

**A. M. Appellant**

v.

**Clive Ryan and Dr. Kathleen Parfitt Respondents**

INDEXED AS: M. (A.) v. RYAN

File No.: 24612.

1996: October 2; 1997: February 6.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Evidence — Disclosure — Counselling records — Victim bringing civil action for damage allegedly caused by defendant's sexual conduct — Defendant seeking production of psychiatrist's counselling records and notes — Whether documents privileged — Whether records and notes should be produced — British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11).*

When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from the respondent R. In the course of treatment, R had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued R for damages. In order to deal with the difficulties allegedly caused by the sexual assault and gross indecency as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from the respondent P. The appellant was concerned that communications between her and P should remain confidential, and P assured her that everything possible would be done to ensure that this was the case. At one point, the appellant's concerns led P to refrain from taking her usual notes. At the hearing before the Master of R's motion to obtain disclosure, P agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported P's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant. The Master found that P had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to R. The British Columbia Supreme Court affirmed that decision. P's appeal to the Court of Appeal was allowed in part. The court ordered disclosure of P's reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. The disclosure ordered

**A. M. Appelante**

c.

**Clive Ryan et Dr Kathleen Parfitt Intimés**

RÉPERTORIÉ: M. (A.) c. RYAN

Nº du greffe: 24612.

1996: 2 octobre; 1997: 6 février.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Preuve — Divulgation — Dossiers de consultation — Poursuites civiles intentées par la victime pour le préjudice que lui aurait causé la conduite sexuelle du défendeur — Demande du défendeur visant à obtenir la production des notes et des dossiers de consultation du psychiatre — Ces documents sont-ils privilégiés? — Les dossiers et les notes devraient-ils être produits? — British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(11).*

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, l'intimé R. Au cours du traitement, R a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a blessée et elle poursuit R en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Pour faire face aux difficultés qui lui auraient été causées par l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence, ainsi qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté une psychiatre, l'intimée P. L'appelante tenait à ce que ses communications avec P demeurent confidentielles, et P lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour qu'il en soit ainsi. À un moment donné, P s'est abstenu de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante. À l'audition devant le protonotaire de la requête en divulgation de R, P a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appelante était présent. Il a appuyé P dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appelante. Le protonotaire a conclu que P ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production à R. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision. L'appel de P devant la Cour d'appel a été accueilli en partie. La cour a ordonné la divulgation des

was protected by four conditions: that inspection be confined to R's solicitors and expert witnesses, and that R himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by R's solicitors, to be passed on as necessary to R's expert witnesses.

lettres de compte rendu et des notes de P relatant les discussions entre elle et l'appelante. La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l'examen des documents devrait être réservé aux avocats de R et aux témoins experts sans que R puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s'abstenir d'en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu'aux fins du litige, et les avocats de R ne devraient faire qu'une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts de R.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major JJ.: Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d'un privilège interdisant la divulgation découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d'apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de priviléges, lorsqu'on peut démontrer qu'elles sont requises par un intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité. La common law permet l'existence d'un privilège dans de nouvelles situations où la raison, l'expérience et l'application des principes qui sous-tendent les priviléges traditionnels le requièrent. Il s'ensuit que le droit en matière de priviléges peut évoluer de manière à refléter la réalité sociale et juridique contemporaine, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les trois premières conditions de l'existence d'un privilège relatif aux communications entre un psychiatre et la victime d'une agression sexuelle sont remplies en l'espèce, étant donné que les communications ont été transmises confidentiellement, que leur confidentialité était essentielle aux rapports entre le psychiatre et sa patiente, et que ces rapports en soi et le traitement qu'ils rendent possible revêtent une importance supérieure pour le public. La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

Si la cour qui examine une revendication de privilège décide qu'un document ou une catégorie donnée de documents doivent être produits pour découvrir la vérité et éviter qu'un verdict injuste ne soit prononcé, elle doit en permettre la production dans la mesure requise pour

If the court considering a claim for privilege determines that a particular document or class of documents must be produced to get at the truth and prevent an unjust result, it must permit production to the extent required to avoid that result. On the other hand, the need

to get at the truth and avoid injustice does not automatically negate the possibility of protection from full disclosure. An order for partial privilege will more often be appropriate in civil cases where, as here, the privacy interest is compelling. Disclosure of a limited number of documents, editing by the court to remove non-essential material, and the imposition of conditions on who may see and copy the documents are techniques which may be used to ensure the highest degree of confidentiality and the least damage to the protected relationship, while guarding against the injustice of cloaking the truth. While a test for privilege which permits the court occasionally to reject an otherwise well-founded claim for privilege in the interests of getting at the truth may not offer patients a guarantee that communications with their psychiatrists will never be disclosed, the assurance that disclosure will be ordered only where clearly necessary and then only to the extent necessary is likely to permit many to avail themselves of psychiatric counselling when certain disclosure might make them hesitate or decline.

It is open to a judge to conclude that psychiatrist-patient records are privileged in appropriate circumstances. In order to determine whether privilege should be accorded to a particular document or class of documents and, if so, what conditions should attach, the judge must consider the circumstances of the privilege alleged, the documents, and the case. While it is not essential in a civil case that the judge examine every document, he or she may do so if necessary to the inquiry. A court, in a case such as this, might well consider it best to inspect the records individually to the end of weeding out those which were irrelevant to this defence, but the alternative chosen by the Court of Appeal of refusing to order production of one group of documents and imposing stringent conditions on who could see the others and what use could be made of them cannot be said to be in error and should not be disturbed.

The appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master does not deprive her of the right to claim it. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver, and the

éviter ce résultat. Par ailleurs, le besoin de découvrir la vérité et d'éviter une injustice n'écarte pas automatiquement la possibilité d'une protection contre une divulgation complète. Une ordonnance de privilège partiel conviendra plus souvent dans des affaires civiles où, comme en l'espèce, le droit à la vie privée est décisif. La divulgation d'un nombre limité de documents, leur révision par la cour pour en éliminer tout ce qui n'est pas essentiel et l'imposition de conditions quant à savoir qui peut prendre connaissance de ces documents ou en faire des copies sont des moyens qui peuvent être pris pour préserver le plus possible la confidentialité et causer le moins de tort possible aux rapports protégés, tout en évitant l'injustice de la dissimulation de la vérité. Bien qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantisse peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à la faire.

Il est loisible à un juge de statuer que les dossiers d'un psychiatre concernant un patient sont des documents privilégiés, lorsque cela est indiqué. Pour déterminer si un privilège devrait être accordé relativement à un document ou à une catégorie de documents et, le cas échéant, à quelles conditions, le juge doit examiner les circonstances dans lesquelles le privilège est invoqué, les documents en cause et l'ensemble de l'affaire. Bien que, dans une affaire civile, il ne soit pas essentiel que le juge examine chaque document, il peut le faire si cela est nécessaire à la recherche de renseignements. Un tribunal, dans un cas comme la présente affaire, pourrait bien décider qu'il vaut mieux examiner chaque dossier individuellement afin de retirer ceux qui ne sont pas pertinents quant à ce moyen de défense. Cependant, on ne peut affirmer que la Cour d'appel a eu tort de refuser d'ordonner la production d'un groupe de documents et de fixer des conditions strictes quant aux personnes qui pourraient consulter les autres documents et quant à l'utilisation qui pourrait être faite de ceux-ci, et il n'y a pas lieu de modifier sa décision à ce sujet.

La prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le protonotaire, un privilège relativement aux dossiers ne la prive pas du droit de revendiquer ce privilège. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des

appellant's conduct does not support a finding of waiver.

Where the doctrine of privilege applies, it displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Direct disclosure of all of the information shared in the course of therapy to defence counsel and professionals who are assisting the defence constitutes a very serious breach of the plaintiff's interests in privacy as regards these communications. While the plaintiff's privacy interests in the records may receive some protection under the doctrine of privilege, this is only to the degree they serve the greater purpose of promoting relationships sufficiently valued by the public. McLachlin J.'s approach to partial privilege is agreed with, but it cannot displace the residual discretion to order production of documents in a manner which effects an appropriate balance of the *Charter* values engaged in the appeal. The source of this discretion is a common law discretionary rule governing the exercise of powers established under the B.C. Rules of Court. Since the appellant has asserted her privacy interest in private records independently of her claim for privilege, it is necessary to determine whether this interest has received adequate attention.

The traditional common law approach to the power conferred upon the courts to order the production of documents for discovery in civil proceedings holds that all relevant documents which are not privileged must be produced. An alternative approach, that taken by the Court of Appeal in this case, is one which places an outer limit on this discretion, a limit which ensures that the discovery procedures not work injustice, even where a claim of privilege has not been successful and it appears that information in the document is relevant to an issue at trial. The latter approach is more consistent with the wording of the Rules governing discovery, the origins of the procedure, the common law discretionary rules governing information regarding non-parties, and the effect of the *Charter* on the exercise of common law and statutory discretion in civil proceedings. In any

documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation, et la conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation.

Lorsqu'elle s'applique, la règle du privilège supplante tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerieit le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La communication directe, à l'avocat de la défense et aux experts qui assistent la défense, de tous les renseignements échangés pendant la thérapie constitue une atteinte très grave au droit de la demanderesse à la confidentialité de ces communications. Si le droit de la partie demanderesse à la confidentialité des documents peut être protégé en vertu de la règle du privilège, il en est ainsi seulement dans la mesure où il sert à atteindre l'objectif supérieur de la promotion de rapports ayant une valeur suffisante aux yeux du public. Il y a accord avec la façon dont le juge McLachlin aborde le privilège partiel, mais ce privilège ne saurait supplanter le pouvoir discrétionnaire résiduel d'ordonner la production de documents de manière à soupeser adéquatement les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans le pourvoi. La source de ce pouvoir discrétionnaire est une règle discrétionnaire de common law régissant l'exercice des pouvoirs conférés en vertu des Règles de pratique de la Colombie-Britannique. Étant donné que l'appelante a fait valoir son droit à la confidentialité de dossiers privés indépendamment de sa revendication d'un privilège, il est nécessaire de déterminer si ce droit a reçu une attention suffisante.

Suivant la façon traditionnelle d'aborder, en common law, le pouvoir des tribunaux d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable dans des procédures civiles, tous les documents pertinents qui ne sont pas des documents privilégiés doivent être produits. Une autre façon de procéder, celle adoptée par la Cour d'appel en l'espèce, consiste à délimiter le pouvoir discrétionnaire de manière à assurer que la procédure de communication préalable de documents ne cause pas d'injustice, même lorsqu'un privilège a été revendiqué en vain et qu'il semble que l'information contenue dans les documents soit pertinente à l'égard d'une question en litige. Cette dernière méthode est plus compatible avec le texte des règles de pratique régissant la communication préalable de documents, les origines de la procédure, les règles discrétionnaires de common

event, the court must ensure that the approach followed reflects an adequate balance of the values underlying the *Charter*.

As the records at issue here are of the same nature as those mentioned in *O'Connor*, the appellant has established a reasonable expectation of privacy in the records. Rather than having waived her right to privacy by instituting an action, the appellant has engaged a process where her reasonable expectation of privacy must be balanced against the society's need to ensure that such litigation be conducted fairly and effectively. The *Charter*-related value of a fair trial for all litigants, as a fundamental principle of justice, is also affected in such cases and must be balanced with the privacy interests of the appellant. The value of equality must further guide the procedure of discovery in tort cases involving sexual assault.

Given the distinguishing and shared features of the criminal and civil contexts for production of private records, the following procedure seems the appropriate one in the context of civil discovery. The party seeking production must notify those with an interest in the confidentiality of the records. Before a court may order production of private records to the defence for the purposes of discovery, it must first ascertain what documents are likely to be relevant to an issue at trial. In civil cases the required information will be provided by the affidavit of the party seeking the order. The court must then order production of the likely relevant documents to the court for screening and removal of any information which the court deems is not likely relevant or otherwise exempt from production given the balancing of the interests involved. A number of factors to guide in this evaluation are suggested. A judge may also ask the guardian of the documents for an inventory of those in his or her possession to assist in the screening process.

These additional procedures will not confuse trial judges. In many cases, such as the one before us, the privilege claim will be settled by the judge on the basis of affidavit evidence. Even where inspection may be

law régissant l'information concernant des tiers et l'incidence de la *Charte* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire émanant de la common law et de la loi dans des procédures civiles. Quoi qu'il en soit, la cour doit s'assurer que la méthode suivie reflète une pondération adéquate des valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Comme les dossiers dont il est question en l'espèce sont de même nature que ceux mentionnés dans l'arrêt *O'Connor*, l'appelante a établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard de ces documents. Au lieu de renoncer à son droit à la vie privée en intentant une action, l'appelante s'est engagée dans une démarche où l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée doit être pondérée en regard de la nécessité, pour la société, d'assurer le déroulement équitable et efficace d'un tel litige. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est également en cause à titre de principe de justice fondamentale, et doit être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. La valeur d'égalité doit aussi guider la procédure de communication préalable dans les affaires de responsabilité civile délictuelle résultant d'une agression sexuelle.

Compte tenu des caractéristiques distinctives et communes des contextes criminel et civil au chapitre de la production de dossiers privés, la procédure suivante semble opportune aux fins de la communication préalable de documents en matière civile. La partie qui demande la production doit en informer les personnes ayant intérêt à ce que les dossiers demeurent confidentiels. Pour qu'un tribunal puisse ordonner la communication préalable de dossiers privés à la défense, il doit tout d'abord déterminer quels documents ont une pertinence probable relativement à une question en litige. En matière civile, les renseignements nécessaires sont fournis au moyen de l'affidavit de la partie qui demande l'ordonnance. Le tribunal doit ensuite ordonner que les documents ayant une pertinence probable lui soient remis pour qu'il puisse les examiner et y supprimer tout renseignement qui, selon lui, n'a aucune pertinence probable ou doit par ailleurs échapper à la production après pondération des droits en cause. Un certain nombre de facteurs devant guider cette évaluation sont proposés. Un juge peut également demander à la personne qui a la garde des documents de faire l'inventaire de ceux qui sont en sa possession afin d'en faciliter l'examen.

Cette procédure supplémentaire ne sera pas déroutante pour les juges du procès. Dans bien des cas, comme celui dont nous sommes saisis, le juge statuera sur la revendication de privilège à partir d'une preuve

required, the fourth branch of the Wigmore test should be applied to the documents as a whole. Once the privilege claim has been settled, the judge would then undertake the screening procedures described above to those documents which are not protected, provided their likely relevance has been established.

Here the Court of Appeal did not review the documents before ordering their production. By failing to screen private records in such cases, the court creates an impermissible hierarchy of *Charter* values, where interests in privacy and equality may be seriously affected for records or information which may provide very little if any benefit to the defence or be unnecessary to ensure the fairness of proceedings. The decision of the Court of Appeal should be set aside, except as regards the notes which were not disclosed, and the matter remitted to the Master for determination in a manner consistent with these reasons.

par affidavit. Même lorsque l'examen peut être requis, il y a lieu d'appliquer le quatrième volet du test de Wigmore à l'ensemble des documents. Une fois tranchée la question de la revendication de privilège, le juge s'attaquerait à l'examen susmentionné des documents non privilégiés, à la condition que leur pertinence probable ait été établie.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas examiné les documents avant d'en ordonner la production. En omettant d'examiner les dossiers privés en de telles circonstances, la cour établit une hiérarchie inacceptable des valeurs de la *Charte*, qui fait en sorte que les droits à la vie privée et à l'égalité peuvent faire l'objet d'une grave atteinte en échange de dossiers ou de parties de ceux-ci qui peuvent tout au plus procurer un avantage très minime à la défense, ou être inutiles pour garantir l'équité des procédures. L'arrêt de la Cour d'appel devrait être infirmé, sauf en ce qui concerne les notes qui n'ont pas été divulguées, et l'affaire devrait être renvoyée devant le protonotaire pour qu'il rende une décision compatible avec les présents motifs.

## Cases Cited

By McLachlin J.

**Not followed:** *Jaffee v. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), aff'g 51 F.3d 1346 (1995); **referred to:** *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

## Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt non suivi:** *Jaffee c. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), conf. 51 F.3d 1346 (1995); **arrêts mentionnés:** *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Frenette c. Métropolitaine (La) Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

**Statutes and Regulations Cited**

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(10), (11).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 15.

**Authors Cited**

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).

McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, allowing in part the respondent Parfitt's appeal from a decision of Vickers J. (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, affirming an order of Master Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordering the respondent Parfitt to produce a copy of her records relating to the appellant. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Brian J. Wallace, Q.C.*, and *Carolyn McCool*, for the appellant.

*Christopher E. Hinkson, Q.C.*, and *William S. Clark*, for the respondent Ryan.

No one appeared for the respondent Parfitt.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — After having been sexually assaulted by the respondent Dr. Ryan, the appellant sought counselling from a psychiatrist. The question on this appeal is whether the psychiatrist's notes and records containing statements the appellant made in the course of treatment are protected

**Lois et règlements cités**

British Columbia Supreme Court Rules, art. 26(10), (11).

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 15.

**Doctrine citée**

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1993).

McLachlin, Beverley M., and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Butterworths, 1979 (loose-leaf updated September 1996, issue 26).

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66, qui a accueilli en partie l'appel de l'intimée Parfitt contre une décision du juge Vickers (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480, qui avait confirmé une ordonnance du protonotaire Bolton (1993), 40 A.C.W.S. (3d) 730, [1993] B.C.W.L.D. 1680, ordonnant à l'intimée Parfitt de produire une copie de ses dossiers relatifs à l'appelante. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Brian J. Wallace, c.r.*, et *Carolyn McCool*, pour l'appelante.

*Christopher E. Hinkson, c.r.*, et *William S. Clark*, pour l'intimé Ryan.

Personne n'a comparu pour l'intimée Parfitt.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Après avoir été agressée sexuellement par l'intimé le Dr Ryan, l'appelante a consulté un psychiatre. En l'espèce, il s'agit de savoir si les notes et les dossiers du psychiatre contenant des déclarations que l'appelante a faites au cours de son traitement échappent à toute divulgation.

from disclosure in a civil suit brought by the appellant against Dr. Ryan. Put in terms of principle, should a defendant's right to relevant material to the end of testing the plaintiff's case outweigh the plaintiff's expectation that communications between her and her psychiatrist will be kept in confidence?

## I. The Facts and History of Proceedings

When the appellant was 17 years old, she underwent psychiatric treatment from Dr. Ryan. In the course of treatment, Dr. Ryan had sexual relations with her. He also committed acts of gross indecency in her presence. The appellant asserts that this conduct injured her and has sued Dr. Ryan for damages. Dr. Ryan does not deny that this sexual conduct occurred. He contends, however, that the appellant consented to the acts. He also takes the position that the conduct was not the cause of the injury for which the plaintiff sues.

The appellant alleges that the sexual assault and gross indecency caused her mental distress and anguish, loss of dignity and self-esteem, humiliation and embarrassment, difficulty in forming and maintaining relationships with other persons, lasting psychological and emotional trauma, continuing fear and anxiety, foregone career and educational opportunities, inability to verbalize emotions and recollections of the events, repeated suicide attempts, severe depression and post-traumatic stress disorder. In order to deal with these difficulties as well as other problems, the appellant sought psychiatric treatment from Dr. Parfitt.

The appellant was concerned that communications between her and Dr. Parfitt should remain confidential. Dr. Parfitt assured her that everything possible would be done to ensure that their discussions would remain confidential. At one point, the appellant's concerns led Dr. Parfitt to refrain from taking her usual notes.

gation dans des poursuites civiles intentées par l'appelante contre le Dr Ryan. En principe, le droit d'une partie défenderesse à la documentation pertinente pour vérifier l'exactitude de la preuve de la partie demanderesse l'emporte-t-il sur l'attente de cette dernière à ce que ses communications avec son psychiatre demeurent confidentielles?

## I. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

L'appelante était âgée de 17 ans lorsqu'elle a été traitée par un psychiatre, le Dr Ryan. Au cours du traitement, le Dr Ryan a eu des relations sexuelles avec elle. Il a également accompli des actes de grossière indécence en sa présence. L'appelante allègue que cette conduite l'a lésée et elle poursuit le Dr Ryan en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Le Dr Ryan ne nie pas qu'il a adopté cette conduite sexuelle. Il affirme, toutefois, que l'appelante a consenti aux actes en question. Il fait aussi valoir que la conduite reprochée n'est pas la cause du préjudice pour lequel la demanderesse le poursuit.

L'appelante allègue que l'agression sexuelle et les actes de grossière indécence lui ont causé les problèmes suivants: souffrance morale et anxiété, perte de dignité et d'amour-propre, humiliation et honte, difficultés à nouer et à entretenir des relations interpersonnelles, traumatisme psychologique et émotionnel persistant, état de crainte et d'anxiété constant, perte de chances de carrière et de se faire instruire, pertes de mémoire et incapacité d'exprimer ses émotions, tentatives répétées de suicide, grave dépression et troubles de stress post-traumatique. Pour faire face à ces difficultés de même qu'à d'autres problèmes, l'appelante a consulté une psychiatre, le Dr Parfitt.

L'appelante tenait à ce que ses communications avec le Dr Parfitt demeurent confidentielles. Le Dr Parfitt lui a assuré qu'elle ferait tout son possible pour préserver la confidentialité de leurs discussions. À un moment donné, le Dr Parfitt s'est abstenu de prendre ses notes habituelles, en raison des craintes de l'appelante.

The British Columbia Rules of Court permit each party to an action to examine the other for discovery and to obtain discovery of all documents in the possession of the other party that are relevant to the lawsuit and not protected from disclosure by privilege or some other legal exemption. If a party has not voluntarily produced a required document, the court may order that it be produced. The rules also provide for documents to be obtained from third parties. Failing voluntary production, an application for production may be brought under Rule 26(11).

