

H. Rod Carey Appellant

v.

Her Majesty The Queen in right of Ontario, the Ontario Development Corporation, the Northern Ontario Development Corporation, Claude Bennett and Allan Grossman
Respondents

INDEXED AS: CAREY v. ONTARIO

File No.: 18060.

1985: October 2; 1986: December 18.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Crown privilege — Production of cabinet and cabinet committee documents necessary to legal case — Low level policy matter several years old and of little public interest — Crown privilege claimed because of class of documents — Whether court should inspect documents to decide whether Crown's claim valid — Whether Crown's claim to immunity should be upheld.

The Government of Ontario increasingly became financially involved with Minaki Lodge, a resort in northwestern Ontario, and eventually became owner. Its dealings with appellant, the principal and later controlling shareholder of the lodge, gave rise to this action. On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to or emanated from Cabinet and its committees. The claim was not based on the contents of the documents but on the class to which they belonged. Production, it was alleged, would breach confidentiality and inhibit Cabinet discussion of matters of significant public policy. An application to quash the subpoena *duces tecum* was granted, notwithstanding the judge's assumption that the documents would be relevant to the matters in issue. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld that decision. At issue was whether to claim to refuse production of Cabinet documents as a class was valid, and whether it was necessary for the appellant to prove not only that the documents were relevant but also would assist his case.

H. Rod Carey Appellant

c.

Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, la Société de développement de l'Ontario, la Société de développement du Nord de l'Ontario, Claude Bennett et Allan Grossman
Intimés

b RÉPERTORIÉ: CAREY c. ONTARIO

N° du greffe: 18060.

1985: 2 octobre; 1986: 18 décembre.

c Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

d *Preuve — Privilège de la Couronne — Production de documents du Cabinet et de comités du Cabinet nécessaires à une action en justice — Question de politique de moindre importance datant de plusieurs années et de peu d'intérêt pour le public — Revendication du privilège de la Couronne fondée sur la catégorie de documents — La cour doit-elle examiner les documents afin de décider du bien-fondé de la revendication de la Couronne? — Convient-il de faire droit à la demande d'immunité avancée par la Couronne?*

f S'étant engagé de plus en plus à aider financièrement la Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie»), un centre de villégiature du nord-ouest de l'Ontario, le gouvernement de cette province a fini par en devenir propriétaire. Ses relations avec l'appellant, l'actionnaire principal et, plus tard, l'actionnaire majoritaire de l'hôtellerie sont à l'origine du litige. À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités ou en émanant. Cette revendication n'était pas fondée sur la teneur des documents, mais sur la catégorie à laquelle ils appartenaient. La production, a-t-on allégué, violerait la confidentialité et générerait la discussion par le Cabinet de questions de politique importantes. Une demande en annulation du *subpoena duces tecum* a été accueillie, bien que le juge ait tenu pour avéré que les documents se rapporteraient aux questions en litige. Cette décision a été confirmée tant par la Cour divisionnaire que par la Cour d'appel. La question en litige est de savoir si l'on peut à bon droit refuser la production de documents du Cabinet en tant que catégorie et si l'appellant doit prouver non seulement que les documents sont pertinents mais qu'ils aideront sa cause.

Held: The appeal should be allowed.

The importance of withholding production on the basis of a public interest must be weighed against the public interest in the proper administration of justice. Protection of documents as a class was generally not favoured. There was public interest in the confidentiality of Cabinet deliberations in developing public policy, but this was only one of a number of variables to be taken into account in considering whether the interest in disclosure for the administration of justice was outweighed by other public interests. Among the variables to be weighed was the nature of the policy, whether it was contemporary or not, and the nature and importance of the action. In the present case, the information sought to be revealed concerned a particular transaction involving a low level policy matter that had taken place some thirteen years before.

Because high level documents were involved, the court should first inspect the documents to balance the competing interests in disclosing or producing them. The documents here were obviously relevant, and it was not necessary for appellant to further establish that they would assist his case.

