege, no matter who the lawyer or client.

[22] In short, the reason express language is required to abrogate solicitor-client privilege is because it is presumptively inviolate. The exception for solicitor-client privilege in the PIPEDA is not what shelters privileged documents from disclosure. The law of privilege does that. The exception simply recognizes that privilege.

(c) The PIPEDA Governs Information held by Private and not Public Organizations

[23] The PIPEDA governs the use, collection and disclosure of personal information by private organizations and represents Canada’s somewhat

faisant intervenir le privilège du secret professionnel de l’avocat. L’idée que des documents soumis à ce privilège puissent aboutir dans les mains d’agents d’application de la loi ne peut avoir que l’effet paralysant évoqué par le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 49, ce qui risque d’ébranler la confiance et la franchise des justiciables dans leurs rapports avec leurs avocats.

[21] Bien que les parties n’aient pas plaidé la question, il convient aussi de noter que les documents soumis au privilège du secret professionnel de l’avocat seraient soustraits à la divulgation, qu’ils soient ou non censés l’être en vertu de la LPRPDE. C’est ce qu’a statué la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, au paragraphe 29, dans le contexte de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165 :

[TRADUCTION] Qu’en est-il donc de l’objet de l’article 14 de la loi de la Colombie-Britannique? Intitulé « Avis juridiques », cet article dispose ainsi : « Le responsable d’un organisme public peut refuser de communiquer à un demandeur des renseignements qui sont assujettis au privilège du secret professionnel de l’avocat ». On imagine que cette disposition visait à protéger les communications entre les organismes publics en tant que clients et leurs avocats; mais encore une fois, même si l’article 14 n’avait pas été édicté, la loi protégerait les renseignements soumis au privilège du secret professionnel de l’avocat, qu’ils soient ceux de l’avocat ou ceux de son client.

[22] Bref, la raison pour laquelle un texte explicite est requis pour écarter le privilège du secret professionnel de l’avocat est que ce privilège est présumé inviolable. L’exception à ce privilège prévue à la LPRPDE n’est pas ce qui soustrait les documents confidentiels à la divulgation. C’est là le rôle des règles régissant ce privilège. L’exception reconnaît simplement le principe du secret professionnel.

c) La LPRPDE régit les renseignements détenus par les organisations privées et non publiques

[23] La LPRPDE régit la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par les organisations privées et reflète une décision assez

grudging move away from industry self-regulation (see B. McIsaac, R. Shields and K. Klein in *The Law of Privacy in Canada*, looseleaf (Toronto: Carswell, 2000)). This move was brought about by a need for the Government of Canada to bring our laws into line with the trade requirements of the European Union. The history of the legislation was carefully reviewed by this Court in *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572 (F.C.A.) (*Englander*). That history reveals that the legislation arose as a compromise among stakeholders who wanted a flexible legislative framework. The PIPEDA expressly states it will be subordinate to any substantively similar provincial law.

[24] In contrast, the purpose of the AIA (at paragraphs 14 and 15) is much more fundamental to Canada's system of government. The Supreme Court in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773 (*Lavigne*) noted at paragraph 31 that the AIA, like other access to information statutes, has as its main purpose the codification of a right of access to information held by the Canadian government. In *Lavigne*, the Supreme Court of Canada recognized the need for this feature in Canada's political structure. In a modern bureaucratic state, access to information helps preserve national values and provides a humane system of government. Consequently, access to information legislation has been afforded a quasi-constitutional status, and the Commissioner so empowered has been given an ombudsman's role (see *Lavigne*, at paragraphs 38 and 39).