During the examination for discovery of the appellant, counsel for Dr. Ryan requested production of Dr. Parfitt's records and notes. The appellant's counsel advised that they would not be produced without a court order. Accordingly, Dr. Ryan's counsel brought a motion to obtain disclosure. At the hearing before Master Bolton, Dr. Parfitt agreed to release her reports, but claimed privilege in relation to her notes. Counsel for the appellant was present. He supported Dr. Parfitt's objections to production, but did not assert a formal claim to privilege on behalf of the appellant.

The Master found that Dr. Parfitt had no privilege in the documents and ordered that they all be produced to Dr. Ryan. In his view, there is no blanket privilege for communications between patient and physician. The only basis upon which privilege could be asserted would be under the principles approved by this Court for case-by-case privilege, sometimes referred to as the "Wigmore test". The first branch of this test requires that the communications originate in confidence. The Master ruled that this was not the case here, since the appellant had been fearful throughout that the doctor's notes would be disclosed and Dr. Parfitt had assured her only that everything possible would be done to ensure that their discussions were kept private. The Master went on to consider whether the discretion granted by the Rules of Court permitted him to accede to Dr. Parfitt's claim for confidentiali-

5  
Les Règles de pratique de la Colombie-Britannique permettent à chaque partie à une action en justice de procéder à l'interrogatoire préalable de l'autre partie et d'obtenir d'elle la communication de tous les documents en sa possession qui sont pertinents quant à la poursuite et qui n'échappent pas à la divulgation en raison d'un privilège ou d'une autre exception prévue par la loi. Dans le cas où une partie ne produit pas volontairement un document requis, la cour peut ordonner la production de ce document. Les Règles prévoient aussi l'obtention de documents auprès de tiers. À défaut d'une production volontaire, une demande de production peut être présentée en vertu du par. 26(11) des Règles.

Au cours de l'interrogatoire préalable de l'appelante, l'avocat du Dr Ryan a demandé la production des dossiers et des notes du Dr Parfitt. L'avocat de l'appelante a prévenu que ces documents ne seraient pas produits sans une ordonnance judiciaire. L'avocat du Dr Ryan a donc présenté une requête en divulgation. À l'audience devant le protonotaire Bolton, le Dr Parfitt a consenti à remettre ses rapports, mais a revendiqué un privilège à l'égard de ses notes. L'avocat de l'appelante était présent. Il a appuyé le Dr Parfitt dans son opposition à la production, mais n'a pas revendiqué formellement un privilège au nom de l'appelante.

7  
Le protonotaire a conclu que le Dr Parfitt ne jouissait d'aucun privilège quant aux documents en question et en a ordonné la production au Dr Ryan. À son avis, il n'y avait aucun privilège général applicable aux communications entre un patient et son médecin. Un privilège ne pourrait être invoqué qu'en vertu des principes approuvés par notre Cour en ce qui concerne un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, lesquels principes sont parfois désignés sous le nom de «critère de Wigmore». Le premier volet de ce critère exige que les communications aient été transmises confidentiellement. Le protonotaire a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce, étant donné que l'appelante avait constamment craint que les notes de son médecin ne soient divulguées, et que le Dr Parfitt ne lui avait donné que l'assurance qu'elle ferait tout son possible pour préserver le

ality. He found the notes to be relevant. The only remaining question was whether Dr. Parfitt's "embarrassment" at revealing the notes outweighed this probative value. It did not, in the Master's view. Although he acknowledged the legitimate interest of keeping patient-therapist discussions free-ranging and confidential, he held that this was not a factor that he could consider under the law as it stood.

caractère confidentiel de leurs discussions. Le protonotaire s'est ensuite demandé si le pouvoir discrétionnaire conféré par les règles de pratique l'autorisait à accéder à la demande du Dr Parfitt en matière de confidentialité. Il a conclu que les notes étaient pertinentes. Il ne restait plus qu'à décider si l'«embarras» dans lequel le Dr Parfitt serait mis s'il avait à divulguer ses notes l'emportait sur leur valeur probante. Le protonotaire a jugé que non. Tout en reconnaissant l'intérêt légitime qu'il y a à préserver la confidentialité et la liberté des discussions entre un patient et son thérapeute, il a conclu que ce n'était pas un facteur dont il pouvait tenir compte selon l'état du droit.

<sup>8</sup> Dr. Parfitt appealed to the Supreme Court of British Columbia. That appeal was dismissed: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Vickers J. agreed that the notes were not privileged, not on the ground that they had not been made in confidence as the Master had found, but on the ground that the public interest in the proper administration of justice outweighed confidentiality concerns where the appellant had placed the matters in issue by initiating the suit.

Le Dr Parfitt a interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cet appel a été rejeté: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 180, [1993] 7 W.W.R. 480. Le juge Vickers était d'avis que les notes ne constituaient pas des documents privilégiés, non pas parce que leur contenu n'avait pas été transmis confidentiellement, comme le protonotaire l'avait conclu, mais parce que l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice l'emportait sur les considérations de confidentialité, du fait que l'appelante avait elle-même provoqué cette situation en engageant les poursuites judiciaires.

<sup>9</sup> Dr. Parfitt appealed to the British Columbia Court of Appeal. The appeal was allowed in part: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Southin J.A. began by stating that she was only concerned with Dr. Parfitt's privilege and not the plaintiff's, since the plaintiff had not properly claimed privilege. A physician could only assert privilege if disclosure would harm the physician. Dr. Parfitt had not shown this to be the case. Therefore, no claim for privilege could be made by anyone, and the matter fell to be considered exclusively under the Rules of Court.

Le Dr Parfitt a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'appel a été accueilli en partie: (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, 119 D.L.R. (4th) 19, [1995] 1 W.W.R. 677, 51 B.C.A.C. 135, 84 W.A.C. 135, 32 C.P.C. (3d) 66. Le juge Southin a commencé par affirmer qu'elle ne s'intéressait qu'au privilège du Dr Parfitt, et non à celui de la demanderesse, étant donné que la revendication de privilège de cette dernière n'était pas justifiée. Un médecin ne peut invoquer l'existence d'un privilège que dans le cas où la divulgation lui serait préjudiciable. Le Dr Parfitt n'avait pas établi qu'il en serait ainsi. Par conséquent, personne ne pouvait revendiquer un privilège, et l'examen de l'affaire devait reposer exclusivement sur les règles de pratique.

<sup>10</sup> Under Rule 26(11), relevant or "material" documents should be produced unless the order is oppressive of the plaintiff or will have such an

La Cour d'appel a statué que, en vertu du par. 26(11) des Règles, les documents pertinents ou «importants» doivent être produits à moins que

adverse effect on her that it would be unjust to order production, the Court of Appeal ruled. In applying this test, the court should consider whether the particular invasion of privacy is necessary to the proper administration of justice and, if so, whether terms are appropriate to limit that invasion. On the one hand, a plaintiff should not be "scared away" from suing by fear of disclosure. On the other hand, a defendant should not be deprived of an assessment of the true loss caused by the alleged wrong. There is no perfect balance to be struck, in the court's view.

Southin J.A. ordered disclosure of Dr. Parfitt's reporting letters and notes recording discussions between her and the appellant. Southin J.A. did not order disclosure of Dr. Parfitt's personal notes which she uses to make sense of what the patient is telling her. These notes were not disclosed because the appellant assured the court that Dr. Parfitt would not be called at trial and therefore her diagnosis was "of no moment" (p. 19 B.C.L.R.). The disclosure ordered was protected by four conditions: that inspection be confined to Dr. Ryan's solicitors and expert witnesses, and that Dr. Ryan himself could not see them; that any person who saw the documents should not disclose their contents to anyone not entitled to inspect them; that the documents could be used only for the purposes of the litigation; and that only one copy of the notes was to be made by Dr. Ryan's solicitors, to be passed on as necessary to Dr. Ryan's expert witnesses.

The appellant objects to this order for limited production and appeals to this Court.

## II. The Legislation

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 26(11)

Where a document is in the possession or control of a person who is not a party, the court, on notice to the person and all other parties, may order production and

l'ordonnance ne soit oppressive envers la demanderesse ou qu'elle n'ait sur elle un effet si préjudiciable qu'il serait injuste d'en ordonner la production. Lorsqu'elle applique ce critère, la cour doit se demander si l'atteinte en cause à la vie privée est nécessaire à la bonne administration de la justice et, dans l'affirmative, s'il y a lieu d'imposer des conditions pour limiter cette atteinte. D'une part, un demandeur ne doit pas être «découragé» d'intenter des poursuites par crainte de divulgation. D'autre part, un défendeur ne doit pas être privé d'une évaluation de la véritable perte causée par la faute alléguée. Selon la Cour d'appel, il n'y a pas d'équilibre parfait à établir.

Le juge Southin a ordonné la divulgation des lettres de compte rendu et des notes du Dr Parfitt relatant les discussions entre elle et l'appelante. Le juge Southin n'a pas ordonné la divulgation des notes personnelles du Dr Parfitt, dont elle se sert pour tenter de comprendre ce que le patient lui dit. Ces notes n'ont pas été divulguées parce que l'appelante a donné à la cour l'assurance que le Dr Parfitt ne serait pas appelée à témoigner au procès et que, par conséquent, son diagnostic était [TRADUCTION] «sans importance» (p. 19 B.C.L.R.). La divulgation ordonnée était assujettie à quatre conditions: l'examen des documents devrait être réservé aux avocats du Dr Ryan et aux témoins experts sans que le Dr Ryan puisse lui-même les consulter, quiconque prendrait connaissance des documents devrait s'abstenir d'en divulguer le contenu à une personne non autorisée à les examiner, les documents ne devraient être utilisés qu'aux fins du litige, et les avocats du Dr Ryan ne devraient faire qu'une seule copie des notes, laquelle devrait être transmise, si nécessaire, aux témoins experts du Dr Ryan.

L'appelante s'oppose à cette ordonnance de production restreinte et se pourvoit devant notre Cour.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

Règles de pratique de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, par. 26(11)

[TRADUCTION] Lorsqu'un document est en la possession ou sous le contrôle d'un tiers, la cour peut, à la suite d'un préavis donné à ce tiers et à toutes les autres

inspection of the document or preparation of a certified copy that may be used instead of the original. An order under Rule 41(16) in respect of an order under this sub-rule may be made if that order is endorsed with an acknowledgement by the person in possession or control of the document that the person has no objection to the terms of the proposed order.

### III. Preliminary Issues

14 The findings of the courts below raise three preliminary issues. The first is whether the appellant's alleged failure to assert privilege in the records before the Master deprives her of the right to claim it. I respectfully dissent from the Court of Appeal's view that it did. If the appellant had privilege in the documents, it could be lost only by waiver. The appellant's conduct does not support a finding of waiver. It is true that she did not claim privilege to the notes and records at issue in her affidavit of documents. However, the notes and records were not in her possession but Dr. Parfitt's. The argument that they were technically in her control and hence should have been mentioned establishes at best omission from the affidavit of documents, not a conscious waiver of privilege. The motion for production before the Master was directed not at the appellant but at Dr. Parfitt. As a result, the appellant was not called upon directly to assert privilege in the documents. However, she appeared through counsel and supported Dr. Parfitt's claim for privilege. Far from waiving privilege, the appellant has asserted it throughout the proceedings.

parties, ordonner la production et l'examen du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pouvant tenir lieu de l'original. Une ordonnance fondée sur le par. 41(16) des Règles quant à une ordonnance rendue en vertu du présent paragraphe peut être délivrée si cette ordonnance comporte une reconnaissance par la personne en possession du document, ou qui en a le contrôle, qu'elle ne s'oppose pas aux conditions de l'ordonnance proposée.

### III. Questions préliminaires

Les conclusions des tribunaux d'instance inférieure soulèvent trois questions préliminaires. La première est de savoir si la prétendue omission de l'appelante d'invoquer, devant le protonotaire, un privilège relativement aux dossiers la prive du droit de revendiquer ce privilège. En toute déférence, je suis en désaccord avec l'opinion de la Cour d'appel que c'est le cas. Si l'appelante jouissait d'un privilège à l'égard des documents, il ne pourrait être perdu que par renonciation. La conduite de l'appelante ne permet pas de conclure à l'existence d'une renonciation. Il est vrai que, dans son affidavit de documents, elle n'a pas revendiqué de privilège relativement aux notes et aux dossiers en cause. Cependant, les notes et les dossiers étaient non pas en sa possession, mais en la possession du Dr Parfitt. L'argument selon lequel ces documents étaient, en principe, sous son contrôle et que, par conséquent, ils auraient dû être mentionnés établit au mieux l'omission de revendiquer un privilège dans l'affidavit de documents, et non l'existence d'une renonciation consciente au privilège. La requête en production déposée devant le protonotaire visait non pas l'appelante, mais le Dr Parfitt. Par conséquent, l'appelante n'était pas invitée directement à invoquer un privilège quant à ces documents. Elle s'est toutefois fait représenter par un avocat et a appuyé la revendication de privilège du Dr Parfitt. Loin de renoncer au privilège, l'appelante l'a invoqué pendant toutes les procédures.

15 Une deuxième question préliminaire concerne le lien entre les règles de pratique et la règle de common law du privilège. À mon avis, le présent pourvoi doit être tranché uniquement en fonction du droit en matière de priviléges. Lorsqu'elle s'ap-

A second preliminary issue concerns the relationship between the Rules of Court and the common law rule of privilege. In my view, the present appeal falls to be decided solely on the law of privilege. Where the doctrine of privilege applies, it

displaces any residual discretion which might otherwise be thought to inhere in favour of the party claiming privilege. A two-step process which requires a judge to consider first privilege and then a residual discretion under Rule 26(11) would be redundant and confusing.

Where the person objecting to production is a party to the action and privilege is raised, there is no need for a supplementary discretion under Rule 26(11), since in considering whether privilege exists on a case-by-case basis, the judge must take into account the interest of the person being asked to disclose. The fourth branch of the Wigmore test for privilege requires the judge to consider whether the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest in getting at the truth and correctly disposing of the litigation. This means that the complainant's privacy interest and interest in maintaining a productive and healing relationship with her psychiatrist must be considered and weighed in determining whether privilege lies. The fact that her privacy interest arises and hence falls to be considered in the context of her relationship to her psychiatrist does not negate the fact that what is at issue is her privacy interest and whether it should, in the circumstances of the case, prevail over the defendant's right to disclosure. It thus becomes unnecessary to reconsider the same matters after having decided whether privilege lies. Having determined the issue of privilege, nothing remains to be considered under the Rule.

Requiring the judge to reconsider the matter under a residual discretion conferred by Rule 26(11) according to a different methodology would, moreover, be confusing for trial judges. Even more serious, it might on occasion result in a conflicting conclusion. This would amount to a procedural rule enacted not by the Legislature but

plique, la règle du privilège supplante tout pouvoir discrétionnaire résiduel qui, pourrait-on croire, par ailleurs, jouerait en faveur de la partie qui revendique un privilège. Il serait redondant et déroutant de recourir à une procédure en deux étapes qui obligerait le juge à examiner d'abord la question du privilège et ensuite celle du pouvoir résiduel visé au par. 26(11) des Règles.

Lorsque la personne qui s'oppose à la production est une partie à l'action et qu'un privilège est invoqué, un pouvoir discrétionnaire additionnel en vertu du par. 26(11) des Règles n'est d'aucune utilité puisque, en examinant si un privilège existe en fonction de chaque cas, le juge doit tenir compte de l'intérêt de la personne qui fait l'objet d'une demande de divulgation. Le quatrième volet du critère de Wigmore applicable pour déterminer l'existence d'un privilège exige donc que le juge examine si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela signifie que, pour décider si un privilège s'applique, il faut examiner et soupeser le droit à la vie privée de la plaignante et son droit de maintenir des rapports thérapeutiques productifs avec son psychiatre. Le fait que la question du droit à la vie privée de la plaignante se pose et qu'elle doive ainsi être examinée dans le contexte des rapports de cette dernière avec son psychiatre n'empêche pas que ce qui est en cause c'est son droit à la vie privée et qu'il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de l'affaire, il devrait l'emporter sur le droit à la divulgation du défendeur. Ainsi, il devient inutile de réexaminer les mêmes questions après avoir décidé si un privilège s'applique. Une fois tranchées les questions de privilège, il ne reste plus rien à examiner selon la Règle.

De plus, il serait déroutant pour les juges du procès d'obliger le juge à recourir à une méthode différente en réexaminant la question en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 26(11) des Règles. Ce qui est encore plus grave, il pourrait parfois en résulter une conclusion contradictoire. Cela correspondrait à une règle de procédure,

by Order in Council, trumping the common law. Such a result would be wholly inappropriate.

18 A third preliminary issue concerns the distinction between absolute or blanket privilege, on the one hand, and partial privilege on the other. While the traditional common law categories conceived privilege as an absolute, all-or-nothing proposition, more recent jurisprudence recognizes the appropriateness in many situations of partial privilege. The degree of protection conferred by the privilege may be absolute or partial, depending on what is required to strike the proper balance between the interest in protecting the communication from disclosure and the interest in proper disposition of the litigation. Partial privilege may signify that only some of the documents in a given class must be produced. Documents should be considered individually or by sub-groups on a "case-by-case" basis.

#### IV. General Principles

19 The common law principles underlying the recognition of privilege from disclosure are simply stated. They proceed from the fundamental proposition that everyone owes a general duty to give evidence relevant to the matter before the court, so that the truth may be ascertained. To this fundamental duty, the law permits certain exceptions, known as privileges, where it can be shown that they are required by a "public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining truth": *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at p. 50.

20 While the circumstances giving rise to a privilege were once thought to be fixed by categories defined in previous centuries — categories that do not include communications between a psychiatrist and her patient — it is now accepted that the common law permits privilege in new situations where reason, experience and application of the princi-

adoptée non pas par le législateur mais par décret, qui éclipserait la common law. Pareil résultat serait entièrement inopportun.

Une troisième question préliminaire concerne la distinction entre, d'une part, un privilège absolu ou général et, d'autre part, un privilège partiel. Bien que les catégories de common law traditionnelles aient perçu le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, la jurisprudence plus récente reconnaît l'à-propos d'un privilège partiel dans de nombreuses situations. La protection accordée par le privilège peut être absolue ou partielle, selon ce qui est requis pour établir l'équilibre approprié entre l'intérêt qu'il y a à soustraire la communication à la divulgation et l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige. L'existence d'un privilège partiel peut signifier que seuls certains documents d'une catégorie donnée doivent être produits. Les documents devraient être examinés individuellement ou par catégorie, selon les circonstances de chaque cas.

#### IV. Principes généraux

Les principes de common law qui sous-tendent la reconnaissance d'un privilège interdisant la divulgation sont simples. Ils découlent de la proposition fondamentale selon laquelle toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. La common law permet d'apporter, à cette obligation fondamentale, certaines exceptions connues sous le nom de priviléges, lorsqu'on peut démontrer qu'elles sont requises par un [TRADUCTION] «intérêt public qui transcende le principe normalement prépondérant du recours à tous les moyens raisonnables pour découvrir la vérité»: *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), à la p. 50.

Même si on a déjà cru que les circonstances à l'origine d'un privilège étaient désignées par des catégories définies au cours des siècles précédents — des catégories qui ne comprennent pas les communications entre une psychiatre et sa patiente — il est maintenant reconnu que la common law permet l'existence d'un privilège dans de nouvelles

ples that underlie the traditional privileges so dictate: *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 286. The applicable principles are derived from those set forth in *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2285. First, the communication must originate in a confidence. Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be "sedulously fostered" in the public good. Finally, if all these requirements are met, the court must consider whether the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest in getting at the truth and disposing correctly of the litigation.

It follows that the law of privilege may evolve to reflect the social and legal realities of our time. One such reality is the law's increasing concern with the wrongs perpetrated by sexual abuse and the serious effect such abuse has on the health and productivity of the many members of our society it victimizes. Another modern reality is the extension of medical assistance from treatment of its physical effects to treatment of its mental and emotional aftermath through techniques such as psychiatric counselling. Yet another development of recent vintage which may be considered in connection with new claims for privilege is the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, adopted in 1982: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 592-93; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 876-77; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 121.

I should pause here to note that in looking to the *Charter*, it is important to bear in mind the distinction drawn by this Court between actually applying the *Charter* to the common law, on the one hand, and ensuring that the common law reflects *Charter*

situations où la raison, l'expérience et l'application des principes qui sous-tendent les priviléges traditionnels le requièrent: *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 286. Les principes applicables émanent de ceux exposés dans *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2285. Premièrement la communication doit avoir été transmise confidentiellement. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être [TRADUCTION] «entretenus assidûment». Finalement, si toutes ces conditions sont remplies, le tribunal doit décider si l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige.

Il s'ensuit que le droit en matière de priviléges peut évoluer de manière à refléter la réalité sociale et juridique contemporaine. L'un des éléments de cette réalité est le fait que le droit se préoccupe de plus en plus des torts causés par les agressions sexuelles et des graves répercussions que ces agressions ont sur la santé et la productivité des nombreux membres de la société qui en sont victimes. Un autre élément de la réalité contemporaine est le fait que le traitement médical n'est plus limité aux répercussions physiques, mais vise les séquelles mentales et émotionnelles au moyen de techniques comme la consultation d'un psychiatre. Et il y a encore un autre élément récent qui peut être pris en considération relativement aux nouvelles revendications de privilège, soit la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée en 1982: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 876 et 877; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, au par. 121.

Je prends ici le temps de souligner qu'en examinant la *Charte* il importe de garder à l'esprit la distinction que notre Cour a établie entre appliquer la Charte à la common law, d'une part, et garantir que la common law reflète les valeurs de la

values, on the other. As Cory J. stated in *Hill*, *supra*, at paras. 93 and 95:

When determining how the *Charter* applies to the common law, it is important to distinguish between those cases in which the constitutionality of government action is challenged, and those in which there is no government action involved. It is important not to import into private litigation the analysis which applies in cases involving government action.

. . .