Cases Cited

Considered: *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **referred to:** *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73; *Re Grosvenor Hotel, London* (No. 2), [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'importance de la non-divulgence des documents dans l'intérêt public doit être évaluée par rapport à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice. D'une manière générale, on ne favorise pas la protection de documents en tant que catégorie. Il est dans l'intérêt public que les délibérations du Cabinet dans l'élaboration de politiques soient confidentielles, mais ce n'est là qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération lorsqu'on examine si l'intérêt dans la divulgation aux fins de l'administration de la justice doit céder le pas à d'autres intérêts publics. Parmi les facteurs dont il faut tenir compte, il y a la nature de la politique, l'actualité de cette politique ainsi que la nature et l'importance de l'action. En l'espèce, les renseignements dont on demande la divulgation concernent une opération précise s'inscrivant dans le cadre d'une politique de moindre importance qui remonte quelque treize ans auparavant.

Parce qu'il s'agit de documents importants, la cour doit d'abord les examiner afin de soupeser les intérêts opposés dans la divulgation ou la production. En l'espèce, les documents sont manifestement pertinents et l'appellant n'a donc pas à prouver par d'autres moyens qu'ils aideront sa cause.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Robinson v. State of South Australia* (No. 2), [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **arrêts mentionnés:** *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73; *Re Grosvenor Hotel, London* (No. 2), [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1) [both en. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III].
Evidence Act, R.S.O. 1980, c. 145, s. 30.

Authors Cited

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, affirming a judgment of the Divisional Court (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, affirming a judgment of Catzman J. (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, granting an application to quash a subpoena *duces tecum*. Appeal allowed.

J. L. McDougall, Q.C., and *R. L. Armstrong*, for the appellant.

T. H. Wickett, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This case involves a conflict between the public interest that a person who asserts a legal claim be afforded access to all information relevant to prove that claim, and the public interest against disclosure of confidential communications of the executive branch of government.

The immediate issue is whether the appellant Carey is entitled to compel production in an action against the Crown in right of Ontario and the other respondents of Cabinet documents in the possession of the executive government of the province which, he contends, would support his claim. In Ontario, this issue falls to be decided under common law.

The plaintiff's claim arises against the following background.

Lois et règlements cités

Loi sur la preuve, L.R.O. 1980, chap. 145, art. 30.
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1(2), 36.2(1) [adoptés 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III].

Doctrine citée

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, confirmant un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, confirmant un jugement du juge Catzman (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, qui a fait droit à une demande en annulation d'un subpoena *duces tecum*. Pourvoi accueilli.

J. L. McDougall, c.r., et *R. L. Armstrong*, pour l'appellant.

T. H. Wickett, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit en l'espèce d'un conflit entre l'intérêt qu'a le public à ce que toute personne qui présente une demande en justice ait accès à tous les renseignements pertinents nécessaires pour prouver ses allégations et l'intérêt du public à ce que les communications confidentielles de la branche exécutive du gouvernement ne soient pas divulguées.

La première question qui se pose est de savoir si, dans une action contre Sa Majesté du chef de l'Ontario et les autres intimés, l'appellant Carey est en droit d'obtenir la production de documents du Cabinet se trouvant en la possession du pouvoir exécutif de la province, documents qui, selon l'appellant, serviraient à étayer sa demande. En Ontario, cette question doit être décidée en vertu de la *common law*.

La réclamation du demandeur a pris naissance dans le contexte suivant.

Factual Background

The Minaki Lodge is a tourist resort complex of some note located on the Winnipeg River a few miles north of Kenora and Lake of the Woods. In the early 1960s, Carey became associated with the controlling group then operating the lodge as a shareholder. There is dispute among the parties about the financial health of the lodge during the late 1960s, but no one questions that the tourist industry in the area was adversely affected when mercury contamination was discovered in the adjoining river system. As a result the lodge, which had operated only in the summer months, did not open in the summer of 1971 and was not scheduled to open for the summer of 1972.