[25] This Court in *Englander* also stated that one should not be hasty in applying principles and rules of interpretation developed in the context of *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] to the PIPEDA (see paragraph 36). Décaré J.A. writing for the panel stated the purpose of the PIPEDA was altogether different from the *Privacy Act* and he recognized that the PIPEDA was the result of legislative compromise. In our case, the Judge stated, in effect, that because Parliament had the confidence to entrust the Commissioner with sensitive information under the *Privacy Act*, it should be inferred

hésitante du Canada d'abandonner le principe d'autoréglementation de l'industrie (voir B. McIsaac, R. Shields et K. Klein dans *The Law of Privacy in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 2000). Cette décision résultait de la nécessité pour le gouvernement du Canada d'harmoniser ses lois avec les impératifs commerciaux de l'Union européenne. L'historique de la loi a été minutieusement examiné par la Cour dans l'arrêt *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572 (C.A.F.) (*Englander*). Cet historique nous enseigne que la loi résultait d'un compromis entre parties intéressées qui souhaitaient un cadre législatif souple. La LPRPDE prévoit explicitement qu'elle sera subordonnée à toute loi provinciale similaire sur le fond.

[24] L'objet de la LAI (voir les paragraphes 14 et 15) est quant à lui beaucoup plus important pour le système de gouvernement canadien. Dans l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773 (*Lavigne*), la Cour suprême écrivait, au paragraphe 31, que la LAI, comme les autres lois sur l'accès à l'information, a pour principal objet la codification d'un droit d'accès à l'information que détient le gouvernement canadien. Dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour suprême du Canada reconnaissait la nécessité de cette caractéristique dans le régime politique du Canada. Dans une administration moderne, l'accès à l'information permet de préserver les valeurs nationales et d'humaniser le système de gouvernement. C'est pourquoi la législation sur l'accès à l'information s'est vu reconnaître un statut quasi constitutionnel, et c'est pourquoi le commissaire ainsi habilité en la matière s'est vu reconnaître un rôle d'ombudsman (voir l'arrêt *Lavigne*, aux paragraphes 38 et 39).

[25] Dans l'arrêt *Englander*, la Cour écrivait aussi qu'il faut se garder d'appliquer à la LPRPDE les principes et règles d'interprétation élaborés dans le contexte de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] (LPRP) (voir le paragraphe 36). S'exprimant au nom de la formation, le juge Décaré écrivait que l'objet de la LPRPDE était tout à fait différent de celui de la LPRP, et il reconnaissait que la LPRPDE était le produit d'un compromis législatif. Pour le cas qui nous concerne, le juge écrivait pour sa part que, puisque le législateur avait confiance

that Parliament intended the Commissioner to have access to privileged records (see paragraph 55 of his reasons). In my analysis, the Judge's adoption of legal principles developed under the *Privacy Act* to an analysis under the PIPEDA was in error.

(d) Role of the Commissioner when Faced with a Claim of Solicitor-Client Privilege

[26] The Judge concluded that the exercise of the power by the Commissioner to compel and examine solicitor-client privileged records was not an abrogation of that privilege. In his view, the sanctity of the privilege was not violated by having an investigator from the Commissioner's office examine privileged communication (see his reasons at paragraph 58). Respectfully, I cannot agree.

[27] First of all, the reference in paragraph 12(1)(a) to the Commissioner's power being exercisable in the same manner and to the same extent as a superior court was not intended to empower the Commissioner with the jurisdiction of a superior court. That paragraph does not apply generally to all of the extraordinary powers of the Commissioner, but only to the procedural powers in that paragraph, to compel evidence, records and things in the course of investigating a complaint.

[28] Put another way, the paragraph allows the Commissioner, for this limited purpose, to issue subpoenas and orders that have the force of law for matters otherwise within her investigative jurisdiction.