The most that the private litigant can do is argue that the common law is inconsistent with *Charter* values. It is very important to draw this distinction between *Charter* rights and *Charter* values. Care must be taken not to expand the application of the *Charter* beyond that established by s. 32(1), either by creating new causes of action, or by subjecting all court orders to *Charter* scrutiny. Therefore, in the context of civil litigation involving only private parties, the *Charter* will "apply" to the common law only to the extent that the common law is found to be inconsistent with *Charter* values. [Emphasis in original.]

23

While the facts of *Hill* involved an attempt to mount a *Charter* challenge to the common law rules of defamation, I am of the view that Cory J.'s comments are equally applicable to the common law of privilege at issue in this case. In view of the purely private nature of the litigation at bar, the *Charter* does not "apply" *per se*. Nevertheless, ensuring that the common law of privilege develops in accordance with "*Charter* values" requires that the existing rules be scrutinized to ensure that they reflect the values the *Charter* enshrines. This does not mean that the rules of privilege can be abrogated entirely and replaced with a new form of discretion governing disclosure. Rather, it means that the basic structure of the common law privilege analysis must remain intact, even if particular rules which are applied within that structure must be modified and updated to reflect emerging social realities.

*Charte*, d'autre part. Comme le juge Cory l'affirme, aux par. 93 et 95 de l'arrêt *Hill*, précité:

Lorsqu'il s'agit de déterminer de quelle façon la *Charte* s'applique à la common law, il est important de faire la distinction entre les cas où la constitutionnalité de l'action gouvernementale est contestée, et ceux où il n'y a aucune action gouvernementale. Il y a lieu de veiller à ne pas importer dans la sphère du litige privé l'analyse que l'on effectue lorsqu'il y a action gouvernementale.

Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les *valeurs* de la *Charte*. Il est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les *valeurs* de la *Charte*. Il faut prendre soin de ne pas élargir l'application de la *Charte* au-delà de ce qui est établi au par. 32(1), soit en créant de nouvelles causes d'action, soit en assujettissant toutes les ordonnances judiciaires au contrôle fondé sur la *Charte*. Par conséquent, dans le contexte d'un litige civil qui n'oppose que des particuliers, la *Charte* «s'applique» à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les *valeurs* de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

Même si dans l'arrêt *Hill*, il était question d'une tentative d'invoquer la *Charte* pour contester les règles de common law en matière de diffamation, je suis d'avis que les commentaires du juge Cory sont tout autant applicables à la common law en matière de privilège dont il est question dans la présente affaire. Étant donné le caractère purement privé du litige dont nous sommes saisis en l'espèce, la *Charte* ne «s'applique» pas en soi. Néanmoins, pour garantir que la common law en matière de privilège évolue en conformité avec les «*valeurs* de la *Charte*», il faut examiner minutieusement les règles existantes afin d'assurer qu'elles reflètent les *valeurs* consacrées dans la *Charte*. Cela ne signifie pas que les règles du privilège peuvent être abrogées complètement et remplacées par une nouvelle forme de pouvoir discrétionnaire en matière de divulgation. Cela signifie plutôt que la structure fondamentale du privilège de common law doit demeurer intacte, même s'il faut modifier et mettre à jour certaines règles appliquées à l'intérieur de cette structure, afin de refléter de nouvelles réalités sociales.

## V. Privilege for Communications Between Psychiatrist and Patient

The first requirement for privilege is that the communications at issue have originated in a confidence that they will not be disclosed. The Master held that this condition was not met because both the appellant and Dr. Parfitt had concerns that notwithstanding their desire for confidentiality, the records might someday be ordered disclosed in the course of litigation. With respect, I do not agree. The communications were made in confidence. The appellant stipulated that they should remain confidential and Dr. Parfitt agreed that she would do everything possible to keep them confidential. The possibility that a court might order them disclosed at some future date over their objections does not change the fact that the communications were made in confidence. With the possible exception of communications falling in the traditional categories, there can never be an absolute guarantee of confidentiality; there is always the possibility that a court may order disclosure. Even for documents within the traditional categories, inadvertent disclosure is always a possibility. If the apprehended possibility of disclosure negated privilege, privilege would seldom if ever be found.

The second requirement — that the element of confidentiality be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties to the communication — is clearly satisfied in the case at bar. It is not disputed that Dr. Parfitt's practice in general and her ability to help the appellant in particular required that she hold her discussions with the appellant in confidence. Dr. Parfitt's evidence establishes that confidentiality is essential to the continued existence and effectiveness of the therapeutic relations between a psychiatrist and a patient seeking treatment for the psychiatric harm resulting from sexual abuse. Once psychiatrist-patient confidentiality is broken and the psychiatrist becomes involved in the patient's external world, the "frame" of the therapy is broken. At that point, it is Dr. Parfitt's practice

## V. Le privilège relatif aux communications entre un psychiatre et son patient

La première condition de l'existence d'un privilège est que les communications en cause aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Le protonotaire a statué que cette condition n'était pas remplie parce que tant l'appelante que le Dr Parfitt craignaient que, malgré leur désir de confidentialité, les dossiers puissent un jour faire l'objet d'une ordonnance de divulgation dans le cadre d'un litige. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Les communications ont été transmises confidentiellement. L'appelante a demandé qu'elles restent confidentielles et le Dr Parfitt s'est engagée à faire tout ce qu'elle pourrait pour qu'il en soit ainsi. La possibilité qu'un tribunal en ordonne éventuellement la divulgation en dépit de leur opposition ne change rien au fait que ces communications ont été transmises confidentiellement. À l'exception peut-être des communications qui relèvent des catégories traditionnelles, il ne peut jamais y avoir de garantie absolue de confidentialité; il y a toujours la possibilité qu'un tribunal en ordonne la divulgation. Même pour les documents appartenant aux catégories traditionnelles, une divulgation accidentelle est toujours possible. Si la possibilité de divulgation annihilait le privilège, ce privilège n'existerait que rarement, voire jamais.

La deuxième condition — celle que le caractère confidentiel soit essentiel au maintien complet et satisfaisant de rapports entre les parties à la communication — est clairement remplie en l'espèce. On ne conteste pas que la pratique du Dr Parfitt, en général, et sa capacité d'aider l'appelante, en particulier, requéraient la confidentialité de ses discussions avec cette dernière. Le témoignage du Dr Parfitt établit que la confidentialité est essentielle à la continuité et à l'efficacité des rapports thérapeutiques entre un psychiatre et le patient qui le consulte pour des problèmes psychiatriques résultant d'une agression sexuelle. Une fois que la confidentialité entre le psychiatre et son patient est rompue et que le psychiatre intervient dans le monde extérieur du patient, le «cadre» de la thérapie est débordé. Le cas échéant, le Dr Parfitt a cou-

to discontinue psychotherapy with the patient. The result is both confusing and damaging to the patient. At a time when she would normally find support in the therapeutic relationship, as during the trial, she finds herself without support. In the result, the patient's treatment may cease, her distrustfulness be exacerbated, and her personal and work relations be adversely affected.

tume de mettre fin à la psychothérapie d'un patient. Il en résulte de la confusion et du tort chez le patient. À un moment où ce patient devrait normalement pouvoir compter sur un soutien thérapeutique, comme durant un procès, ce soutien est absent. En définitive, il se peut que le traitement du patient prenne fin, que la méfiance de ce dernier soit à son paroxysme et que ses relations personnelles et professionnelles soient perturbées.

26 The appellant too sees confidentiality as essential to her relationship with Dr. Parfitt. She insisted from the first that her communications to Dr. Parfitt be held in confidence, suggesting that this was a condition of her entering and continuing treatment. The fact that she and Dr. Parfitt feared the possibility of court-ordered disclosure at some future date does not negate the fact that confidentiality was essential "to the full and satisfactory maintenance" of their relationship.

L'appelante considère elle aussi que la confidentialité est essentielle à ses rapports avec le Dr Parfitt. Elle a tenu, au départ, à ce que ses communications avec le Dr Parfitt soient confidentielles, laissant entendre par là que c'était une condition pour entreprendre et continuer un traitement. Le fait qu'elle et le Dr Parfitt aient craint qu'un tribunal ordonne éventuellement la divulgation de leurs communications ne change rien au fait que la confidentialité était essentielle «au maintien complet et satisfaisant» de leurs rapports.

27 The third requirement — that the relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered — is equally satisfied. Victims of sexual abuse often suffer serious trauma, which, left untreated, may mar their entire lives. It is widely accepted that it is in the interests of the victim and society that such help be obtained. The mental health of the citizenry, no less than its physical health, is a public good of great importance. Just as it is in the interest of the sexual abuse victim to be restored to full and healthy functioning, so is it in the interest of the public that she take her place as a healthy and productive member of society.

La troisième condition — celle que les rapports soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment — est également remplie. Les victimes d'agressions sexuelles subissent souvent un grave traumatisme qui, en l'absence de traitement, peut gâcher toute leur vie. Il est généralement reconnu qu'il est dans l'intérêt de la victime et de la société qu'une telle aide soit obtenue. La santé mentale des citoyens, au même titre que leur santé physique, représente un intérêt public d'une grande importance. Tout comme il est dans l'intérêt de la victime d'une agression sexuelle de recouvrer pleinement sa santé, il est dans l'intérêt du public qu'elle réintègre sa place comme membre sain et productif de la société.

28 It may thus be concluded that the first three conditions for privilege for communications between a psychiatrist and the victim of a sexual assault are met in the case at bar. The communications were confidential. Their confidence is essential to the psychiatrist-patient relationship. The relationship itself and the treatment it makes possible are of transcendent public importance.

On peut donc conclure que les trois premières conditions de l'existence d'un privilège relatif aux communications entre un psychiatre et la victime d'une agression sexuelle sont remplies en l'espèce. Les communications ont été transmises confidentiellement. Leur confidentialité était essentielle aux rapports entre le psychiatre et sa patiente. Ces rapports en soi et le traitement qu'ils rendent possible revêtent une importance supérieure pour le public.

The fourth requirement is that the interests served by protecting the communications from disclosure outweigh the interest of pursuing the truth and disposing correctly of the litigation. This requires first an assessment of the interests served by protecting the communications from disclosure. These include injury to the appellant's ongoing relationship with Dr. Parfitt and her future treatment. They also include the effect that a finding of no privilege would have on the ability of other persons suffering from similar trauma to obtain needed treatment and of psychiatrists to provide it. The interests served by non-disclosure must extend to any effect on society of the failure of individuals to obtain treatment restoring them to healthy and contributing members of society. Finally, the interests served by protection from disclosure must include the privacy interest of the person claiming privilege and inequalities which may be perpetuated by the absence of protection.

As noted, the common law must develop in a way that reflects emerging *Charter* values. It follows that the factors balanced under the fourth part of the test for privilege should be updated to reflect relevant *Charter* values. One such value is the interest affirmed by s. 8 of the *Charter* of each person in privacy. Another is the right of every person embodied in s. 15 of the *Charter* to equal treatment and benefit of the law. A rule of privilege which fails to protect confidential doctor/patient communications in the context of an action arising out of sexual assault perpetuates the disadvantage felt by victims of sexual assault, often women. The intimate nature of sexual assault heightens the privacy concerns of the victim and may increase, if automatic disclosure is the rule, the difficulty of obtaining redress for the wrong. The victim of a sexual assault is thus placed in a disadvantaged position as compared with the victim of a different wrong. The result may be that the victim of sexual assault does not obtain the equal benefit of the law to which s. 15 of the *Charter* entitles her. She is doubly victimized, initially by the sexual assault and later by the price she must pay to claim redress — redress which in some cases may be part of her

29

La quatrième condition veut que l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation l'emporte sur celui qu'il y a à découvrir la vérité et à bien trancher le litige. Cela exige d'abord une évaluation de l'intérêt qu'il y a à soustraire les communications à la divulgation. Il y a notamment le préjudice causé à l'appelante relativement à ses rapports avec le Dr Parfitt et à son traitement futur. Il y a aussi l'effet qu'une conclusion à l'absence de privilège aurait sur la capacité d'autres personnes souffrant de traumatismes semblables d'obtenir le traitement nécessaire et sur celle des psychiatres de fournir ce traitement. L'intérêt qu'il y a à s'abstenir de divulguer doit comprendre tout effet sur la société du défaut de la part de certaines personnes d'obtenir un traitement qui leur rende la santé et leur place comme membre utile de la société. Finalement, l'intérêt qu'il y a à soustraire à la divulgation doit comprendre le droit à la vie privée de la personne qui revendique le privilège et les inégalités que risque de perpétuer l'absence de protection.

30

Comme je l'ai dit, la common law doit évoluer de manière à refléter les nouvelles valeurs consacrées par la *Charte*. Il s'ensuit que les facteurs soumis en vertu du quatrième volet du critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège devraient être mis à jour de manière à refléter les valeurs pertinentes de la *Charte*. L'une de ces valeurs est le droit à la vie privée que l'art. 8 de la *Charte* garantit à chacun. Il y a aussi le droit à l'égalité de traitement et de bénéfice de la loi que l'art. 15 de la *Charte* garantit à toute personne. Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d'une action intentée à la suite d'une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l'agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. La victime d'une agression sexuelle est alors défavorisée par rapport à la victime d'un autre méfait. Il se peut alors que la victime d'une agression sexuelle n'obtienne pas

program of therapy. These are factors which may properly be considered in determining the interests served by an order for protection from disclosure of confidential patient-psychiatrist communications in sexual assault cases.

l'égalité de bénéfice de la loi à laquelle elle a droit en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Elle est alors pénalisée doublement, d'abord par l'agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu'elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie. Ce sont des facteurs qui peuvent être considérés à bon droit pour déterminer l'intérêt qu'il y a à soustraire à la divulgation les communications confidentielles entre le psychiatre et son patient dans des cas d'agression sexuelle.

<sup>31</sup> These criteria, applied to the case at bar, demonstrate a compelling interest in protecting the communications at issue from disclosure. More, however, is required to establish privilege. For privilege to exist, it must be shown that the benefit that inures from privilege, however great it may seem, in fact outweighs the interest in the correct disposal of the litigation.

Ces critères, appliqués à la présente affaire, démontrent qu'il y a un intérêt décisif à soustraire à la divulgation les communications en cause. Cependant, il faut plus que cela pour établir l'existence d'un privilège. Pour qu'un privilège existe, il faut démontrer que l'avantage tiré du privilège, si grand qu'il puisse sembler, l'emporte en fait sur l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige.

<sup>32</sup> At this stage, the court considering an application for privilege must balance one alternative against the other. The exercise is essentially one of common sense and good judgment. This said, it is important to establish the outer limits of acceptability. I for one cannot accept the proposition that "occasional injustice" should be accepted as the price of the privilege. It is true that the traditional categories of privilege, cast as they are in absolute all-or-nothing terms, necessarily run the risk of occasional injustice. But that does not mean that courts, in invoking new privileges, should lightly condone its extension. In the words of Scalia J. (dissenting) in *Jaffee v. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), at p. 1941:

À ce stade, la cour saisie d'une demande de privilège doit soupeser une solution par rapport à l'autre. Il s'agit essentiellement de faire preuve de bon sens et de discernement. Cela dit, il importe de délimiter ce qui est acceptable. Je ne puis, quant à moi, reconnaître qu'il faudrait accepter une «injustice éventuelle» soit le prix à payer pour l'application du privilège. Il est vrai que les catégories traditionnelles du privilège, qui présentent le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, font nécessairement courir le risque qu'une injustice soit éventuellement commise. Mais cela ne veut pas dire qu'en se fondant sur de nouveaux priviléges les tribunaux devraient tolérer à la légère l'accroissement de leur portée. Comme l'a dit le juge Scalia, dissident dans *Jaffee c. Redmond*, 116 S. Ct. 1923 (1996), à la p. 1941:

[TRADUCTION] Ce n'est pas peu dire que d'affirmer que, dans certains cas, nos cours fédérales seront l'instrument d'une injustice plutôt que de la découverte de la vérité lorsqu'elle peut être trouvée. La common law a décrit quelques cas où cela est tolérable. Peut-être que le Congrès peut lui aussi conclure que cela est tolérable. [...] Mais la conclusion selon laquelle notre cour devrait se prononcer en faveur de la dissimulation de la vérité ne s'impose pas à l'esprit avec autant de clarté.

It is no small matter to say that, in some cases, our federal courts will be the tools of injustice rather than unearth the truth where it is available to be found. The common law has identified a few instances where that is tolerable. Perhaps Congress may conclude that it is also tolerable. . . . But that conclusion assuredly does not burst upon the mind with such clarity that a judgment in favor of suppressing the truth ought to be pronounced by this honorable Court.

It follows that if the court considering a claim for privilege determines that a particular document or class of documents must be produced to get at the truth and prevent an unjust verdict, it must permit production to the extent required to avoid that result. On the other hand, the need to get at the truth and avoid injustice does not automatically negate the possibility of protection from full disclosure. In some cases, the court may well decide that the truth permits of nothing less than full production. This said, I would venture to say that an order for partial privilege will more often be appropriate in civil cases where, as here, the privacy interest is compelling. Disclosure of a limited number of documents, editing by the court to remove non-essential material, and the imposition of conditions on who may see and copy the documents are techniques which may be used to ensure the highest degree of confidentiality and the least damage to the protected relationship, while guarding against the injustice of cloaking the truth.

In taking this approach, I respectfully decline to follow the all-or-nothing approach adopted by the majority of the Supreme Court of the United States of endorsing an absolute privilege for all psychotherapeutic records in *Jaffee v. Redmond, supra*. The Court of Appeals in the judgment there appealed from, 51 F.3d 1346 (1995), had held that the privilege could be denied if "in the interests of justice, the evidentiary need for the disclosure of the contents of a patient's counseling sessions outweighs that patient's privacy interests" (p. 1357). The majority in the Supreme Court, *per* Stevens J., rejected that approach, stating that to make confidentiality depend upon a trial judge's later evaluation of the relative importance of the patient's interest in privacy and the evidentiary need for disclosure would be "little better than no privilege at all" (p. 1932).

Il s'ensuit que si la cour qui examine une revendication de privilège décide qu'un document ou une catégorie donnée de documents doivent être produits pour découvrir la vérité et éviter qu'un verdict injuste ne soit prononcé, elle doit en permettre la production dans la mesure requise pour éviter ce résultat. Par ailleurs, le besoin de découvrir la vérité et d'éviter une injustice n'écarte pas automatiquement la possibilité d'une protection contre une divulgation complète. Il se peut bien que, dans certains cas, la cour décide que la découverte de la vérité n'exige rien de moins qu'une production complète. Cela dit, j'irais jusqu'à dire qu'une ordonnance de privilège partiel conviendra plus souvent dans des affaires civiles où, comme en l'espèce, le droit à la vie privée est décisif. La divulgation d'un nombre limité de documents, leur révision par la cour pour en éliminer tout ce qui n'est pas essentiel et l'imposition de conditions quant à savoir qui peut prendre connaissance de ces documents ou en faire des copies sont des moyens qui peuvent être pris pour préserver le plus possible la confidentialité et causer le moins de tort possible aux rapports protégés, tout en évitant l'injustice de la dissimulation de la vérité.

En procédant ainsi, je me refuse, en toute déférence, à suivre la méthode du tout ou rien adoptée par les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis, qui, dans *Jaffee c. Redmond*, précité, ont sanctionné l'existence d'un privilège absolu relativement à tous les dossiers de psychothérapie. Dans l'arrêt de la Court of Appeals qui faisait l'objet du pourvoi, 51 F.3d 1346 (1995), on avait statué que le privilège pouvait être refusé si [TRADUCTION] «dans l'intérêt de la justice, la nécessité, sur le plan de la preuve, de divulguer le contenu des séances de consultation d'un patient l'emport[ait] sur le droit de ce patient à la protection de sa vie privée» (p. 1357). Le juge Stevens a rejeté ce point de vue, au nom de la Cour suprême à la majorité, en affirmant que subordonner la confidentialité à l'évaluation ultérieure, par le juge du procès, de l'importance relative des droits du patient à la protection de sa vie privée et du besoin de divulguer en matière de preuve ne serait [TRADUCTION] «guère mieux que l'absence totale de privilège» (p. 1932).

35

It must be conceded that a test for privilege which permits the court to occasionally reject an otherwise well-founded claim for privilege in the interests of getting at the truth may not offer patients a guarantee that communications with their psychiatrists will never be disclosed. On the other hand, the assurance that disclosure will be ordered only where clearly necessary and then only to the extent necessary is likely to permit many to avail themselves of psychiatric counselling when certain disclosure might make them hesitate or decline. The facts in this case demonstrate as much. I am reinforced in this view by the fact, as Scalia J. points out in his dissenting reasons in *Jaffee v. Redmond*, that of the 50 states and the District of Columbia which have enacted some form of psychotherapist privilege, none have adopted it in absolute form. All have found it necessary to specify circumstances in which it will not apply, usually related to the need to get at the truth in vital situations. Partial privilege, in the views of these legislators, can be effective.

Il faut reconnaître qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantit peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées. En revanche, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à le faire. C'est ce que démontrent les faits de la présente affaire. Je suis d'autant plus convaincue de la justesse de ce point de vue que le juge Scalia fait remarquer, dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans *Jaffee c. Redmond*, que, des 50 États et du district de Columbia, qui ont adopté une forme quelconque de privilège en matière de psychothérapie, aucun ne l'a adopté sous forme absolue. Ils ont tous jugé nécessaire de préciser les circonstances dans lesquelles il ne s'appliquera pas et qui sont habituellement liées à la nécessité de découvrir la vérité dans des situations cruciales. Un privilège partiel, selon ces législateurs, peut être efficace.