By the fall of 1971, the Government of Ontario had become concerned about the damage resulting to the economy of northwestern Ontario from the closing of the lodge and took steps to keep it operating. Its dealing with Carey in attempting to effect this purpose is what gave rise to this action.

Carey alleges that in the fall of 1971, the Government offered to make good all losses of the operators through forgivable or interest-free loans if the lodge was re-opened. The Government, however, denies such an offer formed part of the loan assistance it was willing to extend. Carey further alleges that he accepted the alleged offer and, in reliance on it, acquired control of the lodge from his associates and re-opened it in the summer of 1972. What is more, he adds, he kept it open at the Government's encouragement during the whole of the following winter and thereby incurred considerable losses for which the Government did not fully reimburse him. He claims he then advised the Government the lodge would be closed for the winter of 1973-1974 but the Government asked him to keep it open pending the completion of a feasibility study. The Government denies making any such request.

According to Carey, in November 1973 the Government told him it wished to continue the operation of the lodge and to invest a large sum of

Contexte factuel

Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie») est un centre de villégiature bien connu situé sur la rivière Winnipeg à quelques milles au nord de Kenora et du Lake of the Woods. Au début des années 60, Carey s'est associé en tant qu'actionnaire au groupe majoritaire qui exploitait alors l'hôtellerie. Bien que les parties soient en désaccord quant à la santé financière de l'hôtellerie à la fin des années 60, personne ne conteste que la découverte de contamination au mercure dans le réseau hydrographique en question a nui à l'industrie touristique de la région. Par conséquent, l'hôtellerie, qui n'était exploitée que pendant les mois d'été, est restée fermée au cours de l'été 1971 et il n'était pas prévu de la rouvrir pour l'été 1972.

Dès l'automne 1971, le gouvernement de l'Ontario, s'inquiétant du préjudice causé à l'économie du nord-ouest de l'Ontario par la fermeture de l'hôtellerie, a pris des mesures destinées à assurer sa réouverture. À cette fin, le gouvernement a négocié avec Carey, ce qui a entraîné la présente action.

Carey allègue qu'à l'automne 1971, le gouvernement a offert au moyen de prêts-subventions ou de prêts sans intérêt de dédommager les exploitants de toutes leurs pertes s'ils rouvraient l'hôtellerie. Le gouvernement par contre nie qu'une telle offre ait fait partie de l'aide sous forme de prêts qu'il était disposé à fournir. Carey affirme en outre qu'il a accepté ladite offre et que, sur la foi de celle-ci, a obtenu de ses associés le contrôle de l'hôtellerie, la rouvrant à l'été 1972. De plus, dit-il, encouragé par le gouvernement, il a gardé l'hôtellerie ouverte pendant tout l'hiver suivant, ce qui lui a occasionné des pertes appréciables dont le gouvernement ne l'a pas intégralement indemnisé. Toujours selon Carey, il a alors fait savoir au gouvernement que l'hôtellerie resterait fermée pendant l'hiver 1973-1974, mais le gouvernement lui a demandé d'attendre que soit achevée une étude de faisabilité. Le gouvernement prétend n'avoir jamais fait de telle demande.

Au dire de Carey, en novembre 1973 le gouvernement lui a manifesté le désir de voir continuer l'exploitation de l'hôtellerie et d'y investir une

money in it so as to make the resort a centerpiece for the resort industry in the area. However, he adds, since it would be politically inexpedient to provide funds to a private owner, the Government proposed to become his partner. Carey says he agreed to this proposal and accordingly continued to operate the lodge, incurring very substantial monthly operating losses which were not absorbed by the Government except to the extent necessary to enable him to meet current payments. These allegations are also denied by the Government, which claims that all financial assistance provided to the appellant from 1971 to 1973 was through loans arranged with the Ontario Development Corporation.