[29] Language that allows a tribunal to compel evidence in the same manner and to the same extent as a superior court or the Federal Court does not extend the jurisdiction of a tribunal or commission. For example, in *Public Service Alliance of Canada v. Northwest Territories* (2000), 191 F.T.R. 266 (F.C.T.D.), affd

dans la capacité du commissaire de protéger les renseignements sensibles aux termes de la LPRP, on devait en déduire que le législateur voulait que le commissaire dispose d'un accès aux documents confidentiels (voir le paragraphe 55 de ses motifs). D'après moi, il a commis une erreur lorsqu'il a adopté, pour une analyse selon la LPRPDE, les principes juridiques élaborés dans le contexte de la LPRP.

d) Le rôle du commissaire lorsqu'est revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat

[26] Le juge a conclu que l'exercice par le commissaire du pouvoir de forcer la production de documents soumis au privilège du secret professionnel de l'avocat, et du pouvoir d'examiner tels documents, ne revenait pas à nier ce privilège. Selon lui, le privilège ne perdait pas son caractère sacré parce qu'un enquêteur du Commissariat examinait la communication privilégiée (voir le paragraphe 58 de ses motifs). Malheureusement, il m'est impossible de partager son avis.

[27] D'abord, quand l'alinéa 12(1)a) de la LPRPDE dit que le commissaire peut exercer son pouvoir de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives, cela ne signifie pas que le commissaire est investi de la compétence d'une cour supérieure d'archives. Cet alinéa ne s'applique pas d'une manière générale à l'ensemble des pouvoirs extraordinaires du commissaire, mais uniquement au pouvoir procédural conféré par cet alinéa, soit le pouvoir de contraindre des témoins à déposer et à produire les documents ou pièces nécessaires pour l'examen d'une plainte.

[28] Autrement dit, l'alinéa 12(1)a) autorise le commissaire, pour cette fin restreinte, à émettre des citations à comparaître et à rendre des ordonnances qui ont force de loi pour les aspects qui relèvent par ailleurs de son pouvoir d'enquête.

[29] Des mots qui confèrent à un tribunal administratif le pouvoir de contraindre des témoins à déposer, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure ou que la cour fédérale, ne sauraient élargir la compétence de ce tribunal administratif ou d'une commission. Ainsi, dans la

(2001), 278 N.R. 187 (F.C.A.), MacKay J. considered the effect of paragraph 50(3)(a) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. The paragraph read:

50. . . .

(3) In relation to a hearing of the inquiry, the member or panel may,

(a) in the same manner and to the same extent as a superior court of record, summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to . . . produce any documents . . .

[30] In that case, the applicants argued this language meant the tribunal could hear a privilege claim under section 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. MacKay J. ruled that only an actual superior court could rule on the issue of privilege.

(e) How to Deal with a Claim of Solicitor-Client Privilege under the PIPEDA

[31] Section 15 of the PIPEDA permits the Commissioner to apply to the Federal Court in relation to any matter referred to in section 14 which in turn encompasses solicitor-client privilege pursuant to subsection 9(3) of that Act (at paragraph 4 of these reasons).

[32] The intervener, the Law Society of Alberta, directed the panel to the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445. That case outlined useful principles to be applied regarding a review of solicitor-client privilege by civil and criminal courts. McClure faced sexual charges from 12 former students, including one "J.C." who had also commenced a civil action. In the criminal action, McClure sought production of J.C.'s civil litigation file in order to determine the nature of his allegations and to test his motivation in fabricating or exaggerating incidents of abuse. Major J. outlined a three-stage procedural test to protect the solicitor-client privilege. In the first two

décision *Alliance de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest*, [2000] A.C.F. n° 1646 (1^{re} inst.) (QL), confirmée par 2001 CAF 259, le juge MacKay examinait l'effet de l'alinéa 50(3)a) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. Cet alinéa est ainsi formulé :

50. [. . .]