36

The view that privilege may exist where the interest in protecting the privacy of the records is compelling and the threat to proper disposition of the litigation either is not apparent or can be offset by partial or conditional discovery is consistent with this Court's view in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The majority there did not deny that privilege in psychotherapeutic records may exist in appropriate circumstances. Without referring directly to privilege, it developed a test for production of third party therapeutic and other records which balances the competing interests by reference to a number of factors including the right of the accused to full answer and defence and the right of the complainant to privacy. Just as justice requires that the accused in a criminal case be permitted to answer the Crown's case, so justice requires that a defendant in a civil suit be permitted to answer the plaintiff's case. In deciding whether he or she is entitled to production of con-

L'opinion selon laquelle un privilège peut exister lorsque l'intérêt qu'il y a à préserver la confidentialité des dossiers est décisif et qu'il n'y a pas de risque apparent de mal trancher le litige, ou que ce risque peut être écarté au moyen d'une communication partielle ou conditionnelle, est conforme avec l'opinion de notre Cour dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Dans cet arrêt, la Cour à la majorité n'a pas nié qu'un privilège relatif à des dossiers de psychothérapie puisse exister lorsque cela est indiqué. Sans parler directement de privilège, elle a établi un critère pour la production des dossiers de nature thérapeutique ou autre qui sont en la possession d'un tiers, qui consiste à soupeser les droits opposés en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée du plaignant. Tout comme la justice exige que l'accusé, dans une affaire criminelle, puisse réfuter la preuve du ministère public, elle exige aussi que

fidential documents, this requirement must be balanced against the privacy interest of the complainant. This said, the interest in disclosure of a defendant in a civil suit may be less compelling than the parallel interest of an accused charged with a crime. The defendant in a civil suit stands to lose money and reputé; the accused in a criminal proceeding stands to lose his or her very liberty. As a consequence, the balance between the interest in disclosure and the complainant's interest in privacy may be struck at a different level in the civil and criminal case; documents produced in a criminal case may not always be producible in a civil case, where the privacy interest of the complainant may more easily outweigh the defendant's interest in production.

le défendeur, dans des poursuites civiles, puisse réfuter la preuve du demandeur. En décidant si le défendeur a droit à la production de documents confidentiels, il faut soupeser cette exigence en fonction du droit à la vie privée du plaignant. Cela dit, il se peut que le droit à la divulgation que possède un défendeur, dans des poursuites civiles, soit moins impérieux que celui que possède la personne accusée d'un crime. Le défendeur, dans des poursuites civiles, risque de perdre de l'argent et sa réputation, alors que l'accusé, dans une instance criminelle, risque de perdre sa liberté. Par conséquent, l'équilibre entre le droit à la divulgation et le droit à la vie privée du plaignant peut différer selon qu'il s'agit d'une affaire civile ou d'une affaire criminelle; il se peut que les documents produits dans une affaire criminelle ne puissent pas toujours être produits dans une affaire civile où le droit à la vie privée du plaignant peut plus facilement l'emporter sur le droit à la production que possède le défendeur.

My conclusion is that it is open to a judge to conclude that psychiatrist-patient records are privileged in appropriate circumstances. Once the first three requirements are met and a compelling *prima facie* case for protection is established, the focus will be on the balancing under the fourth head. A document relevant to a defence or claim may be required to be disclosed, notwithstanding the high interest of the plaintiff in keeping it confidential. On the other hand, documents of questionable relevance or which contain information available from other sources may be declared privileged. The result depends on the balance of the competing interests of disclosure and privacy in each case. It must be borne in mind that in most cases, the majority of the communications between a psychiatrist and her patient will have little or no bearing on the case at bar and can safely be excluded from production. Fishing expeditions are not appropriate where there is a compelling privacy interest at stake, even at the discovery stage. Finally, where justice requires that communications be disclosed, the court should consider qualifying the disclosure by imposing limits aimed at permitting the opponent to have the access justice requires while pre-

Je conclus qu'il est loisible à un juge de statuer que les dossiers d'un psychiatre concernant un patient sont des documents privilégiés, lorsque cela est indiqué. Une fois que les trois premières conditions sont remplies et qu'on a établi à première vue de façon décisive qu'une protection est justifiée, il faut se concentrer sur l'évaluation prévue sous la quatrième rubrique. Un document pertinent quant à un moyen de défense ou à une revendication peut devoir être divulgué nonobstant l'intérêt majeur qu'a le demandeur à ce qu'il reste confidentiel. Par ailleurs, les documents dont la pertinence est douteuse ou qui contiennent des renseignements qui peuvent être obtenus d'autres sources peuvent être déclarés privilégiés. Tout dépend de la pondération des droits à la divulgation et à la vie privée qui s'opposent dans chaque cas. Il faut garder à l'esprit que, dans la plupart des cas, la majeure partie des communications entre un psychiatre et son patient auront peu ou n'auront pas d'incidence sur l'affaire en cause et, qu'ils peuvent, sans contredit, être exemptés de production. Les recherches à l'aveuglette ne sont pas appropriées lorsqu'un droit décisif à la vie privée est en jeu, et ce, même à l'étape de l'enquête

serving the confidential nature of the documents to the greatest degree possible.

préalable. Finalement, lorsque la justice exige que des communications soient divulguées, le tribunal devrait examiner la possibilité d'atténuer la divulgation en imposant des limites destinées à permettre à la partie adverse d'avoir l'accès que la justice requiert, tout en préservant le plus possible la nature confidentielle des documents en cause.

38 It remains to consider the argument that by commencing the proceedings against the respondent Dr. Ryan, the appellant has forfeited her right to confidentiality. I accept that a litigant must accept such intrusions upon her privacy as are necessary to enable the judge or jury to get to the truth and render a just verdict. But I do not accept that by claiming such damages as the law allows, a litigant grants her opponent a licence to delve into private aspects of her life which need not be probed for the proper disposition of the litigation.

Il reste à examiner l'argument voulant qu'en engageant des procédures contre l'intimé le Dr Ryan, l'appelante ait renoncé à son droit à la confidentialité. Je reconnais qu'un plaideur doit accepter les atteintes à sa vie privée qui sont nécessaires pour permettre au juge ou au jury de découvrir la vérité et de prononcer un verdict juste. Mais je n'accepte pas qu'en demandant les dommages-intérêts permis par la loi, un plaideur autorise la partie adverse à fouiller dans les aspects de sa vie privée qui n'ont pas besoin d'être scrutés pour bien trancher le litige.

## VI. Procedure for Ascertaining Privilege

## VI. Procédure permettant de vérifier l'existence d'un privilège

39 In order to determine whether privilege should be accorded to a particular document or class of documents and, if so, what conditions should attach, the judge must consider the circumstances of the privilege alleged, the documents, and the case. While it is not essential in a civil case such as this that the judge examine every document, the court may do so if necessary to the inquiry. On the other hand, a judge does not necessarily err by proceeding on affidavit material indicating the nature of the information and its expected relevance without inspecting each document individually. The requirement that the court minutely examine numerous or lengthy documents may prove time-consuming, expensive and delay the resolution of the litigation. Where necessary to the proper determination of the claim for privilege, it must be undertaken. But I would not lay down an absolute rule that as a matter of law, the judge must personally inspect every document at issue in every case. Where the judge is satisfied on reasonable grounds that the interests at stake can properly be balanced

Pour déterminer si un privilège devrait être accordé relativement à un document ou à une catégorie de documents et, le cas échéant, à quelles conditions, le juge doit examiner les circonstances dans lesquelles le privilège est invoqué, les documents en cause et l'ensemble de l'affaire. Bien que, dans une affaire civile comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, il ne soit pas essentiel que le juge examine chaque document, il peut le faire si cela est nécessaire à la recherche de renseignements. Par ailleurs, un juge ne commet pas nécessairement une erreur en procédant au moyen d'affidavits indiquant la nature de l'information et sa pertinence escomptée, sans examiner chaque document individuellement. L'exigence que la cour examine minutieusement des documents longs ou nombreux peut s'avérer coûteuse en temps et en argent et retarder le règlement du litige. Il faut y satisfaire si cela est nécessaire pour bien trancher la revendication de privilège. Cependant, je ne poserais pas comme règle absolue que, sur le plan du droit, le juge doit examiner personnellement tous les documents en cause dans chaque affaire. Lorsque le juge est convaincu, pour

without individual examination of each document, failure to do so does not constitute error of law.

## VII. Application to This Case

The Court of Appeal declined to order production of Dr. Parfitt's notes to herself on the ground that they were unnecessary given that she would not be called to testify. It ordered the production of notes and records of consultations with the appellant, but under stringent conditions. While the Court of Appeal did not proceed on the basis of privilege, its orders are supported by the principles relating to privilege that I have attempted to set forth.

The interest in preserving the confidentiality of the communications here at issue was, as discussed, compelling. On the other hand, the communications might be expected to bear on the critical issue of the extent to which the respondent Dr. Ryan's conduct caused the difficulties the appellant was experiencing. A court, in a case such as this, might well consider it best to inspect the records individually to the end of weeding out those which were irrelevant to this defence. However, the alternative chosen by the Court of Appeal in this case of refusing to order production of one group of documents and imposing stringent conditions on who could see the others and what use could be made of them cannot be said to be in error. In the end, the only persons to see the documents in question will be the lawyers for the respondent Dr. Ryan and his expert witnesses. Copies will not be made, and disclosure of the contents to other people will not be permitted. In short, the plaintiff's private disclosures to her psychiatrist will be disclosed only to a small group of trustworthy professionals, much in the fashion that confidential medical records may be disclosed in a hospital setting. I am not persuaded that the order of the Court of Appeal should be disturbed.

des motifs raisonnables, qu'il est possible de bien soupeser les droits en jeu sans examiner chaque document en cause, l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.

## VII. Application à la présente affaire

La Cour d'appel a refusé d'ordonner la production des notes personnelles du Dr Parfitt pour le motif qu'elles n'étaient pas nécessaires, vu que le Dr Parfitt ne serait pas appelée à témoigner. Elle a ordonné la production des notes et des dossiers des consultations tenues avec l'appelante, mais sous réserve de conditions strictes. Bien que la Cour d'appel ne se soit pas fondée sur l'existence d'un privilège, ses ordonnances sont justifiées par les principes que j'ai tenté d'exposer en matière de privilège.

L'intérêt qu'il y a à préserver la confidentialité des communications ici en cause est, comme nous l'avons vu, décisif. Par contre, on pourrait s'attendre à ce que ces communications aient une incidence sur la question cruciale de la mesure dans laquelle la conduite de l'intimé le Dr Ryan est à l'origine des difficultés éprouvées par l'appelante. Un tribunal, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, pourrait bien décider qu'il vaut mieux examiner chaque dossier individuellement afin de retirer ceux qui ne sont pas pertinents quant à ce moyen de défense. Cependant, on ne peut affirmer que la Cour d'appel a eu tort, en l'espèce, de refuser d'ordonner la production d'un groupe de documents et de fixer des conditions strictes quant aux personnes qui pourraient consulter les autres documents et quant à l'utilisation qui pourrait être faite de ceux-ci. En définitive, les seules personnes qui prendront connaissance des documents en question seront les avocats de l'intimé le Dr Ryan et ses témoins experts. Aucune copie ne sera faite et il ne sera permis d'en divulguer le contenu à personne d'autre. Bref, les confidences de la demanderesse à son psychiatre ne seront divulguées qu'à un petit groupe de professionnels fiables, d'une façon assez semblable à la divulgation qui peut être faite d'un dossier médical confidentiel en milieu hospitalier. Je ne suis pas convaincu qu'il y ait lieu de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel.

### VIII. Conclusion

42 I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

43 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the questions of whether and to what extent a psychiatrist's notes and records, made in the course of treatment, of a plaintiff in a tort action resulting from sexual assault, are protected from disclosure. In the case before us, the civil suit was brought by that plaintiff against the perpetrator of the assault, himself a psychiatrist. He had earlier been convicted of "indecent assault", which was the applicable offence in force at the time the assaults occurred.

44 I have had the advantage of reading the reasons of Justice McLachlin. As my colleague has recounted the facts and proceedings, I need not review them here. In essence, the plaintiff asserts her right to privacy in challenging an order to produce the records of the therapist, whom she saw subsequent to the occurrence of the offence, for the purposes of discovery in her civil claim for damages resulting from the sexual assault. In so doing, the appellant has raised two issues. The first relates to the privileged nature of the communications between her and her psychiatrist. The second concerns her right to privacy in the records kept by that psychiatrist of these communications.

45 In addressing the first issue, McLachlin J. finds that the appellant has in no way waived her claim to privilege. My colleague also holds that the common law rules governing privilege must be updated to reflect both modern circumstances and the values which underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, McLachlin J. concludes that partial privilege, a variation of a case-by-case privilege, is appropriate in such cases. Although I agree in principle, I disagree with the result which my colleague reaches and the process which she approves in order to deal appro-

### VIII. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si et dans quelle mesure les notes et dossiers d'un psychiatre, confectionnés dans le cadre du traitement d'une victime d'agression sexuelle qui a intenté une action en responsabilité civile délictuelle, échappent à la divulgation. En l'instance, la demanderesse a intenté des poursuites civiles contre l'auteur de l'agression, lui-même psychiatre. Ce dernier avait auparavant été reconnu coupable d'«attentat à la pudeur», l'infraction applicable au moment où les agressions ont été commises.

J'ai pris connaissance des motifs de Madame le juge McLachlin. Étant donné que ma collègue a relaté les faits et les procédures, je n'ai pas à les reprendre ici. La demanderesse invoque essentiellement son droit à la vie privée pour contester une ordonnance lui enjoignant de produire, aux fins de l'enquête préalable relative à l'action civile qu'elle a intentée en vue d'obtenir des dommages-intérêts résultant de l'agression sexuelle subie, les dossiers de la thérapeute qu'elle a consultée à la suite de l'infraction. Ce faisant, l'appelante soulève deux questions. La première a trait à la nature privilégiée des communications entre l'appelante et sa psychiatre. La deuxième concerne le droit à la protection de la vie privée de l'appelante en ce qui concerne les dossiers conservés par la psychiatre relativement à ces communications.

Quant à la première question, Madame le juge McLachlin conclut que l'appelante n'a aucunement renoncé à invoquer son droit à un privilège. Elle estime également que les règles de common law qui régissent le privilège doivent être mises à jour de manière à refléter la réalité moderne et les valeurs qui sous-tendent la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ma collègue conclut donc qu'un privilège partiel, une variante du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, est indiqué en pareil cas. Malgré mon accord de principe, je ne souscris pas au résultat auquel en arrive ma col-

priately with this issue. Furthermore, I wish to provide additional reasons and more extensive reference to recent jurisprudence of this Court which has addressed the issue of privileged communications in circumstances similar to those which surround this appeal.

As regards the second issue raised by the appellant, McLachlin J. concludes that adapting the common law rules governing privilege is the only appropriate means through which to dispose of this appeal. Where a claim of privilege is unsuccessful, my colleague concludes that the court should have no further discretion to control the process of discovery so as to protect private records or parts thereof from disclosure. With this conclusion, I firmly disagree. The assertion by a plaintiff of her privacy interests in the records affected by the production order requires a re-evaluation of the approaches to discovery taken by the Master, Chamber judge, and Court of Appeal in this case. We must ensure that their exercise of the discretion to order production conforms with the values underlying the *Charter*.

After considering the wording of the British Columbia Rules of Court governing discovery, the history of the procedure, the legislative and regulatory sources of the Rules, and the common law approach to exercising this power, I conclude that whenever a court orders production of documents, it is nonetheless exercising a discretion. While the courts may have developed an approach to this discretion which refrains from unduly limiting the procedures except where required by privilege, this discretion has not been eliminated by the common law. Moreover, I agree with the B.C. Court of Appeal's assertion that, in exercising this discretion, the court may further control the discovery

lègue ni à la procédure qu'elle approuve pour trancher adéquatement cette question. En outre, je tiens à donner des motifs additionnels et à faire davantage référence à la jurisprudence récente dans laquelle notre Cour a abordé la question des communications privilégiées dans des circonstances semblables à celles du présent pourvoi.

En ce qui concerne la deuxième question soulevée par l'appelante, Madame le juge McLachlin conclut qu'adapter les règles de common law régissant le privilège est le seul moyen approprié de statuer sur le présent pourvoi. Lorsqu'un privilège est revendiqué en vain, la cour ne devrait plus, selon ma collègue, avoir le pouvoir discrétionnaire de contrôler le processus de communication préalable de documents de manière à soustraire à la divulgation des dossiers privés ou des extraits de ces dossiers. Je suis totalement en désaccord avec cette conclusion. Lorsqu'une partie demanderesse invoque son droit à la confidentialité des dossiers visés par l'ordonnance de production, il faut réévaluer la façon dont le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel ont abordé, en l'espèce, la question de la communication préalable de documents. Nous devons nous assurer que leur exercice du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de production est compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Après avoir examiné le texte des Règles de pratique de la Colombie-Britannique qui régissent la communication préalable de documents, l'historique de cette procédure, les sources législatives et réglementaires de ces règles, ainsi que la façon dont l'exercice de ce pouvoir est abordée en common law, je conclus que chaque fois qu'une cour ordonne la production de documents, elle exerce un pouvoir discrétionnaire. Même si les tribunaux peuvent avoir développé une approche à l'égard de ce pouvoir discrétionnaire, approche qui évite de limiter indûment la production de documents sauf lorsqu'un privilège l'exige, la common law n'a pas supprimé ce pouvoir discrétionnaire. De plus, je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que, par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la cour peut contrôler davantage la procédure de communication préala-

procedures to ensure that they do not cause injustice to one of the parties.

48

The exercise of a judicial discretion, whether common law or statutory in origin, must comport with the values underlying the *Charter*. In applying this principle, this Court has recently held, albeit in the criminal law context, that a court must exercise its discretion to order the production of private records in a manner which comports with the *Charter* values underlying the rights to privacy, equality, and a fair trial. These same values are engaged in the instant appeal in the context of civil proceedings. Keeping in mind the important differences between the criminal and civil contexts, I nonetheless find that the discretion as exercised by the Court of Appeal in the case before us gave insufficient regard to the values of privacy and equality. My colleague has affirmed the process followed by the Court of Appeal in dealing with the psychiatrist's notes and records in this case. On the basis of the conclusion I reach on this issue, I find myself unable to agree with this result.

ble de documents de manière à éviter qu'une injustice soit causée à l'une des parties.

L'exercice d'un pouvoir discréptionnaire judiciaire, peu importe qu'il tire son origine de la common law ou d'une loi, doit être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Appliquant ce principe, notre Cour a récemment statué, quoique dans le contexte du droit criminel, qu'un tribunal doit exercer son pouvoir discréptionnaire d'ordonner la production de dossiers privés d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte* qui soutiennent les droits à la vie privée, à l'égalité et à un procès équitable. Les mêmes valeurs entrent en jeu ici, quoique dans le contexte de procédures civiles. Même s'il existe d'importantes différences entre le contexte du droit criminel et le contexte du droit civil, je conclus, néanmoins, qu'en l'espèce la Cour d'appel a exercé son pouvoir discréptionnaire sans tenir compte suffisamment des valeurs que constituent la vie privée et l'égalité. Ma collègue confirme la validité de la procédure suivie par la Cour d'appel en ce qui a trait aux notes et aux dossiers de la psychiatre en l'espèce. Vu la conclusion à laquelle j'en arrive à cet égard, il m'est impossible de souscrire à ce résultat.

## I. Principles

### A. *Privilege*

49

In *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536 (hereinafter *L.L.A.*), our Court unanimously found that a complainant in a case involving the criminal offence of sexual assault may obtain protection from disclosure of private records to the defence via a case-by-case privilege. In that case, various institutions which had been involved in providing counselling to the complainant after the alleged assault were ordered to produce the records of this treatment to the defence. The order was appealed to this Court on the ground that the records were privileged.

## I. Les principes

### A. *Le privilège*

Dans l'arrêt *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536 (ci-après *L.L.A.*), la Cour a conclu à l'unanimité qu'une plaignante dans une affaire criminelle d'agression sexuelle peut, grâce à un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas particulier, obtenir que des documents privés ne soient pas communiqués à la défense. Dans cette affaire, on avait ordonné à divers établissements, qui avaient fourni des services de consultation à la plaignante après l'agression alléguée, de communiquer à la défense les dossiers relatifs à ce traitement. L'ordonnance a fait l'objet d'un pourvoi devant notre Cour pour le motif que ces dossiers étaient des documents privilégiés.

50

Writing for the Court on this issue, and with reference to the majority reasons in the recent case of *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, I observed, at

M'exprimant au nom de la Cour à ce sujet et renvoyant aux motifs majoritaires du récent arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, j'ai fait obser-

pp. 562-63, that our Court has recognized two common law categories of privilege, a "class" privilege and a "case-by-case" privilege:

A class privilege entails a *prima facie* presumption that such communications are inadmissible or not subject to disclosure in criminal or civil proceedings and the onus lies on the party seeking disclosure of the information to show that an overriding interest commands disclosure. In order for the privilege to attach, compelling policy reasons must exist, similar to those underlying the privilege for solicitor-client communications, and the relationship must be inextricably linked with the justice system.

In a case-by-case privilege, the communications are not privileged unless the party opposing disclosure can show they should be privileged according to the four-fold utilitarian test elaborated by Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2285). [Emphasis added.]

After reviewing developments in the law of privilege in Canada and other jurisdictions, the Court rejected the notion of a class privilege shielding all such private records from disclosure. This conclusion was reached after a careful weighing of the policy arguments for a class privilege in this context against the detrimental effects of such a privilege on the administration of our justice system. The policy arguments supporting a class privilege included: the need for confidentiality in effective therapy for sexual assault victims, the deterrent effect of potential disclosure on both the seeking of counselling and consequent making of complaints, the inherent unreliability of such records, and the need to reflect the values enshrined in the *Charter*, particularly those ensuring equality and privacy, in our development of the common law. The following countervailing concerns are also involved: the necessity of relevant information in the truth-finding process which is the foundation of our justice system, the possibility that records will contain highly relevant information, the effects of a blanket protection from disclosure of relevant information on the accused's constitutional right to make full answer and

ver, aux pp. 562 et 563, que la Cour a reconnu l'existence de deux catégories de priviléges en common law, soit le privilège «générique» et le privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas»:

Un privilège générique comporte une présomption *prima facie* que ces communications sont inadmissibles ou non sujettes à divulgation dans le cadre de procédures criminelles ou civiles et la partie demandant la divulgation assume le fardeau d'établir qu'un intérêt prépondérant l'exige. Pour qu'il y ait privilège, il faut qu'existent des raisons de principe contraignantes, semblables à celles qui sous-tendent le privilège en matière de communications avocat-client, et les relations doivent être inextricablement liées au système de justice.