In late 1973 or early 1974, a meeting was held between Carey and the Minister of Industry and Tourism and a number of officials including some of the Northern Ontario Development Corporation. Carey claims he was told the Government had decided to invest over \$5 million in the lodge, and that he could either have it go into receivership and see its staff and creditors go unpaid or assign his interest to the Ontario Development Corporation. The Government agrees that there was a discussion of the financial difficulties of the lodge and of the available options. At all events, the appellant accepted a written offer from the Ontario Development Corporation for the transfer of his shares on the understanding that the Corporation would assume all the owners' outstanding indebtedness, except shareholders' loans. Apparently as part of these arrangements, the appellant later signed a three-year consulting contract with the resort company for which he was to be paid some \$15,000 a year. Carey asserts that he assigned his interests under the threat of receivership and its consequences. The Government, however, denies that he acted under any duress or compulsion.

somme importante afin d'en faire le centre de l'industrie touristique de la région. Il ajoute toutefois que, puisqu'il aurait été impolitique d'avancer des fonds à un propriétaire privé, le gouvernement a proposé de devenir son associé. Carey affirme avoir accepté cette proposition et avoir, en conséquence, continué à exploiter l'hôtellerie, subissant des pertes d'exploitation mensuelles considérables que le gouvernement n'a supportées que dans la mesure où cela était nécessaire pour permettre à Carey de faire face à ses paiements courants. Ces allégations font elles aussi l'objet d'une dénégation de la part du gouvernement qui prétend que toute l'aide financière reçue par l'appellant de 1971 à 1973 lui a été fournie au moyen de prêts consentis par la Société de développement de l'Ontario.

d

Vers la fin de 1973 ou le début de 1974, Carey a rencontré le ministre de l'Industrie et du Tourisme et plusieurs fonctionnaires, dont certains de la Société de développement du Nord de l'Ontario. Carey prétend s'être fait dire que le gouvernement avait décidé d'investir plus de cinq millions de dollars dans l'hôtellerie et qu'il pouvait choisir entre la faillite, auquel cas son personnel et ses créanciers ne seraient pas payés, ou la cession de son intérêt à la Société de développement de l'Ontario. Le gouvernement reconnaît qu'il a été question des difficultés financières de l'hôtellerie et des solutions possibles à celles-ci. Quoi qu'il en soit, l'appellant a accepté une offre écrite de la Société de développement de l'Ontario. Aux termes de cette offre l'appellant effectuerait la cession de ses actions et la Société assumerait toutes les dettes impayées des propriétaires, sauf les emprunts contractés par les actionnaires. Plus tard, apparemment en conformité avec l'accord ainsi intervenu, l'appellant a signé avec la société qui exploitait l'hôtellerie un contrat de trois ans suivant lequel il lui fournirait des services d'expert-conseil moyennant une rémunération annuelle d'environ 15 000 \$. Carey affirme qu'il a cédé ses intérêts sous la menace de la faillite et de ce qui en découlerait. Le gouvernement toutefois nie que l'appellant ait agi sous le coup de la contrainte ou de la coercition.

The Action and Demand for Production

Some two years later, in March 1976, Carey brought the present action seeking damages, including exemplary damages, for breach of the alleged agreement, deceit and damage to reputation, the setting aside of the transfer on the grounds of duress and compulsion and as an unconscionable transaction, and a declaration that the appellant is the beneficial owner of the shares transferred by him. The action against the individual defendants was subsequently dismissed with consent, so only the Government and the two corporations remain as defendants.

On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to Cabinet and its committees and all documents that emanated from it. When, in June of 1982, a date was fixed for trial, a subpoena *duces tecum* was served on the Secretary of the Cabinet for Ontario, Dr. E. E. Stewart, requiring him to attend at trial and bring all documents relating to the proceedings described in the subpoena. The Government then applied to quash the subpoena, and in support of the application filed an affidavit sworn by Dr. Stewart in which he acknowledged that he had relevant documents under his control but objected to their production on the basis that "it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation." By s. 30 of the Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1980, c. 145, such objection has the like effect as if it were made by a member of the Executive Council of the Province.