(3) Pour la tenue de ses audiences, le membre instructeur a le pouvoir :

a) d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître, à déposer [. . .] et à produire les pièces [. . .] au même titre qu'une cour supérieure d'archives;

[30] Dans cette affaire, les demandeurs faisaient valoir que, d'après ce texte, le tribunal pouvait se prononcer sur une revendication de privilège faite en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Le juge MacKay a décidé que seule une cour supérieure au sens propre du terme pouvait statuer sur la question du privilège.

e) Comment statuer sur une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat aux termes de la LPRPDE

[31] L'article 15 de la LPRPDE autorise le commissaire à s'adresser à la Cour fédérale pour toute question, mentionnée dans l'article 14, qui comporte un privilège du secret professionnel de l'avocat selon ce que prévoit le paragraphe 9(3) de la LPRPDE (voir le paragraphe 4 des présents motifs).

[32] L'intervenante, la Law Society of Alberta, nous a renvoyés à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445. Ce précédent expose des principes utiles que les juridictions civiles et criminelles sont invitées à appliquer lorsqu'elles examinent une revendication du secret professionnel de l'avocat. McClure était accusé d'infractions sexuelles par 12 anciens étudiants, dont un certain « J.C. », qui avait également engagé une action civile contre lui. Dans la poursuite criminelle, McClure a demandé la production du dossier de J.C. relatif à son action civile afin de déterminer la nature des allégations du plaignant et de voir s'il avait pu inventer ou exagérer

stages, the party seeking privileged material must establish that there is no other compellable source for the privileged information as well as an evidentiary basis upon which to conclude that the information would be legally useful. In the third stage, the judge must then examine the documents and will not release them unless satisfied that they would likely give rise to an issue of relevance pertinent to the ultimate disposition of the case.

[33] In my analysis, the Commissioner's ability to conduct her investigation is not fettered by a rule that protects privileged communication. In circumstances where a broad claim of solicitor-client privilege is used as a shield to thwart an investigation, judges of the Federal Court are equal to the task of developing procedures that adequately minimize the potential invasion of the privilege (see also *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, at paragraph 21).

V. Conclusion

[34] In summary, the Judge erred in adopting a purposive and liberal interpretation of paragraphs 12(1)(a) and (c) of the PIPEDA and in adopting the *Privacy Act* principles in a PIPEDA review. The appeal should be allowed, the order of the Judge dated March 8, 2005 should be set aside and the Commissioner's order for production of records dated October 22, 2003 should be vacated. Costs to the appellant in this appeal. No costs were sought by the intervener, the Law Society of Alberta.

SHARLOW J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

des épisodes d'agression. Le juge Major a exposé un critère procédural en trois étapes pour la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans les deux premières étapes, la partie qui sollicite les documents confidentiels doit établir qu'il n'existe aucune autre source d'où puissent être obtenus les renseignements confidentiels, et apporter la preuve que les renseignements seraient juridiquement utiles. Durant la troisième étape, le juge doit alors examiner les documents et il n'en autorisera pas la communication à moins d'être certain qu'ils soulèveraient probablement une question de pertinence intéressant l'issue finale de l'affaire.

[33] Selon moi, l'aptitude du commissaire à mener son enquête n'est pas réduite par une règle qui protège les communications confidentielles. Lorsqu'une revendication générale du privilège du secret professionnel de l'avocat est utilisée pour faire obstacle à une enquête, les juges de la Cour fédérale sont à même d'élaborer des procédures propres à minimiser comme il convient l'abus possible de la revendication du privilège (voir aussi l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, au paragraphe 21).

V. Dispositif

[34] En résumé, le juge a commis une erreur en adoptant, pour les alinéas 12(1)a) et c) de la LPRPDE, une interprétation libérale, fondée sur l'objet visé, et en adoptant les principes de la LPRP dans un examen intéressant la LPRPDE. L'appel devrait être accueilli, l'ordonnance du juge en date du 8 mars 2005 devrait être cassée et l'ordre de production de documents rendu par le commissaire en date du 22 octobre 2003 devrait être annulé. Les dépens sont adjugés à l'appelant dans le présent appel. L'intervenante, la Law Society of Alberta, n'a pas sollicité l'adjudication de dépens.

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

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