Dans le cas du privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas, les communications ne sont privilégiées que dans la mesure où la partie s'opposant à leur divulgation établit qu'elles devraient l'être suivant le test utilitaire à quatre volets élaboré par Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, au § 2285). [Je souligne.]

Après avoir examiné l'évolution du droit en matière de priviléges au Canada et ailleurs, notre Cour a rejeté l'idée qu'un privilège générique protège contre la divulgation tous les dossiers privés de cette nature. Elle a tiré cette conclusion après avoir soigneusement soupesé les arguments de principe qui militent en faveur d'un privilège générique dans ce contexte, en fonction des effets préjudiciables d'un tel privilège sur l'administration de notre système de justice. Parmi les arguments de principe militant en faveur d'un privilège générique, il y avait le besoin de préserver la confidentialité de la thérapie offerte aux victimes d'agression sexuelle pour en assurer l'efficacité, l'effet dissuasif d'une divulgation éventuelle sur le recours aux services de consultation et le dépôt subséquent d'une plainte, l'absence inhérente de fiabilité de ces dossiers et la nécessité d'harmoniser la common law avec les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier celles garantissant l'égalité et la vie privée. À ces arguments s'opposent les préoccupations suivantes: la nécessité d'une information pertinente dans la recherche de la vérité, qui est à la base de notre système de justice, la possibilité que des dossiers renferment des renseigne-

defence, and the difficulty in delimiting this class of relationships.

ments fort pertinents, l'incidence d'une protection générale contre la divulgation d'une information pertinente sur le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et la difficulté de délimiter la catégorie visée par ces rapports.

<sup>52</sup> Having weighed these two sets of arguments, the Court held, at p. 580, that while a class privilege for private records was not warranted, a case-by-case privilege might well be established, provided that the Wigmore criteria were met:

Après avoir soupesé ces deux séries d'arguments, la Cour a conclu, à la p. 580, que même si un privilège générique n'est pas justifié à l'égard d'un dossier privé, l'existence d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas pourrait bien être établie, pourvu que l'on ait satisfait au test de Wigmore:

Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three criteria will easily be met in most cases. . . . The fourth criterion involves the balancing of the relative values which favour finding these records privileged with those which favour production, if, of course, the records are found to be likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor, supra*). This is where the arguments for and against production, which I have discussed earlier, will be examined.

Étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, les trois premiers critères seront facilement satisfaits dans la plupart des cas. [ . . . ] Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs en jeu soit d'une part celles qui favorisent la reconnaissance d'un privilège en faveur de ces dossiers avec celles qui, d'autre part, militent en faveur de leur production dans la mesure, naturellement, où l'on juge qu'ils sont pertinents soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). C'est sous cet angle que les arguments favorables et défavorables à la production, dont j'ai déjà discuté, seront considérés.

The fourth branch of the Wigmore test requires the party claiming privilege to establish that the injury which would inure to the relationship in question is greater than the benefit gained for the correct disposal of the civil or criminal litigation. The decision in *L.L.A., supra*, has thus delineated the various public policy factors which must be weighed in determining whether this criterion has been satisfied. It has also held that the likely relevance of the documents must be established by the defence before the court will undertake the balancing required by the fourth Wigmore criterion.

Suivant le quatrième volet du test de Wigmore, la partie qui revendique un privilège doit établir que le préjudice permanent que subirait la relation en question est plus grand que le bénéfice d'une décision juste en matière civile ou criminelle. Dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, on a donc dégagé les différents facteurs d'intérêt public qui doivent être soupesés pour déterminer si ce volet du test est respecté. On y a aussi statué que la défense doit établir la pertinence probable des documents avant que la cour n'entreprene la pondération requise par le quatrième volet du test de Wigmore.

Le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas n'a, toutefois, pas été considéré comme une source souhaitable de protection, car sa nature *ad hoc* est incompatible avec l'objectif de principe qui sous-tend le privilège dans ce contexte. L'octroi d'un privilège dans ces cas serait nécessaire du fait que la garantie de confidentialité de la consultation encourage la plaignante à recourir à une thé-

<sup>53</sup> Case-by-case privilege was not, however, seen as a desirable source of protection, for its *ad hoc* nature would interfere with the primary policy objective which underlies privilege in this context. Privilege is advocated in these cases on the grounds that its assurance of confidential counselling will encourage complainants to seek therapy and to report the assault. The Court held that the

procedural restrictions on disclosure, which are dictated by the *Charter* values underlying the complainant's rights to privacy and equality, would better fulfill these objectives.

In the instant appeal, McLachlin J. has developed a form of case-by-case privilege which she terms "partial privilege". It allows the application of the Wigmore test not only to a particular relationship in a specific set of circumstances, which is what was envisioned in *L.L.A.*, *supra*, but also to classes of records, individual documents, or even parts thereof. In applying the fourth part of this test, the judge is called upon to balance the interest served by non-disclosure, that is, the promotion of the confidential relationship in which the records arose, with the interest in the correct disposal of the litigation. In so doing, the judge has the broad discretion to decide whether and to what extent to order the disclosure of certain documents. If the records contain information which is clearly relevant to a defence or claim, and without which a false result may ensue, the judge may order their disclosure. However, it is open to him or her to place limits on the reproduction and dissemination of the records once disclosed, to inspect the documents before releasing them to the defence, and/or to remove irrelevant or unnecessary information from the records.

In addition to my colleague's elaboration of the appropriate approach, one must not lose sight of two principles which were established by this Court in *L.L.A.*, *supra*, and which apply *mutatis mutandis* in a civil proceeding as well. First, before a judge may apply the fourth branch of the Wigmore test, the defence must establish the likely relevance of the documents, whether to an issue at trial or to the competence of a witness to testify. This threshold will not be overcome by mere speculation as to the contents of the records or biased hypotheses about such plaintiffs. Second, in undertaking the balancing of public policy concerns under the fourth branch of the Wigmore test,

rapide et à signaler l'agression. La Cour a conclu que les restrictions procédurales en matière de divulgation, que dictent les valeurs de la *Charte* sous-tendant les droits de la plaignante à la vie privée et à l'égalité, permettraient de mieux atteindre ces objectifs.

Dans le présent pourvoi, Madame le juge McLachlin propose une forme de privilège, fondé sur les circonstances de chaque cas, qu'elle appelle «privilège partiel». Celui-ci permet d'appliquer le test de Wigmore non seulement à des rapports particuliers dans certaines circonstances précises, ce qui était envisagé dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, mais également à des catégories de dossiers, à des documents individuels ou même à des parties de ceux-ci. En application du quatrième volet de ce test, le juge est appelé à soupeser l'intérêt servi par la non-divulgation, c'est-à-dire favoriser les rapports confidentiels dont émanent les dossiers, et celui qu'il y a à trancher correctement le litige. Ce faisant, le juge a le vaste pouvoir discrétionnaire de décider si et dans quelle mesure il y a lieu d'ordonner la divulgation de certains documents. Si les dossiers renferment des renseignements qui sont manifestement pertinents à une défense ou à une demande, sans lesquels un résultat inexact est susceptible de s'ensuivre, le juge peut ordonner leur communication. Il lui est cependant loisible de restreindre la reproduction et la diffusion des documents communiqués, de les examiner avant de les remettre à la défense et d'en supprimer les renseignements non pertinents ou inutiles.

Outre l'élaboration que fait ma collègue sur la façon appropriée de procéder, il ne faut pas perdre de vue deux principes que notre Cour a établis dans l'arrêt *L.L.A.*, précité, et qui s'appliquent également *mutatis mutandis* en matière civile. Premièrement, pour qu'un juge puisse appliquer le quatrième volet du test de Wigmore, la défense doit établir la pertinence probable des documents, que ce soit à l'égard d'une question en litige ou de la capacité de témoigner d'une personne. Ce seuil ne saurait être franchi en se basant sur de simples conjectures quant au contenu des dossiers ou des mythes ou stéréotypes à l'égard de la partie demanderesse. Deuxièmement, pour pondérer les

factors in addition to those mentioned by my colleague must be considered. These include the inherent unreliability of such records given the purposes for which they are made and the deterrent effect the lack of protection will have on the seeking of civil compensation for the injury sustained.

préoccupations d'intérêt public dans le cadre du quatrième volet du test de Wigmore, il faut prendre en considération d'autres facteurs en plus de ceux mentionnés par ma collègue. Il s'agit, notamment, de l'absence inhérente de fiabilité de ces dossiers, compte tenu des fins auxquelles ils sont établis, et de l'effet dissuasif que l'absence de protection aura sur la recherche d'une compensation civile pour le préjudice subi.

56

"Partial privilege" was nonetheless found by McLachlin J. to uphold the order of the Court of Appeal in the case before us. This order allowed direct and complete disclosure to the defence of all of the records Dr. Parfitt had made of her interactions with the appellant, albeit subject to certain restrictions on their reproduction and dissemination. Only those notes which Dr. Parfitt had made to herself for diagnostic purposes were withheld from the defence. In deciding which documents to order produced, the Court of Appeal relied on the affidavits which the parties had submitted in conjunction with the proceedings. Direct disclosure of all of the information shared in the course of therapy to professionals who are assisting the defence, including defence counsel, constitutes a very serious breach of the plaintiff's interests in privacy as regards these communications.

57

Although greatly expanded and updated to comport with both modern circumstances and *Charter* values, as a substantive rule applied on a case-by-case basis, the doctrine of "partial privilege" remains fundamentally *ad hoc* in nature. As such, it fails to provide an adequate means of fulfilling its own primary policy rationale. In this context, the doctrine's policy objectives are to ensure that plaintiffs who are victims of sexual assault not be discouraged from seeking therapy if they may potentially wish to take civil action or, if they have already received counselling, unduly deterred from seeking compensation for the injury sustained. As defendants in such cases will likely challenge the cause and quantum of the injury claimed, it may be relatively easy for them to establish, in certain cases, that some information shared in counselling

Madame le juge McLachlin a, néanmoins, conclu que le «privilège partiel» permettait de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel en l'espèce, ordonnance qui autorise la communication directe et complète, à la défense, de tous les dossiers confectionnés par le Dr Parfitt relativement à ses échanges avec l'appelante, sous réserve, toutefois, de certaines restrictions quant à leur reproduction et à leur diffusion. Seules les notes personnelles que le Dr Parfitt a prises pour fins de diagnostic ont été soustraites à l'examen de la défense. Pour déterminer quels documents devaient être visés par l'ordonnance de production, la Cour d'appel s'est appuyée sur les affidavits présentés par les parties dans le cadre de l'instance. La communication directe aux experts qui assistent la défense, y compris l'avocat de la défense, de tous les renseignements échangés pendant la thérapie constitue une atteinte très grave au droit de la demanderesse à la confidentialité de ces communications.

Bien que la règle du «privilège partiel» ait été considérablement élargie et mise à jour afin de refléter la réalité moderne et les valeurs de la *Charte*, elle demeure fondamentalement *ad hoc* en tant que règle de fond applicable selon les circonstances de chaque cas. En ce sens, elle ne permet pas d'atteindre adéquatement l'objectif de principe qui la sous-tend. Dans ce contexte, la règle a pour objectif de principe de garantir que la partie demanderesse, victime d'une agression sexuelle, ne soit pas découragée de recourir à une thérapie si elle envisage d'intenter une action au civil, ni indûment dissuadée de réclamer l'indemnisation du préjudice subi dans le cas où elle aurait déjà bénéficié de services de consultation. Comme il est probable qu'en pareil cas le défendeur contestera la cause du préjudice allégué et le montant réclamé

sessions will be likely relevant to an issue at trial. At the same time, much of the information contained in such private records may be completely irrelevant or of extremely limited probative value and/or highly prejudicial. If the result is that all records, and thus all of the information they contain, are released to the defence, albeit subject to restrictions, many plaintiffs will be deterred from undertaking civil suits and/or therapy to address the assault's effects on them.

Moreover, while the doctrine of privilege allows for some balancing of interests, we must not forget that its aim is to balance the public's interest in fostering particular relationships with its interest in correctly disposing of legal disputes. The four criteria involved in the Wigmore test reflect this policy rationale. As such, the plaintiff's privacy interests in the records may receive some protection, but only to the degree that they serve the greater purpose of promoting a particular relationship. This relationship must be found to be sufficiently confidential, dependent upon such confidence, and valued by the community to warrant the balancing of its value with potential effects on the trial.

Where a judge determines that any or all of the first three Wigmore criteria are not fulfilled, the plaintiff's privacy interests are no longer considered. Moreover, while her interests in privacy are balanced under the fourth branch, they are only valued to the degree that they affect the relationship in which the communications arose. This doctrine does nothing to ensure protection of her privacy interests in records which, although containing information of a highly private nature, may not have arisen in the context of a relationship which meets the strict requirements for privilege. For this reason, as the plaintiff has asserted her privacy interest in private records independently of

à ce titre, il pourra parfois lui être relativement facile d'établir que certains renseignements obtenus lors de séances de consultation ont une pertinence probable à l'égard d'une question en litige. Il se pourra, en même temps, qu'une grande partie de l'information contenue dans ces dossiers privés ne soit absolument pas pertinente ou que sa valeur probante soit extrêmement limitée ou très préjudiciable. S'il s'ensuit que tous les dossiers, et ainsi tous les renseignements qu'ils renferment, sont communiqués à la défense, quoique sous certaines réserves, la partie demanderesse sera dissuadée, dans bien des cas, d'engager des poursuites civiles ou d'avoir recours à une thérapie pour remédier aux séquelles de l'agression, ou les deux à la fois.

En outre, bien que la doctrine du privilège permette d'effectuer une certaine pondération d'intérêts, nous ne devons pas oublier qu'elle a pour objectif de soupeser l'intérêt qu'a le public à promouvoir des rapports particuliers, avec celui qu'il a à ce que les litiges devant les tribunaux soient tranchés correctement. Le quatrième volet du test de Wigmore reflète cette raison d'être. Ainsi, le droit de la partie demanderesse à la confidentialité des documents peut être protégé, mais seulement dans la mesure où il sert l'objectif supérieur de la promotion de rapports particuliers. Ces rapports doivent être suffisamment confidentiels, dépendre de cette confidentialité et leur valeur suffisante aux yeux de la collectivité pour justifier leur pondération au regard de leur incidence possible sur le procès.

Lorsqu'un juge décide que l'un ou la totalité des trois premiers volets du test de Wigmore ne sont pas respectés, le droit de la partie demanderesse à la vie privée n'entre plus en ligne de compte. De plus, même si ce droit est soupesé en fonction du quatrième volet, il ne l'est que dans la mesure où il a une incidence sur les rapports dans le cadre desquels les communications ont été effectuées. Cette règle ne contribue nullement à garantir la protection du droit de la partie demanderesse à la confidentialité des dossiers qui, bien qu'ils renferment des renseignements de nature très personnelle, peuvent ne pas avoir été établis dans le cadre de rapports qui remplissent les conditions strictes

her claim for privilege, we are required to determine whether this interest has received adequate attention.

### B. *Balancing Charter Values*

60

In addition to her privilege claim, the appellant is asserting a right to privacy in the documents. The court order to produce the documents was made on the basis of a regulatory "Rule of Court" — Rule 26 — which grants a broad discretion to the courts to control discovery procedures. This rule is authorized by the executive branch of the British Columbia government through statute and regulation and has the objective of controlling the process of discovery between private parties to civil litigation.

61

As will be explained in more detail, in exercising their powers under this rule, courts have developed two somewhat conflicting common law approaches. While differing in the extent to which a court may control the production of documents, both of these approaches establish a structured discretion on the part of the court in making this determination. Thus, in the context of civil discovery, while the power in the courts has been created by the regulatory rule, common law rules to control and govern this discretion have been developed. The context of discovery may provide a somewhat unique interaction of the common law and procedural rules of court, in that the substantive common law as to what is or is not discoverable has had to develop in response to this fairly modern procedural entitlement. This is different from the procedures in the present rules which govern the determination of the admissibility of evidence, for example.

d'octroi d'un privilège. C'est pourquoi, vu que la demanderesse a fait valoir son droit à la confidentialité des dossiers privés indépendamment de sa revendication d'un privilège, nous devons déterminer si ce droit a reçu une attention suffisante.

### B. *Pondération des valeurs de la Charte*

Outre le privilège qu'elle revendique, l'appelante invoque un droit à la confidentialité des documents. L'ordonnance judiciaire de production des documents a été rendue en fonction d'une «règle de pratique» d'origine réglementaire — l'art. 26 des Règles — qui accorde au tribunal un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la procédure de communication préalable. Cette règle, que le pouvoir exécutif de la Colombie-Britannique a autorisée par voie législative et réglementaire, vise à contrôler la procédure de communication préalable de documents dans un litige civil opposant des particuliers.

Comme nous le verrons plus en détail, en exerçant les pouvoirs qui leur sont conférés par cette règle, les tribunaux ont dégagé deux approches de common law quelque peu contradictoires. Même si elles divergent en ce qui concerne la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent contrôler la production de documents, ces deux approches comportent une discréption structurée qui sert de guide aux tribunaux qui ont à rendre une telle décision. Ainsi, dans le contexte de la communication préalable de documents en matière civile, bien que le pouvoir conféré aux tribunaux vienne de la règle d'origine réglementaire, des règles de common law ont été établies afin de contrôler et de régir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le contexte de la communication préalable de documents peut engendrer une interaction quelque peu unique de la common law et des règles de pratique, en ce que les règles matérielles de common law, applicables pour déterminer ce qui peut ou non faire l'objet d'une communication préalable, ont dû évoluer de manière à répondre à cette procédure plutôt récente. Ceci est différent de la procédure des règles actuelles qui régissent l'admissibilité de la preuve, notamment.

This Court has held that where a provision or regulation or, alternatively, a common law rule establishes discretion in terms which allow judicial action respectful of the *Charter*, the provision or rule will not be struck down: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, *per* La Forest J. for the Court, at p. 410; see also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, *per* Lamer J. (as he then was), at p. 1078. Indeed, a residual discretion may be required in some instances to ensure that a legislative provision or common law rule not violate the *Charter*: *Baron v. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. It is rather the exercise of discretion that the courts will scrutinize.

In many cases, the exercise of discretion, through the making of an order, for example, will not constitute direct state action and therefore cannot be subject to the same constitutional scrutiny as legislation or the acts of state officials. Where this occurs, this Court has nonetheless found that the exercise of discretion must adequately reflect the values underlying the *Charter*. In the criminal context, a proportional balance of the effects on *Charter* rights is required: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *L.L.A., supra*; see also *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. In cases of non-criminal law powers exercised in the context of legislation with a public purpose or other such state action, the court must also reflect a balance of *Charter* values when exercising a statutory or common law discretion: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, *per* Lamer C.J., for the majority, at p. 875; *Baron v. Canada*, *supra*; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558.

The fact that the discretion exercised here involves procedural entitlements in a civil dispute between private parties rather than a criminal trial

Notre Cour a statué qu'on n'invalidera pas une disposition, un règlement ou encore une règle de common law qui établit un pouvoir discrétionnaire en des termes qui permettent aux tribunaux d'agir dans le respect de la *Charte*: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, le juge La Forest, au nom de la Cour, à la p. 410; voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 1078. En fait, un pouvoir discrétionnaire résiduel peut être requis, dans certains cas, pour garantir qu'une disposition législative ou une règle de common law ne viole pas la *Charte*: *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. C'est plutôt sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire que portera l'examen du tribunal.

Dans bien des cas, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, notamment par la délivrance d'une ordonnance, ne constituera pas une action directe de l'État et ne pourra donc pas être soumis au même contrôle constitutionnel qu'une loi ou un acte d'un représentant de l'État. Le cas échéant, notre Cour a, néanmoins, conclu que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit refléter adéquatement les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. En matière criminelle, une pondération proportionnelle de l'incidence sur les droits garantis par la *Charte* est requise: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *L.L.A.*, précité; voir aussi *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, et *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Dans les cas où une compétence autre qu'une compétence en matière de droit criminel est exercée dans le cadre d'une loi ayant un objectif public ou de toute autre mesure semblable prise par l'État, le tribunal doit également pondérer les valeurs de la *Charte* lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire découlant de la loi ou de la common law: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, à la p. 875; *Baron c. Canada*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558.

Le fait que le pouvoir discrétionnaire exercé en l'espèce se rapporte à des droits d'ordre procédural dans un litige civil opposant des particuliers, plutôt

does not fundamentally alter the analysis. There are a number of civil cases involving private parties which found that the discretionary powers granted by statute or a common law rule must be exercised in a manner which comports with the values underlying the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, *per* McIntyre J. at p. 603; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, *per* L'Heureux-Dubé, dissenting, at pp. 71 and 92; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. In such cases, however, the balancing of values may be somewhat more flexible than in those involving the state as a party: *Hill, supra, per* Cory J., at paras. 94 and 97. In the appeal before us, the appellant is thus entitled to challenge the exercise of discretion by the trial judge and the Court of Appeal on the grounds that they did not reflect an appropriate balance of *Charter* values.

que dans un procès criminel, ne modifie pas fondamentalement l'analyse. Il existe un certain nombre d'affaires civiles opposant des particuliers où on a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi ou par une règle de common law doit être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre, à la p. 603; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, aux pp. 71 et 92; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Dans les affaires de ce genre, toutefois, il se peut que la pondération des valeurs soit un peu plus souple que dans celles où l'État est partie au litige: *Hill*, précité, le juge Cory, aux par. 94 et 97. Dans le présent pourvoi, l'appelante a donc le droit de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance et la Cour d'appel pour le motif qu'il ne reflète pas une pondération adéquate des valeurs de la *Charte*.