Dr. Stewart listed the documents in two schedules to his affidavit. The first schedule lists documents in the possession of his office at the time the subpoena was served on him. The second lists those formerly in his office but now in the possession of the archives where they would normally be kept confidential and unavailable for public access for a period of thirty years.

L'action et la demande de production

Environ deux ans plus tard, en mars 1976, Carey a intenté la présente action visant à obtenir, en premier lieu, des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts exemplaires, pour violation de l'accord allégué, pour dol et pour atteinte à la réputation, en deuxième lieu, l'annulation de la cession pour cause de contrainte et de coercition et parce qu'elle constituait une opération abusive et en troisième lieu, un jugement déclarant que l'appelant est le propriétaire réel des actions qu'il a cédées. L'action contre les particuliers défendeurs a par la suite été rejetée du consentement des parties, de sorte que les seuls défendeurs qui restent sont le gouvernement et les deux sociétés.

À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités et de tous les documents émanant du Cabinet. En juin 1982, la cause a été mise au rôle et on a assigné le secrétaire du Cabinet de l'Ontario, M. E. E. Stewart, à comparaître au procès et à produire tous les documents se rapportant aux procédures mentionnées dans le *subpœna*. Le gouvernement a alors présenté une demande en annulation du *subpœna*, produisant à l'appui de sa demande un affidavit souscrit par M. Stewart, dans lequel ce dernier reconnaissait avoir à sa disposition des documents pertinents mais s'opposait à leur production parce que [TRADUCTION] «il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige». Suivant l'art. 30 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 145, une telle objection a le même effet qu'une objection formulée par un membre du Conseil exécutif de la province.

M. Stewart a énuméré les documents en question dans deux annexes jointes à son affidavit. La première annexe énumère les documents se trouvant dans son bureau au moment où le *subpœna* lui a été signifié. La seconde énumère les documents qu'il a déjà eus dans son bureau mais qui sont maintenant en la possession des archives où ils devraient normalement être conservés, confidentiels et inaccessibles au public, pendant une période de trente ans.

The affidavit claims privilege against disclosure of all these documents except a few orders in council and formal minutes of the Management Board. The claim of privilege is not based on the contents of these documents, which are not revealed, but on the class to which they belong, i.e. documents prepared for Cabinet, or that emanated from Cabinet, or that record its proceedings or those of its committees. These may compendiously be described as "Cabinet documents", although there may in some circumstances be ground for making a distinction between them.

The basis of the claim for the privilege against production of the documents is set forth in the following excerpts from the affidavit:

... it is my firm opinion that it has consistently been assumed and taken for granted at all material times by all members of the Executive Council, and by all members of the staff of the Cabinet office, that all of the discussions in the Executive Council are private and confidential, and will not be published or revealed to any persons who are not members of the Council. It has also been consistently realised and appreciated by all members of the Council that the decisions taken by it are collegial or group decisions, for each of which they all share responsibility.

It is also my firm opinion that it has consistently been assumed by the members of the Executive Council, and by the staff of the Cabinet office and the various government ministries, that documents prepared by sub-committees of the Cabinet for use by the Cabinet, and documents prepared by ministries or other government organizations for use by the Cabinet are privileged and confidential and will not be made public.

I have read and reviewed the documents listed in Exhibit 1 for which privilege is claimed. In my considered opinion, for the reasons set out below, it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation.