65 A three-step analysis is required to determine whether the appellant can succeed in her claim. First, the court must identify the source of the common law or legislative discretion that has been exercised. Second, it must identify the *Charter* values that are engaged in or affected by the exercise of this discretion. Finally, it must determine whether and in what manner the exercise of discretion needs to be altered to reflect an appropriate balance of these *Charter* values. In the instant appeal, we are aided greatly in the second and third tasks by the analysis already undertaken by this Court in *O'Connor, supra*, which addressed a similar procedural discretion, albeit in the context of a criminal prosecution.

Une analyse en trois étapes s'impose pour déterminer si l'appelante peut avoir gain de cause. Premièrement, il faut rechercher la source du pouvoir discrétionnaire exercé qui découle de la common law ou d'une loi. Deuxièmement, il faut déterminer quelles sont les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu ou qui sont touchées par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Enfin, il faut décider si et de quelle façon l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être modifié pour refléter une pondération adéquate de ces valeurs de la *Charte*. En l'espèce, nous bénéficions grandement, en ce qui concerne les deuxième et troisième étapes, de l'analyse que notre Cour a déjà entreprise, dans l'arrêt *O'Connor*, précité, relativement à un pouvoir discrétionnaire semblable en matière de procédure, quoique dans le contexte de poursuites criminelles.

### (i) Discretion

66 The traditional common law approach to the power conferred upon courts to order the production of documents for discovery in civil proceedings holds that "all relevant documents which are not privileged must be produced": Beverley M. McLachlin and James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1996 (loose-leaf)), vol. 1, at

### (i) Le pouvoir discrétionnaire

Suivant la façon traditionnelle d'aborder, en common law, le pouvoir des tribunaux d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable dans des procédures civiles, [TRADUCTION] «tous les documents pertinents qui ne sont pas des documents privilégiés doivent être produits»: Beverley M. McLachlin et James P.

p. 26-1. In British Columbia, there has nonetheless been some dispute as to the scope of this judicial discretion:

R 26(10) provides that the court "may" order the production of documents for inspection and copying by any party or by the court "at a time and place and in the manner it thinks just". One interpretation of "may" is that the order will go, subject to terms, if the documents are shown to be relevant and no claim to privilege is established. Another interpretation would be that "may" confers a wider discretion.

(McLachlin and Taylor, *supra*, at p. 26-115.)

Madame Justice McLachlin and Professor Taylor refer to the Court of Appeal decision in the case before us, (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, as an indication that the second approach is gaining favour, although that decision was based on Rule 26(11), which deals with orders for documents in the hands of a third party, and did not specifically consider the scope of the discretion encompassed in the term "may" in either Rule 26(10) or Rule 26(11). I agree with their view, for the Court of Appeal in this case spoke of a broader discretion which applied regardless of whether the guardian of the documents was a party to the litigation or a third party.

My colleague has chosen the first or traditional approach to the powers of the court to control the discovery of documents. In so doing, she rejects the Court of Appeal's method while affirming their result. I prefer to affirm the Court of Appeal's characterization of its powers, for reasons which I will delineate, and then to determine whether the discretion as exercised by the trial judge and the Court of Appeal adequately comports with *Charter* values. In this latter task I am guided by recent jurisprudence of this Court. However we choose to characterize their powers, the Master, Chambers judge and Court of Appeal clearly exercised a discretion to order the production of documents for discovery. The guidance they sought as to the appropriate exercise of these powers arises from

Taylor, *British Columbia Practice* (2<sup>e</sup> éd. 1996 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 26-1. En Colombie-Britannique, la portée de ce pouvoir discrétionnaire judiciaire suscite néanmoins une certaine controverse:

[TRADUCTION] Le paragraphe 26(10) des Règles prévoit que la cour «peut» ordonner la production de documents pour qu'une partie ou la cour elle-même les examine et en tire des copies «au moment, à l'endroit et de la manière qu'elle estime indiqués». Une interprétation du terme «peut» veut que l'ordonnance soit rendue, à certaines conditions, s'il est démontré que les documents sont pertinents et si l'existence d'aucun privilège n'est établie. Selon une autre interprétation, le terme «peut» confère un pouvoir discrétionnaire plus large.

(McLachlin et Taylor, *op. cit.*, à la p. 26-115.)

Selon Madame le juge McLachlin et le professeur Taylor, l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 1, indique que la deuxième interprétation gagne en popularité quoique cet arrêt soit fondé sur le par. 26(11) des Règles, qui porte sur les ordonnances relatives à des documents en la possession d'un tiers, et n'examine pas précisément la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par le terme «peut» à l'un ou l'autre des par. 26(10) et 26(11) des Règles. Je partage leur point de vue car la Cour d'appel, dans cette affaire, parle d'un pouvoir discrétionnaire plus large qui s'applique peu importe que la personne qui a sous sa garde les documents soit partie au litige ou soit un tiers.

Ma collègue opte pour la première façon, traditionnelle, d'interpréter le pouvoir de la cour de contrôler la communication de documents. Ce faisant, elle rejette la méthode employée par la Cour d'appel, tout en confirmant le résultat obtenu. Je préfère confirmer la qualification, par la Cour d'appel, de ses pouvoirs, pour les raisons que je vais exposer, pour ensuite déterminer si le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge de première instance et la Cour d'appel est compatible avec les valeurs de la *Charte*. Pour m'acquitter de cette dernière tâche, je m'inspire de la jurisprudence récente de notre Cour. Cependant, peu importe la façon dont nous choisissons de qualifier leurs pouvoirs, le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel ont manifestement exercé un pouvoir

the approach defined in the case law applying the discretionary Rules of Court. As such, the task of assessing whether the exercise of the discretion complies with *Charter* values cannot be avoided. I see no reason to distinguish between this case and others where this Court has held that discretionary judicial procedures developed at common law or in a statute must comport with *Charter* values. The discretion exercised by the Master, Chambers judge, and the Court of Appeal is open to the challenge asserted by the appellant.

discretionnaire d'ordonner la production de documents à des fins de communication préalable. La ligne directrice qu'ils ont demandée quant à la façon appropriée d'exercer ces pouvoirs découle de la méthode définie dans la jurisprudence qui applique les règles de pratique discrétionnaires. Ainsi, on ne saurait se soustraire à la tâche consistant à déterminer si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'accorde avec les valeurs de la *Charte*. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre la présente affaire et celles où notre Cour a statué que la procédure judiciaire discrétionnaire établie en common law ou dans une loi doit être conforme aux valeurs de la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire exercé par le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel peut faire l'objet de la contestation engagée par l'appelante.

An examination of the sources of the modern procedures governing discovery supports this finding. These procedures have their earliest roots in equity. The English Courts of Chancery developed rudimentary procedures for mutual disclosure in response to the problem in the common law courts of one party unfairly using the trial procedures to the detriment of the other party. The goal of discovery was, and has continued to be, the achievement of a more efficacious and accessible justice for the parties to an action. In Canadian provinces, including British Columbia, the procedures which we use today are not simply a reproduction of those available in equity, but have been largely expanded and developed through either statutory or regulatory reform. Canadian provinces have generally followed the example of the United Kingdom in this respect. There are differences among the provinces, most particularly British Columbia and Nova Scotia where the discovery procedures were more recently instituted; nonetheless, all contain similar elements which expand upon the original equitable procedures. See G. Cudmore, *Choate on Discovery* (2nd ed. 1993 (loose-leaf)), at pp. 1-1 to 1-6.

Un examen des sources de la procédure moderne en matière de communication préalable de documents appuie cette conclusion. Cette procédure tire son origine de l'*equity*. Les tribunaux d'*equity* anglais ont établi une procédure rudimentaire de divulgation réciproque afin de résoudre le problème que causait aux tribunaux de common law le fait qu'une partie recoure abusivement au procès au détriment de l'autre partie. L'objectif de la communication préalable de documents était, et demeure, la réalisation d'une justice plus efficace et accessible pour les parties à une action. Dans les provinces canadiennes, y compris la Colombie-Britannique, la procédure qui s'applique de nos jours n'est pas simplement une réplique de celle qui existe en *equity*, car elle s'est considérablement développée par voie de réforme législative ou réglementaire. À cet égard, les provinces canadiennes ont généralement suivi l'exemple du Royaume-Uni. Il existe des différences entre les provinces, plus particulièrement la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse où la procédure de communication préalable de documents est plus récente; néanmoins, toutes les procédures prévues ont des points communs qui découlent de la procédure d'*equity* initiale. Voir G. Cudmore, *Choate on Discovery* (2<sup>e</sup> éd. 1993 (feuilles mobiles)), aux pp. 1-1 à 1-6.

In interpreting the regulatory rules governing discovery, the courts have tended to allow a "wide latitude" in exercising the discretionary powers they have been granted, in the aim of best serving the overall policy objectives of the procedural reforms. These include, *inter alia*, the clarification of issues and the strength of the case faced by each party, the shortening of trials through avoiding "ambush" or surprise, and the encouragement of out-of-court settlement. In view of these goals, while the rules may establish a broad discretion for the courts to control the process of discovery of documents, the courts have been careful to avoid unduly circumscribing the procedures. See Cudmore, *supra*, at pp. 1-6 to 1-9.

An alternative approach to the discretion created by the British Columbia Rules is one which places an outer limit on this discretion, a limit which ensures that the discovery procedures not work injustice, even where a claim in privilege has not been successful and it appears that information in the documents is relevant to an issue at trial. This is the principle upon which the Court of Appeal relied in the instant appeal. The court held, *per* Southin J.A. for the court, at p. 19, that in exercising the discretion to order production of a document for the purposes of discovery, whether in the hands of a party or a non-party, it should

ask itself whether the particular invasion of privacy is necessary to the proper administration of justice and, if so, whether some terms are appropriate to limit that invasion.

In my view, this common law approach is more consistent with the wording of the British Columbia Rules governing discovery, the origins of the procedures, the common law discretionary rules governing information regarding non-parties, and the effect of the *Charter* on the exercise of common law and statutory discretion in civil proceedings. As has already been stated, the discretion to

69

Pour interpréter les règles d'origine réglementaire qui régissent la communication préalable de documents, les tribunaux ont tendance à se reconnaître une [TRADUCTION] «grande latitude» dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dont ils sont investis, et ce, dans le but de favoriser la réalisation des objectifs de principe globaux des réformes procédurales. Ces objectifs sont, notamment, de clarifier les questions en litige et de vérifier la solidité de la cause de chacune des parties, d'abréger les procès en évitant les «pièges» ou surprises et d'encourager le règlement hors cour. Compte tenu de ces objectifs, même si les règles peuvent leur accorder un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la communication de documents, les tribunaux ont pris soin d'éviter de circonscrire indûment les procédures. Voir Cudmore, *op. cit.*, aux pp. 1-6 à 1-9.

70

Une autre façon d'interpréter le pouvoir discrétionnaire créé par les Règles de pratique de la Colombie-Britannique consiste à le délimiter de manière à assurer que la procédure de communication préalable de documents ne cause pas d'injustice, même lorsqu'un privilège a été revendiqué en vain et qu'il semble que l'information contenue dans les documents soit pertinente à l'égard d'une question en litige. C'est le principe que la Cour d'appel a appliqué en l'espèce. Le juge Southin a affirmé, au nom de la Cour d'appel, à la p. 19, que, pour exercer le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production d'un document à des fins de communication préalable, peu importe que le document soit entre les mains de l'une des parties ou d'un tiers, le tribunal

[TRADUCTION] doit se demander si cette atteinte particulière à la vie privée est nécessaire à la bonne administration de la justice et, dans l'affirmative, s'il convient de fixer certaines conditions pour limiter cette atteinte.

71

Selon moi, cette méthode de common law est plus compatible avec le texte des règles de la Colombie-Britannique régissant la communication préalable de documents, les origines de la procédure, les règles discrétionnaires de common law régissant l'information concernant des tiers et l'incidence de la *Charte* sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire émanant de la common law et de la loi

order production of documents which is envisaged in Rules 26(10) and 26(11) is a broad one. In essence, the wording of these rules indicates that the courts may control the production and inspection of documents in whatever manner they think just.

dans des procédures civiles. Comme je l'ai déjà mentionné, le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de documents, envisagé aux par. 26(10) et 26(11) des Règles, est large. Il ressort essentiellement du texte de ces règles que les tribunaux ont le pouvoir de contrôler la production et l'examen des documents selon la façon qu'ils estiment juste.

72 This reference to justice is highly consistent with the historical source of the procedures. Rudimentary discovery procedures constituted a response by the courts of equity to the injustice which was being occasioned by some parties' use of the procedures in the common law courts. Given its origins in equity and its longstanding purpose of facilitating rather than impeding justice, it is fitting that the courts maintain an overarching discretion to ensure that discovery proceed in a just manner. While giving as broad a leeway as possible to the party seeking production of particular documents, the courts must remain cognizant of the possibility of the procedure working to the unfair detriment of one of the parties.

Cette référence à la justice est tout à fait compatible avec la source historique de la procédure. La procédure rudimentaire de communication préalable de documents constituait une réponse des tribunaux d'*equity* à l'injustice découlant du recours, par certaines parties, aux procédures devant les tribunaux de common law. Vu que cette procédure tire son origine de l'*equity* et qu'elle a depuis longtemps pour objectif de faciliter plutôt que d'entraver la justice, il convient que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire général d'assurer l'équité de la communication préalable. Tout en accordant la plus grande latitude possible à la partie qui demande la production de certains documents, les tribunaux doivent garder à l'esprit que l'application de la procédure peut se révéler préjudiciable à l'une des parties.

73 That the courts should tailor the procedures to protect against oppressive consequences is further supported by the approach which has developed in the British Columbia courts as regards documents in the hands of third parties. In *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, at p. 204, for example, the British Columbia Court of Appeal held that, in making an order pursuant to Rule 26(11), the judge should compel the production of possibly relevant documents, "unless there are compelling reasons why he should not make it", giving, as examples, privileged documents or those where production would be of such an adverse effect as to be unjust. It is partly on the basis of this decision that the Court of Appeal in the instant appeal made its order. In *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 686, this Court described a similar approach to the discretion

Le pouvoir que devraient avoir les tribunaux d'adapter la procédure pour assurer la protection contre les conséquences oppressives est aussi étayé par la méthode établie par les tribunaux de la Colombie-Britannique relativement aux documents qui se trouvent en la possession d'un tiers. Dans *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, à la p. 204, notamment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que, en rendant une ordonnance fondée sur le par. 26(11) des Règles, le juge devrait contraindre à produire les documents susceptibles d'être pertinents [TRADUCTION] «à moins qu'il n'existe de sérieux motifs de ne pas le faire», mentionnant, à titre d'exemples, les documents privilégiés ou ceux dont la production serait préjudiciable au point d'être injuste. C'est en partie sur cet arrêt que la Cour d'appel s'est fondée pour rendre son ordonnance en l'espèce. Dans l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 686, notre Cour décrit une façon semblable d'aborder le pou-

granted through equivalent procedural provisions in Quebec.

Finally, given that an exercise of common law discretion, even in the context of civil proceedings, can be scrutinized to ensure that it comports with the values underlying the *Charter*, the outer limits on the discretion in this case are justified provided that they ensure adequate compliance with these values.

The principle that the process by which a judge orders the production and inspection of documents may be adapted to avoid injustice to one of the parties is reflected to some degree in the reasons of my colleague. The power of a judge to place restrictions on the reproduction and dissemination of documents once produced relies on such a rationale. McLachlin J. nonetheless maintains the substance of the traditional approach to the discretion in her conclusion that documents or parts thereof which are not considered privileged cannot be withheld from the defence, regardless of the effects their production may have on the privacy interests of the plaintiff. In any event, the issue before this Court is whether the discretion as exercised by the Master, Chambers judge, and the Court of Appeal in this case complies with the values underlying the *Charter*.

My colleague has described my approach to this issue as "wholly inappropriate" on the grounds that a procedural rule could be found to trump the common law. I disagree. First of all, the exercise of discretion which is subject to scrutiny in discussing this issue is not the privilege doctrine, but rather the discretionary common law rule for determining which documents should be ordered produced for discovery. If the doctrine of privilege did not exist, and the common law discretionary rule simply stated that all documents shown to contain material information will be ordered produced, could the appellant in this case not argue that this did not reflect an adequate balance of the *Charter* values of privacy, equality, and trial fairness? All

voir discrétionnaire conféré par des dispositions québécoises équivalentes en matière de procédure.

Enfin, étant donné que, même dans le contexte d'une instance civile, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de common law peut faire l'objet d'un examen pour assurer qu'il s'accorde avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*, la délimitation du pouvoir discrétionnaire est justifiée en l'espèce pourvu qu'elle assure un respect suffisant de ces valeurs.

Les motifs de ma collègue semblent refléter jusqu'à un certain point le principe voulant que la procédure au moyen de laquelle un juge ordonne la production et l'examen de documents puisse être adaptée afin d'éviter qu'une injustice soit causée à l'une des parties. Telle est la raison d'être du pouvoir d'un juge d'imposer des restrictions à la reproduction et à la diffusion des documents communiqués. Madame le juge McLachlin retient néanmoins l'essentiel de la façon traditionnelle d'aborder le pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle conclut que la communication de documents ou parties de documents qui ne sont pas considérés comme privilégiés ne peut être refusée à la défense, quelle que soit l'incidence de cette communication sur le droit à la vie privée de la demanderesse. Quoi qu'il en soit, la question que notre Cour doit trancher est de savoir si le pouvoir discrétionnaire exercé, en l'espèce, par le protonotaire, le juge en chambre et la Cour d'appel est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

Ma collègue a décrit mon approche relativement à ce point particulier comme «totalement inappropriée» au motif qu'on pourrait en déduire qu'une règle de procédure pourrait supplanter la common law. Je ne suis pas d'accord. Premièrement, l'exercice de pouvoir discrétionnaire ici en jeu n'a pas trait à la doctrine du privilège, mais concerne plutôt la règle discrétionnaire de common law applicable pour déterminer quels documents devraient faire l'objet d'une ordonnance de production à des fins de communication préalable. Si la doctrine du privilège n'existe pas et que la règle discrétionnaire de common law prévoit simplement que tous les documents dont on aura démontré qu'ils renferment des renseignements importants feront

that has been added to the traditional approach is that privilege will also prevent a court from ordering production.

l'objet d'une ordonnance de production, l'appelante ne pourrait-elle pas ici soutenir qu'une telle mesure ne reflète pas une pondération adéquate des valeurs de vie privée, d'égalité et de procès équitable qui sont consacrées dans la *Charte*? Tout ce qui a été ajouté à l'approche traditionnelle, c'est que le privilège empêchera aussi un tribunal de rendre une ordonnance de production de document.

77 As I have stated, privilege only considers the privacy interests of plaintiffs in civil litigation as they relate to relationships which are considered to be of adequate public importance. In my view, where a plaintiff is unsuccessful in her privilege claim, she may still suffer a serious incursion upon her privacy which is unwarranted given the potentially limited or non-existent benefit to the fairness of the trial of some of the disclosed information. Given this result, this Court is required to examine the common law approach to this discretion to ensure that it effects an appropriate balance of the *Charter* values engaged in this context. This process will in no way interfere with a plaintiff's claim to privilege as it only concerns those documents which have not been found to be protected by privilege.

Comme je l'ai déjà dit, le privilège ne tient compte que du droit à la vie privée d'une partie demanderesse dans une affaire civile, dans la mesure où ce droit se rapporte à des rapports jugés d'importance publique suffisante. À mon avis, la partie demanderesse qui revendique en vain un privilège risque encore de subir une grave atteinte à sa vie privée, atteinte injustifiée vu l'avantage potentiellement limité ou inexistant de la divulgation de certains renseignements pour l'équité du procès. Compte tenu de ce résultat, notre Cour doit examiner la façon d'aborder ce pouvoir discrétionnaire en common law, pour s'assurer qu'elle permet de soupeser adéquatement les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans ce contexte. Cette démarche n'a aucune incidence sur la revendication d'un privilège par une partie demanderesse puisqu'elle ne vise que les documents jugés non privilégiés.

78 While I have referred to the source of Rules 26(10) and 26(11), and its reflection in their wording, this reference is meant to demonstrate the purpose of the discovery process, viz. to render the trial process more expeditious and fair. My primary focus is not the Rules of Court, however, but rather the discretionary approach or rule developed by the courts to govern the judicial exercise of the powers relating to discovery of documents. In my view, if we determine that the discretion as exercised by the Court of Appeal does not provide an adequate reflection of *Charter* values, it is incumbent upon this Court to alter that approach. Moreover, if the doctrine of privilege, while updated to reflect *Charter* values, provides an inadequate consideration of privacy interests asserted by the plaintiff, the traditional approach to discretion as exercised by the Master and Chambers judge must

Bien que j'aie mentionné la source des par. 26(10) et (11) des Règles, et ses répercussions sur leur libellé, ce n'était que pour démontrer l'objet de la communication préalable de documents, qui est de rendre le procès plus expéditif et équitable. Cependant, mon premier souci ne porte pas sur les règles de pratique, mais plutôt sur l'approche ou la règle discrétionnaire que les tribunaux ont établie afin de régir l'exercice de leurs pouvoirs relatifs à la communication préalable de documents. À mon avis, si nous décidons que le pouvoir discrétionnaire exercé par la Cour d'appel ne reflète pas suffisamment les valeurs de la *Charte*, il incombe à notre Cour de modifier cette approche. En outre, si, malgré sa mise à jour visant à refléter les valeurs de la *Charte*, la doctrine du privilège ne permet pas de prendre adéquatement en considération le droit à la vie privée invoqué par la demandante.

also be changed. Not only would such a result be appropriate, justice in these circumstances would require nothing less.

(ii) Charter Values: Privacy, Trial Fairness, and Equality

In the recent decision of *O'Connor, supra*, this Court was asked to determine whether the *Charter* protected the privacy interests which a complainant in a criminal sexual assault case would have in private records. The Court held that s. 7 of the *Charter* did include a right to privacy in such documents. At p. 477, they were referred to as "private records", which were taken to mean any records "in which a reasonable expectation of privacy lies", and could include, *inter alia*, medical or therapeutic records, school records, private diaries, and the activity logs prepared by social workers.

Writing for the Court on this issue, I concluded that the rights to individual liberty and security of the person as enshrined in s. 7 of the *Charter* encompassed a right to privacy. This finding was based on a number of developments in the jurisprudence of this Court. In its s. 7 jurisprudence, it has expressed great sympathy with the notion that liberty and security of the person involve privacy interests. That privacy is essential to human dignity, a basic value underlying the *Charter*, has also been recognized. Our right to security of the person under s. 7 has been found to include protection from psychological trauma which can be occasioned by an invasion of our privacy. Certainly, the breach of the privacy of a sexual assault plaintiff constitutes a severe assault on her psychological well-being. Section 8 also reveals that the *Charter* is clearly premised on a respect for the interests of individuals in their privacy. Finally, the common law torts of defamation and trespass further recognize the validity of an individual's claim to fundamental privacy interests.

deresse, la façon traditionnelle d'aborder le pouvoir discrétionnaire exercé par le protonotaire et le juge en chambre doit être également modifiée. Non seulement un tel résultat serait opportun, mais la justice n'exigerait rien de moins dans les circonstances.

(ii) Les valeurs de la Charte: vie privée, procès équitable et égalité

Dans l'arrêt récent *O'Connor*, précité, notre Cour était appelée à déterminer si, dans une affaire criminelle d'agression sexuelle, la *Charte* protégeait le droit d'une plaignante à la confidentialité de dossiers privés. Notre Cour a conclu que l'art. 7 de la *Charte* confère un tel droit à l'égard de ce qu'elle a appelé, à la p. 477, des «dossiers privés», soit tout dossier «qui devrait normalement être protégé en raison de son caractère privé». Il peut s'agir, notamment, de dossiers de nature médicale ou thérapeutique, de dossiers scolaires, de journaux intimes et de carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux.

J'ai conclu, au nom de la Cour sur ce point, que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à l'art. 7 de la *Charte* englobent le droit à la vie privée. Cette conclusion se fondait sur une évolution jurisprudentielle de notre Cour. Dans les arrêts qu'elle a rendus relativement à l'art. 7, notre Cour s'est montrée fort sympathique à l'idée que la liberté et la sécurité de la personne comportent des droits à la vie privée. On a également reconnu que la vie privée est essentielle à la dignité humaine, qui est une valeur fondamentale de la *Charte*. On a jugé que le droit à la sécurité de la personne consacré à l'art. 7 inclut la protection contre le traumatisme psychologique pouvant résulter d'une atteinte à la vie privée. Il est certain que l'atteinte à la vie privée d'une demanderesse victime d'agression sexuelle nuit gravement à son bien-être psychologique. Il ressort également de l'art. 8 que la *Charte* est nettement fondée sur le respect du droit à la vie privée de chacun. Enfin, les délits de diffamation et d'intrusion qui existent en common law confirment aussi la validité de la revendication, par un particulier, du droit fondamental à la vie privée.

81 This Court also established that such a right is not absolute and “must be balanced against legitimate societal needs” (*O'Connor, supra*, at p. 485). The Court affirmed the principle that such a balancing should be effected through an assessment of the individual’s reasonable expectation of privacy and a weighing of that expectation against the state’s legitimate needs to interfere therein: *per* L’Heureux-Dubé J., for the Court on this issue, at p. 485, citing *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The records at issue in *O'Connor* were found clearly to disclose a reasonable expectation of privacy, worthy of protection under s. 7 of the *Charter*. This conclusion was not drawn on the basis of a strong public interest in the relationships through which these records arose, but rather on the nature of the records, the information contained therein, and the effects of disclosure on the person asserting her expectation of privacy. The concern or value underlying the *Charter*-based right to privacy thus differs significantly from that which founds the doctrine of privilege.

Notre Cour a également établi qu’un tel droit n’est pas absolu et qu’il «doit être pondér[é] en tenant compte des besoins légitimes de la société» (*O'Connor*, précité, à la p. 485). Elle a confirmé qu’une telle pondération doit être effectuée au moyen d’une évaluation de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu’a le particulier en question, et d’une pondération de cette attente en regard de la nécessité légitime de l’intervention de l’État: le juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom de la Cour à ce sujet, à la p. 485, en citant l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. On a statué que les dossiers en cause dans l’arrêt *O'Connor* révélaient clairement l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, attente digne d’être protégée en vertu de l’art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion est fondée non pas sur l’existence d’un intérêt public considérable à l’égard des rapports dont émanait les dossiers, mais plutôt sur la nature de ces dossiers, les renseignements qu’ils renfermaient et l’incidence de leur communication sur la personne qui invoquait ses attentes en matière de vie privée. La préoccupation ou la valeur qui sous-tend le droit à la vie privée, consacré dans la *Charte*, diffère donc considérablement de celles sous-jacentes à la doctrine du privilège.

82 As the nature of privacy dictates that once violated it cannot be regained, it was held that the reasonable expectations of privacy should be protected at the point of disclosure. The Court thus found, at p. 487, that:

s. 7 of the *Charter* requires a reasonable system of “pre-authorization” to justify court-sanctioned intrusions into the private records of witnesses in legal proceedings.

Comme la vie privée, de par sa nature même, ne peut plus être recouvrée une fois qu’on y a porté atteinte, on a statué qu’il y avait lieu de protéger l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée au stade de la divulgation. C’est ainsi que la Cour conclut, à la p. 487, que:

l’art. 7 de la *Charte* exige un système raisonnable d’«autorisation préalable» pour justifier les intrusions sanctionnées par le tribunal dans les dossiers privés de témoins dans des poursuites judiciaires.

83 As the records at issue in this appeal are of the same nature as those mentioned in *O'Connor*, I conclude that the appellant has established a reasonable expectation of privacy in these documents. The respondent has argued that the appellant waived her right to privacy by putting her psychological well-being at issue in a trial. I do not agree. As my colleague McLachlin J. has found, her privacy is not waived by the mere fact that an action

Comme les dossiers dont il est question en l’espèce sont de même nature que ceux mentionnés dans l’arrêt *O'Connor*, je conclus que l’appelante a établi l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l’égard de ces documents. La partie intimée fait valoir que l’appelante a renoncé à son droit à la vie privée en soulevant la question de son bien-être psychologique au procès. Je ne suis pas d’accord. Comme

was instituted. Rather, the appellant has engaged a process where the reasonable expectation of privacy must be balanced against society's need to ensure that such litigation be conducted fairly and effectively. This may mean that a respect for *Charter* values in the discovery procedures would tolerate greater access to certain information, but it will not mean that her reasonable expectation of privacy has in any way been relinquished. In my view, the appellant has established such an expectation. As such, it must be balanced with the other interests which arise in the discovery aspect of civil litigation.

In *O'Connor*, the complainant's privacy interests were balanced against the accused's *Charter* right to make full answer and defence. This right is an essential element of the principles of fundamental justice which are to govern criminal proceedings. In civil proceedings, while the defendant does not have a direct *Charter* right to exercise, that is, while his liberty or security are in no way endangered, similar values are at stake. A miscarriage of justice could occur if a lack of necessary relevant information might enable a trial judge or a jury to reach a false result. The *Charter*-related value of a fair trial for all litigants, as a fundamental principle of justice, is affected in such cases and may be balanced with the privacy interests of the appellant. As was the case with the accused's rights in *O'Connor*, however, these interests are no more absolute than those of the plaintiff. My statement at p. 480 applies equally in these circumstances:

There is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others.

ma collègue Madame le juge McLachlin le conclut, l'appelante n'a pas renoncé à la protection de sa vie privée du seul fait d'avoir intenté une action. Elle s'est plutôt engagée dans une démarche où l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée doit être pondérée en regard de la nécessité, pour la société, d'assurer le déroulement équitable et efficace d'un tel litige. Cela peut signifier que le respect des valeurs de la *Charte*, dans la procédure de communication préalable de documents, admet un meilleur accès à certains renseignements, mais non que l'appelante a renoncé de quelque manière à son attente raisonnable en matière de protection de sa vie privée. À mon avis, l'appelante a établi l'existence d'une telle attente. Par conséquent, cette attente doit être soupesée en fonction des autres droits que met en jeu la communication préalable de documents dans une affaire civile.

Dans l'arrêt *O'Connor*, le droit à la vie privée de la plaignante a été soupesé en fonction du droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantissait à l'accusé. Ce droit est un élément essentiel des principes de justice fondamentale qui doivent régir les procédures criminelles. En matière civile, bien que le défendeur n'ait à exercer aucun droit conféré directement par la *Charte*, et que sa liberté ou sa sécurité ne soit nullement menacée, des valeurs semblables sont en jeu. Une erreur judiciaire pourrait être commise si l'absence des renseignements pertinents nécessaires était susceptible de mener un juge du procès ou un jury à un résultat inexact. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est en cause à titre de principe de justice fondamentale, et peut être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. Toutefois, à l'instar des droits de l'accusé dans l'arrêt *O'Connor*, ces droits ne sont pas plus absous que ceux de la demanderesse. L'affirmation que je fais, à la p. 480, s'applique autant dans ces circonstances:

Il n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui.

85

That decision also discussed the requirement that any procedural discretion in sexual assault cases reflect the value of equality, given that (at p. 487):

[u]nlike virtually every other offence in the *Criminal Code*, sexual assault is a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled.

The same observation can be made for the tort represented by sexual assault. In view of the unique nature of such cases, the possibility of biased assumptions based on the age or gender of the plaintiff must not be allowed to taint the procedure. Indeed, there may be a greater danger of such an effect, as it is monetary compensation for the injury which is sought. Biased inferences may well be made that this injury is not as great or as worthy of compensation as that caused by other forms of assault which have traditionally received greater attention in both the criminal and civil law domains.

86 This Court was asked in *O'Connor* to determine whether the judge's discretion to order the production of private records to the defence in advance of the criminal trial was exercised in a manner which comported with the *Charter* values of privacy, fair trial, and equality. As in the instant appeal, direct state action was not involved. Although the prosecution of a criminal offence formed the context for the exercise of discretion, the common law did not dictate that the court act in a certain way. At pp. 479-80, the following principles from *Dagenais, supra*, were found to be applicable:

... the nature, scope and breadth of the production order will ultimately depend upon a balancing of *Charter* rights which seeks to ensure that any adverse effects upon one right is proportionate to the salutary effects of the constitutional objective being furthered: *Dagenais*, at p. 890.

Following this approach, the Court developed a number of procedural safeguards to guide any

Dans cet arrêt, on a également discuté de l'exigence que tout pouvoir discrétionnaire en matière de procédure, dans les affaires d'agression sexuelle, reflète la valeur de l'égalité, vu que (à la p. 487):

[c]ontrairement à presque toute autre infraction du *Code criminel*, l'agression sexuelle est un crime qui touche avant tout les femmes, les enfants et les handicapés.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'agression sexuelle en tant que délit civil. Étant donné la nature exceptionnelle de ces affaires, il ne doit pas être permis que des mythes et stéréotypes fondés sur l'âge ou le sexe de la partie demanderesse entachent la procédure. En fait, ce risque peut être d'autant plus grand que ce qui est réclamé est l'indemnisation monétaire du préjudice subi. Il se peut bien que l'on tire des conclusions biaisées selon lesquelles le préjudice n'est pas aussi important ni aussi digne d'indemnisation que le préjudice résultant d'autres formes d'agression auxquelles on accorde traditionnellement une plus grande attention tant en droit criminel qu'en droit civil.

Dans l'affaire *O'Connor*, notre Cour était appelée à déterminer si le pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner la communication à la défense de dossiers privés avant la tenue du procès criminel avait été exercé de manière compatible avec les valeurs de la vie privée, du procès équitable et de l'égalité consacrées dans la *Charte*. Comme dans le présent pourvoi, aucune action directe de l'État n'était en cause. Même si le pouvoir discrétionnaire était exercé dans le contexte de poursuites criminelles, la common law n'exigeait pas que la cour agisse d'une manière particulière. Aux pages 479 et 480, on a jugé que les principes suivants, tirés de l'arrêt *Dagenais*, précité, étaient applicables:

... la nature, la portée et l'étendue d'une ordonnance de divulgation dépendront, en définitive, d'un équilibre entre les divers droits garantis par la *Charte* de sorte que les effets préjudiciables à un droit soient proportionnels aux effets bénéfiques visés par l'objectif constitutionnel: *Dagenais*, à la p. 890.

Appliquant cette méthode, notre Cour a établi un certain nombre de garanties procédurales appli-

order for production of private records, a matter to which I will now turn as, in my view, these principles also apply to a civil trial where the production of private records is in issue.

## II. Process

On the basis of the principles in *Dagenais, supra*, and with the goal of achieving an appropriate balance of the *Charter* values of privacy, fair trial, and equality, the Court in *O'Connor* developed a number of procedural safeguards to guide any order for production of private records. These involve a two-stage test which can be undertaken once the defence has notified all parties with an interest in the confidentiality of the documents. The first stage of the judge's determination requires that the defence establish the likely relevance of the documents. More than mere speculation or biased inferences about sexual assault complainants is required. A minority of the Court particularly emphasized the danger of biased assumptions and required that the defence establish independent grounds via affidavit evidence for asserting that information in the documents was likely relevant to issues at trial or the competence of a witness to testify.

If the initial threshold of likely relevance is overcome, the court will order the production of those documents which were found to be likely relevant, but only to the court and for the purpose of the court's inspection. At this stage, the court is asked to decide which documents or parts of documents contain information which is likely relevant, and to weigh the effects of production on the complainant with those on the accused. A number of factors to be considered were enumerated. I further note that in both *O'Connor, supra*, and *L.L.A., supra*, the possibility of claiming privilege with respect to these documents was not foreclosed. Where a claim of privilege is unsuccessful, the court would nonetheless be required to exercise its

cables à toute ordonnance de production de dossiers privés, ce sur quoi je vais maintenant me pencher étant donné que, selon moi, ces principes s'appliquent également à un procès civil où il est question de produire des dossiers privés.

## II. La procédure

Compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Dagenais*, précité, et dans le but de pondérer adéquatement les valeurs de vie privée, de procès équitable et d'égalité qui sont consacrées dans la *Charte*, notre Cour a établi, dans l'arrêt *O'Connor*, un certain nombre de garanties procédurales applicables à toute ordonnance de production de dossiers privés. Celles-ci comportent un test à deux étapes qui peut être appliqué une fois que la défense a avisé toutes les parties ayant intérêt à ce que les documents demeurent confidentiels. Lors de la première étape de la décision du juge, la défense doit établir la pertinence probable des documents. Il faut plus que de simples conjectures ou déductions tendancieuses concernant la plaignante victime d'agression sexuelle. Une minorité des juges de notre Cour a particulièrement insisté sur le risque d'hypothèses tendancieuses et a exigé que la défense établisse, au moyen d'une preuve par affidavit, l'existence de motifs indépendants d'affirmer que les renseignements contenus dans les documents étaient probablement pertinents quant aux questions en litige ou à la capacité d'une personne à témoigner.

Une fois franchi le seuil initial de la pertinence probable des documents, le tribunal ordonne la production des documents jugés probablement pertinents, mais uniquement afin de les examiner seul. À ce stade, le tribunal est appelé à déterminer quels documents ou parties de documents renferment des renseignements probablement pertinents, et à soupeser les effets de leur production sur le plaignant et sur l'accusé. Un certain nombre de facteurs à prendre en considération ont été énumérés. Je souligne, en outre, que dans les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.*, précités, on n'a pas écarté la possibilité de revendiquer un privilège à l'égard de ces documents. Même lorsqu'un privilège est revendiqué en vain, le tribunal est, néanmoins,

discretion in compliance with *Charter* values through the preceding procedures.

89 The present case requires that we determine whether and how the discretion exercised by a court in civil as opposed to criminal proceedings should be altered to comply with *Charter* values. While there are some key differences between the two contexts, the most significant factors which governed the development of the *O'Connor* procedure remain present in the context of a civil suit. Through an examination of these distinctions and commonalities, procedures for governing discovery which comport with the *Charter* values engaged in this appeal can be identified.

90 A significant difference between discovery in the civil context and disclosure in a criminal prosecution lies in the control a plaintiff has in a civil suit over whether she takes part in the proceedings. A further distinction relates to the benefit which may be derived by the plaintiff from the discovery process. Indeed, she may have a very strong interest in settling the case to avoid the traumatic experience of the trial process. A third difference is that, given the circumstances, it may be easier, in certain cases, to establish the likely relevance of the records to issues at trial. In the case before us, Dr. Parfitt was the only therapist who treated the appellant after the assault and, thus, the only professional with in-depth knowledge of the extent of the injury claimed, viz. psychological harm and its consequences for the appellant. Such circumstances may be taken into account when a judge makes an initial determination of the likely relevance of the records. A final distinction is that the state is not a party in the action where the order for production arose.

91 We must also recognize that, given the nature of discovery and the special context of civil litigation involving sexual assault, the discovery process has

tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les valeurs de la *Charte* tout au long des procédures précédentes.

En l'espèce, il nous faut déterminer si et de quelle manière le pouvoir discrétionnaire exercé par un tribunal dans une affaire civile, par opposition à une affaire criminelle, doit être modifié de manière à être conforme aux valeurs de la *Charte*. Bien qu'il existe des différences fondamentales entre les deux contextes, les facteurs les plus importants qui ont donné lieu à l'établissement de la procédure de l'arrêt *O'Connor* demeurent présents dans le contexte de poursuites civiles. L'examen de ces différences et points communs permet d'identifier une procédure de communication préalable de documents qui soit compatible avec les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu dans le présent pourvoi.

Une différence importante entre la communication préalable en matière civile et la divulgation dans des poursuites criminelles tient au choix qu'a la partie demanderesse, dans les poursuites civiles, de participer ou non aux procédures engagées. Une autre distinction est liée à l'avantage que peut tirer la partie demanderesse de la communication préalable de documents. En fait, elle peut avoir grand intérêt à régler l'affaire pour éviter de subir l'expérience traumatisante du procès. Une troisième différence est que, selon les circonstances, il peut parfois être plus facile d'établir la pertinence probable des dossiers à l'égard des questions en litige. Dans la présente affaire, le Dr Parfitt est le seul thérapeute qui ait traité l'appelante après l'agression, de sorte qu'elle est le seul professionnel à avoir une connaissance approfondie de l'importance du préjudice allégué, c.-à-d. le préjudice psychologique et ses conséquences pour l'appelante. Un juge peut tenir compte de ces circonstances lorsqu'il se prononce initialement sur la pertinence probable des documents. Une dernière distinction réside dans le fait que l'État n'était pas partie à l'action lorsque la question de l'ordonnance de production s'est présentée.

Il nous faut aussi reconnaître que, vu la nature de l'enquête préalable et le contexte particulier d'une action civile intentée à la suite d'une agres-

the potential to allow a far more serious incursion upon these plaintiffs' reasonable expectation of privacy than on plaintiffs in other types of tort cases. These circumstances are somewhat unique. As was observed in *O'Connor, supra*, at pp. 487-88, the wrong involved here, sexual assault, may create a need for a therapeutic response if the victim is to restore herself to a state of healthy functioning. As Dr. Parfitt's affidavits attest, effective counselling requires that the most intimate details of a patient's life and her innermost thoughts, fears, and feelings be freely shared with the therapist. At the same time, it often requires that the counsellor keep records of what has transpired during her sessions with the plaintiff. A plaintiff may also maintain a private diary of these experiences, thoughts, and feelings.

Thus, by its very nature, this civil wrong creates a situation where a written record will be made of the most intimate details of the plaintiff's life. These documents may also provide a unique record of the injury which was allegedly caused. At the same time, as McLachlin J. observes, much of such information in the records will be of very limited value to the trial process. The same can be said of any private record of the plaintiff's thoughts, feelings, and experiences regarding the assault. Given this context, the traditional approach to discovery, the one where the plaintiff must rely upon the *ad hoc* protection privilege provides, will serve as a strong disincentive to plaintiffs to attempt to recover compensation for the injury caused. The mutual exchange of information for the shared purpose of expediting the search for justice is turned into a process which may prevent a plaintiff from seeking compensation in the courts or may encourage a premature and unfair settlement to avoid excessive disclosure of the private documents. Such a result cannot comport with our sense of justice, particularly as it is informed by the *Charter* values of privacy and equality. Clearly, a more predictable procedure is in order,

sion sexuelle, la procédure de communication préalable de documents risque d'entraîner une dérogation beaucoup plus grave aux attentes raisonnables de la demanderesse en matière de protection de la vie privée que dans toute autre affaire de responsabilité délictuelle. Ces circonstances sont quelque peu exceptionnelles. Comme on le fait remarquer, aux pp. 487 et 488 de l'arrêt *O'Connor*, précité, la faute commise, en l'occurrence l'agression sexuelle, peut rendre nécessaire le recours à une aide thérapeutique pour permettre à la victime de retrouver une vie normale. Comme en témoignent les affidavits du Dr Parfitt, pour être efficace la consultation exige que le patient communique librement au thérapeute les détails les plus intimes de sa vie ainsi que ses pensées, craintes et sentiments les plus profonds. En même temps, le thérapeute doit souvent consigner dans un dossier ce qui est ressorti de ses rencontres avec le patient. Ce dernier peut également tenir un journal intime de ses expériences, pensées et sentiments.

Ainsi, en raison de sa nature même, cette faute civile engendre une situation où les détails les plus intimes de la vie de la partie demanderesse seront consignés dans un dossier. Les documents en cause peuvent aussi constituer un dossier unique quant au préjudice allégué. Par la même occasion, comme Madame le juge McLachlin le souligne, bon nombre des renseignements contenus dans les dossiers auront très peu d'utilité au procès. Il en est également ainsi de tout dossier privé qui fait état des pensées, des sentiments et des expériences de la partie demanderesse concernant l'agression. Dans ce contexte, la méthode traditionnelle de communication préalable de documents, où la partie demanderesse doit s'en remettre à la protection *ad hoc* assurée par l'octroi d'un privilège, aura grandement pour effet de la dissuader de tenter d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi. L'échange de renseignements entre les parties afin d'accélérer, dans leur intérêt commun, la recherche de la justice devient alors susceptible d'empêcher une partie demanderesse de solliciter une indemnisation devant les tribunaux ou de favoriser un règlement prématuré et injuste du litige afin d'éviter une trop grande divulgation des documents

one which addresses the unique difficulties faced by plaintiffs in these circumstances.

privés. Un tel résultat ne saurait être compatible avec notre notion de justice, d'autant plus que cette notion repose sur les valeurs de vie privée et d'égalité qui sont consacrées dans la *Charte*. De toute évidence, une procédure plus prévisible s'impose, une procédure qui tienne compte des difficultés exceptionnelles auxquelles fait face la partie demanderesse dans ces circonstances.

93 While the procedures established in *O'Connor* are not entirely appropriate in the context of civil litigation, a number of their features are equally applicable in such proceedings. The most important aspect is the "pre-authorization" element of the process. This is required by the essential nature of privacy interests. An adequate protection of privacy requires that meaningful controls be exercised at the disclosure stage. In *O'Connor*, writing for the Court on this issue, I concluded that the prevention of a breach of privacy is the best means of protecting these interests, as once breached, privacy cannot be regained. In the context of a criminal prosecution, this factor necessitated the "likely relevance" threshold and the obligation on the court to screen the documents before releasing them to the defence. Certainly, this aspect of privacy is as pertinent in the context of civil proceedings as it is in a criminal prosecution.

Même si la procédure établie dans l'arrêt *O'Connor* n'est pas parfaitement indiquée dans des poursuites civiles, un certain nombre de traits qui la caractérisent s'appliquent tout autant dans ce contexte. L'aspect le plus important de cette procédure est l'«autorisation préalable». Cette mesure s'impose en raison de la nature fondamentale du droit à la protection de la vie privée. Une protection suffisante du droit à la vie privée exige le recours à des mesures de contrôle utiles au stade de la divulgation. Dans l'arrêt *O'Connor*, j'ai conclu, au nom de la Cour à ce propos, que le meilleur moyen de protéger ce droit est d'empêcher l'atteinte à la vie privée, car la vie privée ne peut plus être recouvrée une fois qu'on y a porté atteinte. Dans le contexte de poursuites criminelles, ce facteur requérirait qu'on franchisse le seuil de la «pertinence probable» et l'obligation, pour le tribunal, d'examiner les documents avant de les communiquer à la défense. Cet aspect de la protection de la vie privée est sûrement aussi pertinent dans des poursuites civiles que dans des poursuites criminelles.

94 A further reason for screening the documents is the finding that much of the information in private records will, more often than not, be irrelevant to the defence or of very limited probative value given the context in which it is gathered. These considerations, too, are present in the case of civil litigation. The balancing undertaken in the *O'Connor* procedures is also warranted in the instant appeal, as the parties' *Charter*-based interests must be weighed. Furthermore, the factors which are to be considered by the judge when screening the documents under the *O'Connor* test are similarly significant in civil proceedings, with the exception that it is the defendant's as well as society's interest in a fair trial which should be weighed as

L'examen des documents se justifie également par la conclusion que, très souvent, une bonne partie des renseignements contenus dans des dossiers privés n'a aucune pertinence pour la défense ou n'a qu'une valeur probante très limitée vu le contexte dans lequel ces renseignements ont été obtenus. Ces considérations jouent aussi en matière civile. La pondération entreprise dans l'affaire *O'Connor* est également justifiée en l'espèce, étant donné qu'il faut soupeser les droits conférés aux parties par la *Charte*. De plus, les facteurs dont le juge doit tenir compte en examinant les documents, suivant le test de l'arrêt *O'Connor*, sont tout aussi importants dans des poursuites civiles, sauf que c'est le droit du défendeur à un procès

opposed to an accused's *Charter* right to full answer and defence.

As the likely relevance of the records may, in certain cases, be more easy to establish initially under these procedures, screening the documents becomes all the more necessary in a civil suit. This is due in part to the nature of the injury. Psychological harm is a very broad notion. Almost anything a plaintiff experiences in her life could, in the abstract, be argued to be a contributing factor in any diminishment of her psychological well-being. Many of these potential contributors might also be of a very private nature. At the same time, a perusal of the documents may well reveal a lack of a logical link to the harm alleged. In such cases, this information should not be turned over to the defence.

By way of example, a plaintiff might share with her therapist that, for medical reasons, she and her husband are unable to have children. This is information of a highly private nature, which may, in the abstract, appear relevant to marital troubles alleged by the plaintiff. Upon reviewing the documents, it may well become evident that this issue was only briefly mentioned to the therapist, that the couple had never had any intention of having children, or that this was simply not a concern for them in their marriage. In such circumstances, a judge may wish to delete any mention of this fact in the records.

Given the foregoing distinguishing and shared features of the criminal and civil contexts for production of private records, the following procedure seems to me the appropriate one in the context of civil discovery. The party seeking production must notify those with an interest in the confidentiality of the records. Before a court may order production of private records to the defence for the purposes of discovery, it must first ascertain what documents are likely relevant to an issue at trial. In order to complete this task, the court must have

équitable et l'intérêt qu'a la société en la matière qui doivent être soupesés, et non le droit à une défense pleine et entière que la *Charter* confère à l'accusé.

95  
Etant donné que, dans certains cas, la pertinence probable des documents peut être plus facile à établir initialement au moyen de cette procédure, l'examen des documents s'impose d'autant plus dans des poursuites civiles. Cela est attribuable en partie à la nature du préjudice subi. Le préjudice psychologique est une notion très large. On pourrait soutenir, théoriquement, que presque toutes les expériences qu'une personne a vécues au cours de sa vie ont contribué à diminuer son bien-être psychologique. Il se pourrait également que bon nombre de ces facteurs éventuels aient un caractère très personnel. En même temps, il se peut bien que la lecture attentive des documents révèle l'absence de lien logique avec le préjudice allégué. En pareil cas, l'information ne devrait pas être communiquée à la défense.

96  
À titre d'exemple, une demanderesse pourrait révéler à son thérapeute que, pour des raisons médicales, son mari et elle ne peuvent avoir d'enfants. Il s'agit d'une information de nature très personnelle qui peut, théoriquement, sembler liée aux problèmes conjugaux allégués par la demanderesse. L'examen des documents peut bien révéler que cette question n'a été mentionnée que brièvement au thérapeute, que le couple n'a jamais eu l'intention d'avoir des enfants ou que cela ne les a tout simplement pas préoccupés pendant leur mariage. Dans ces circonstances, le juge peut vouloir supprimer toute mention de ce fait dans le dossier.

97  
Compte tenu de ces caractéristiques distinctives et communes des contextes criminel et civil au chapitre de la production de dossiers privés, la procédure suivante me semble opportune aux fins de la communication préalable de documents en matière civile. La partie qui demande la production doit en informer les personnes ayant intérêt à ce que les dossiers demeurent confidentiels. Pour qu'un tribunal puisse ordonner la communication préalable de dossiers privés à la défense, il doit tout d'abord déterminer quels documents ont une

before it the information necessary for this determination. In civil cases, the required information will be provided by the affidavit of the party seeking the order, in which he or she makes out the necessary grounds for obtaining production of the documents in question. The court must then order production of the likely relevant documents to the court for screening and removal of any information which the court deems is not likely relevant or otherwise exempt from production given a balancing of the interests involved.

pertinence probable relativement à une question en litige. Pour s'acquitter de cette tâche, le tribunal doit disposer des renseignements nécessaires. En matière civile, les renseignements nécessaires sont fournis au moyen de l'affidavit dans lequel la partie qui demande l'ordonnance expose les raisons pour lesquelles la production des documents en question est requise. Le tribunal doit ensuite ordonner que les documents ayant une pertinence probable lui soient remis pour qu'il puisse les examiner et y supprimer tout renseignement qui, selon lui, n'a aucune pertinence probable ou doit par ailleurs échapper à la production après pondération des droits en cause.

In this process, the factors delineated by this Court in the context of a criminal prosecution are equally applicable, although with slight modifications to meet the requirements of civil proceedings. The court should be guided by the following considerations: the necessity of the record to ensure a fair trial, the probative value of the record, the nature and extent of the reasonable expectation of privacy in the record, whether the production of the record would be premised on any discriminatory belief, and the potential prejudice created by disclosure to the plaintiff's dignity, privacy and security of the person. The additional factors of the potential benefit both parties will gain from a fair discovery process, the control the plaintiff has over whether she undertakes civil litigation, and the potential deterrent effect of this process on plaintiffs in civil litigation of sexual assault cases must also be considered.

Dans cette démarche, les facteurs énoncés par notre Cour relativement à des poursuites criminelles s'appliquent également, sous réserve des légères modifications qui s'imposent pour satisfaire aux exigences des poursuites civiles. Le tribunal devrait tenir compte des considérations suivantes: la nécessité du dossier pour assurer la tenue d'un procès équitable, la valeur probante du dossier, la nature et la portée des attentes raisonnables en matière de confidentialité du dossier, la question de savoir si la production du dossier reposera sur une croyance discriminatoire, et le préjudice que la divulgation pourrait causer à la dignité, à la vie privée et à la sécurité de la personne de la partie demanderesse. Il faut également prendre en considération les facteurs supplémentaires que représentent l'avantage que les deux parties pourront éventuellement tirer d'une procédure équitable de communication préalable des documents, le choix qu'a la partie demanderesse d'engager ou non des poursuites civiles et l'effet dissuasif que cette procédure risque d'avoir sur la partie demanderesse dans des poursuites civiles relatives à une agression sexuelle.

In my view, in weighing these considerations, the judge should seek to achieve a discovery process which is what it is meant to be: a fair and mutual exchange. Both parties should be empowered to access those documents or parts thereof which will allow an appropriate narrowing of the

À mon avis, en soupesant ces considérations, le juge devrait rechercher une communication préalable qui corresponde à ce qu'elle doit être, soit un échange juste et réciproque. Les deux parties devraient avoir accès aux documents ou aux parties de documents qui permettront de bien circons-

issues, the avoidance of surprise at trial, and the potential for a fair out-of-court settlement.

As the state is not involved as a party to such cases, the balancing may be somewhat more flexible than that described in *Dagenais, supra*. The focus on proportionality of effects in that case was to give effect to the substance of s. 1 of the *Charter: Dagenais, supra, per* Lamer C.J. for the majority, at p. 878. This method of balancing is arguably not strictly applicable in private disputes: *Hill, supra, per* Cory J. for the Court in the result, at paras. 94 and 97. Nonetheless, a hierarchy of values cannot be created. Privacy and equality values cannot be assumed to be of lesser importance than the value of a fair trial in determining whether and to what extent to order the production of private documents. Any flexibility should be with the aim of ensuring that a mutually beneficial discovery process take place.

Also, a judge may ask the guardian of the documents for an "inventory" of those in his or her possession to assist in the screening process. This is consistent with the procedures developed in *O'Connor* and *L.L.A.* In my opinion, as part of this inventory, it would also be open to the judge to request a general indication of the contents of the individual records, a grouping of the documents by contents, or other assistance in sorting the documents. Such an inventory should not be given to the other party to the action at that stage.

My colleague has stated that these additional procedures will confuse trial judges. I do not agree. Nothing in the context of civil litigation should prevent the two separate claims from being asserted and addressed. In many cases, such as the one before us, the privilege claim will be settled by the judge on the basis of affidavit evidence. Some documents will be found privileged and others not. It is only the latter group which will be subject to the screening process. Where a judge determines

to raise the questions en litige, d'éviter toute surprise au procès et, éventuellement, d'obtenir un règlement hors cour équitable.

Comme l'État n'est pas partie à de telles affaires, la pondération peut être un peu plus souple que celle décrite dans l'arrêt *Dagenais*, précité. Dans cette affaire, l'accent mis sur la proportionnalité des effets visait à mettre à exécution l'essence de l'article premier de la *Charte: Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 878. On peut soutenir que ce mode de pondération n'est pas, à strictement parler, applicable dans les litiges privés: *Hill*, précité, le juge Cory, s'exprimant au nom de notre Cour quant au résultat, aux par. 94 et 97. Cependant, aucune hiérarchie des valeurs ne saurait être créée. On ne peut pas présumer que les valeurs de vie privée et d'égalité ont moins d'importance que celle du procès équitable pour déterminer si et dans quelle mesure il y a lieu d'ordonner la production de documents privés. Cette souplesse devrait viser à garantir le déroulement d'un processus de communication préalable avantageux pour les deux parties.

Un juge peut également demander à la personne qui a la garde des documents de faire l'*«inventaire»* de ceux qui sont en sa possession afin d'en faciliter l'examen. Cela est compatible avec la procédure établie dans les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.* J'estime qu'il serait également loisible au juge de demander, dans le cadre de cet inventaire, d'indiquer de façon générale le contenu de chacun des documents, de regrouper les documents en question selon leur contenu ou d'aider autrement à les trier. Un tel inventaire ne devrait pas être remis à l'autre partie à ce stade des procédures.

Ma collègue affirme que cette procédure supplémentaire sera déroutante pour les juges du procès. Je ne suis pas d'accord. Rien, dans un litige civil, ne devrait empêcher que les deux demandes soient faites et prises en considération. Dans bien des cas, comme celui dont nous sommes saisis, le juge statuera sur la revendication de privilège à partir d'une preuve par affidavit. Certains documents seront jugés privilégiés et d'autres non privilégiés. Ce ne sont que ces derniers qui seront soumis à

100

101

102

that vetting the documents could be necessary to fulfill the fourth criterion of the Wigmore test, confusion could arise, however. In such cases, as the procedures I have described provide a more direct and consistent consideration of the plaintiff's privacy interests, I would recommend applying the fourth branch of Wigmore to the entire group of documents, as a whole, either with or without the benefit of inspection. Once the privilege claim has been settled, the judge would then undertake the screening procedures described above to those documents which are not protected, provided that their likely relevance has been established.

### III. Application to the Case

103 The Master who originally heard the motion for disclosure ordered all of the notes and records kept by Dr. Parfitt produced to the defence as these communications had failed to satisfy the first criterion of the Wigmore test, and were therefore not privileged. He refused to undertake any balancing of the interests asserted by the plaintiff as he held that this was not permitted by the law as it stood at that time. The Chambers judge affirmed the decision and order of Master Bolton, similarly finding that privilege had not been successfully claimed, although for different reasons. Again, no further balancing of the plaintiff's interests in equality or privacy was undertaken.

104 The Court of Appeal in the present case allowed the appeal in part. It did so after attempting some balancing of the privacy interests of the plaintiff and the interests in a fair trial. Consequently, it withheld the notes made for diagnostic purposes and restricted the dissemination and reproduction of the records once produced. Nonetheless, it did not review the documents before ordering their production. In my view, such a process does not give due consideration to the appropriate balance of the *Charter* values engaged by the discovery procedures.

l'examen. Il pourrait, toutefois, y avoir confusion si un juge décidait que l'examen des documents pourrait être nécessaire afin de satisfaire au quatrième volet du test de Wigmore. En pareil cas, étant donné que la procédure que j'ai décrite permet de tenir compte plus directement et uniformément du droit de la demanderesse à la vie privée, je recommanderais d'appliquer le quatrième volet du test de Wigmore à toute la catégorie de documents, prise globalement, avec ou sans l'aide d'un examen. Une fois tranchée la question de la revendication de privilège, le juge s'attaquerait à l'examen susmentionné des documents non privilégiés, à la condition que leur pertinence probable ait été établie.

### III. Application à la présente affaire

Le protonotaire qui a initialement entendu la requête en divulgation a ordonné la production à la défense de la totalité des notes et dossiers du Dr Parfitt, étant donné que les communications qu'ils contenaient n'avaient pas satisfait au premier volet du test de Wigmore et n'étaient donc pas privilégiées. Il a refusé de pondérer les droits invoqués par la demanderesse pour le motif que, selon lui, la loi ne permettait pas de le faire à l'époque. Le juge en chambre a confirmé la décision et l'ordonnance du protonotaire Bolton, concluant, de façon similaire, quoique pour des motifs différents, que le privilège n'avait pas été revendiqué avec succès. Encore là, aucune autre pondération des droits de la demanderesse à l'égalité ou à la vie privée n'a été effectuée.

En l'espèce, la Cour d'appel a accueilli l'appel en partie, après avoir tenté de soupeser jusqu'à un certain point le droit à la vie privée de la demanderesse et le droit à un procès équitable. Conséquemment, elle a soustrait à la divulgation les notes prises à des fins de diagnostic et a limité la diffusion et la reproduction des dossiers communiqués. Elle n'a cependant pas examiné les documents avant d'en ordonner la production. Selon moi, une telle procédure ne tient pas dûment compte de la pondération qui s'impose à l'égard des valeurs de la *Charte* que met en jeu la communication préalable de documents.

Indeed, in these particular circumstances, and given the nature of the damages claimed and the information sought by the defence, very little meaningful protection has been accorded to these private records. If plaintiffs in such cases know that the entire contents of their discussion with their therapists or any other private records may be revealed to the lawyers and expert witnesses of the defendant, they may very well be deterred from seeking civil remedies. Without anyone reviewing the documents to remove information which is private, irrelevant or of very limited probative value, an order of production constitutes a serious breach of privacy while affording potentially limited benefit to the defence. A hierarchy of *Charter* values has been created, one where the defence is greatly advantaged while the effect on the plaintiff may be highly detrimental. In striking an appropriate balance of *Charter* values, such a hierarchy is impermissible. The Court of Appeal's decision must, therefore, be revisited. While the Court of Appeal's general approach was correct and while it did not have the benefit of our judgments in *O'Connor* and *L.L.A.* at the time its decision was rendered, the process it adopted is infirm.

#### IV. Conclusion and Disposition

As regards the first issue, that relating to the privileged nature of the communications between the appellant and Dr. Parfitt, I agree with McLachlin J. that a successful claim of privilege has clearly been established for the records which were exempt from disclosure. I also affirm the Court of Appeal's general conclusion that it had a broader discretion to control the process of discovery for the remaining documents to ensure that it not affect one of the parties unjustly.

The exercise of discretion upon which the order was based did not effect an appropriate balance of the *Charter* values of privacy, equality, and fair trial. By failing to screen private records in such cases, the court creates a hierarchy of *Charter*

105

En fait, dans ces circonstances particulières, compte tenu de la nature du préjudice allégué et de l'information requise par la défense, la protection accordée aux dossiers privés en cause est loin d'être suffisante. Si la partie demanderesse sait qu'en pareilles circonstances tout le contenu de ses échanges avec son thérapeute ou de tout autre dossier privé peut être divulgué aux avocats ou aux témoins experts du défendeur, il se peut fort bien qu'elle soit dissuadée de demander réparation au civil. Si personne n'examine les documents afin d'y supprimer tout renseignement personnel ou non pertinent ou qui a très peu de valeur probante, une ordonnance de production de documents constitue une atteinte grave à la vie privée tout en étant susceptible de ne procurer qu'un avantage limité à la défense. Une hiérarchie des valeurs de la *Charte* est créée, une hiérarchie qui avantage considérablement la défense, alors qu'elle peut avoir un effet très préjudiciable sur la partie demanderesse. La pondération appropriée des valeurs de la *Charte* n'admet pas une telle hiérarchie. L'arrêt de la Cour d'appel doit donc être réexaminé. Quoique l'approche de la Cour d'appel ait généralement été exacte et compte tenu du fait que les arrêts *O'Connor* et *L.L.A.* n'avaient pas encore été rendus au moment où cet arrêt a été prononcé, la procédure qu'elle a adoptée ne saurait, néanmoins, être appropriée.

#### IV. Conclusion et dispositif

106

En ce qui concerne la première question en litige, celle du caractère privilégié des communications entre l'appelante et le Dr Parfitt, je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin pour dire que l'existence d'un privilège a clairement été établie à l'égard des dossiers soustraits à la divulgation. Je confirme aussi la conclusion générale de la Cour d'appel qu'elle avait un large pouvoir discrétionnaire de contrôler la communication préalable des autres documents afin d'assurer qu'elle ne cause pas d'injustice à l'une des parties.

107

L'exercice du pouvoir discrétionnaire sur lequel l'ordonnance est fondée n'a pas soupesé adéquatement les valeurs de vie privée, d'égalité et de procès équitable consacrées dans la *Charte*. En omettant d'examiner les dossiers privés en de

values, where interests in privacy and equality may be seriously affected for records or parts thereof which may provide very little if any benefit to the defence or be unnecessary to ensure the fairness of the proceedings. Procedures adapted to the context of discovery in civil proceedings from the principles developed by this Court in *O'Connor* are in order.

108

I would allow the appeal with costs. The decision of the Court of Appeal should be set aside, except as regards the notes which were not disclosed, and the matter remitted back to the Master for determination in a manner consistent with the foregoing reasons.

*Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Ryan: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Parfitt: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.*

telles circonstances, la cour établit une hiérarchie des valeurs de la *Charte*, qui fait en sorte que les droits à la vie privée et à l'égalité peuvent faire l'objet d'une grave atteinte en échange de dossiers ou de parties de ceux-ci qui peuvent tout au plus procurer un avantage très minime à la défense, ou être inutiles pour garantir l'équité des procédures. Il convient de recourir à une procédure qui soit adaptée au contexte de l'enquête préalable en matière civile, selon les principes dégagés par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*.

J'accueillerais le pourvoi avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel devrait être infirmé, sauf en ce qui concerne les notes qui n'ont pas été divulguées, et l'affaire devrait être renvoyée devant le protonotaire pour qu'il rende une décision compatible avec les présents motifs.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureur de l'appelante: The British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé Ryan: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Parfitt: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.*