The notes kept by members of Cabinet staff of the discussions at Cabinet meetings do not purport to be complete, and do not indicate the basis upon which any individual member, or the Executive Council itself, formed a decision. They indicate certain points raised by individual members of Cabinet, and more importantly, they record the decisions reached by Cabinet

L'affidavit réclame un privilège de non-divulgence relativement à chacun de ces documents, à l'exception de quelques décrets du Conseil et procès-verbaux officiels du Conseil de gestion. Cette réclamation se fonde, non pas sur la teneur des documents, qui n'a pas été révélée, mais sur la catégorie à laquelle ils appartiennent, c.-à-d. celle des documents préparés pour le Cabinet ou émanant du Cabinet, ou contenant les délibérations du Cabinet ou de ses comités. Par souci de concision, on peut les décrire comme des «documents du Cabinet», bien qu'il puisse convenir dans certaines circonstances de faire des distinctions entre eux.

Le fondement de la réclamation d'un privilège de non-production des documents se trouve exposé dans les passages suivants tirés de l'affidavit:

[TRADUCTION] ... je suis fermement convaincu que tous les membres du Conseil exécutif et tout le personnel du bureau du Cabinet ont toujours supposé et tenu pour acquis que toutes les discussions du Conseil exécutif sont privées et confidentielles et qu'elles ne seront ni publiées ni révélées à des personnes qui ne font pas partie du Conseil. De plus, chacun des membres du Conseil a toujours été bien conscient du caractère collégial ou collectif des décisions du Conseil, à l'égard desquelles ils partagent tous la responsabilité.

Je suis en outre fermement convaincu que les membres du Conseil exécutif et le personnel du bureau du Cabinet et des différents ministères gouvernementaux ont toujours supposé que les documents établis par des sous-comités du Cabinet à l'usage du Cabinet ainsi que les documents préparés par les ministères ou d'autres organismes gouvernementaux à l'usage du Cabinet sont privilégiés et confidentiels et ne seront pas rendus publics.

J'ai lu et examiné les documents énumérés dans la pièce 1 à l'égard desquels le privilège est demandé. Après mûre réflexion, j'estime, pour les raisons exposées ci-après, qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige.

Les notes prises par des membres du personnel du Cabinet, portant sur les discussions qui ont eu lieu au cours des réunions du Cabinet, ne se veulent aucunement complètes et n'indiquent pas ce sur quoi tel ou tel membre du Cabinet ou le Conseil exécutif lui-même a pu fonder une décision. Elles constatent certains points soulevés par des membres individuels du Cabinet et, plus important encore, elles enregistrent les décisions prises par le Cabinet . . .

It is my firm opinion that if these notes of the discussions in the Executive Council were to be produced, it would almost necessarily lead to a distorted, incomplete and inaccurate impression of the nature of the actual discussion which took place. It is also my opinion that if these notes were produced, it would in future affect the nature of the discussions in Cabinet, and would inhibit the freedom of the members of Cabinet to discuss matters of significant public concern and policy, to the detriment of the public interest.

The Courts Below

Catzman J. of the Supreme Court of Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, assumed without deciding that the documents in question would be relevant to the matters in issue between the parties to the litigation. However he ordered that the subpoena *duces tecum* be quashed and set aside largely on the basis of the Ontario Court of Appeal decision in *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705 where it was stated, at p. 711, that documents relating to Cabinet proceedings are by their nature generally acknowledged to be privileged. For this and other reasons, he also rejected the suggestion that he inspect the documents privately so as to determine where the balance of public interest lay.

An appeal to the Divisional Court for Ontario was dismissed: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. White J., who gave the judgment of the Court, held, citing *inter alia*, *Smerchanski v. Lewis*, that Cabinet documents are presumed to be privileged under the doctrine of Crown privilege or public interest immunity in the absence of special circumstances, such as an allegation of criminal activity, malfeasance, misfeasance, nonfeasance, irregularity or other improprieties in the conduct of the members of the Cabinet or those reporting to the Cabinet, of which the documents in issue would be proof. In his view, the onus of establishing such circumstances is on those who seek production of the documents. Carey would have to discharge this onus before the court would look at the documents and embark on the process of weighing the interest in the confidentiality of executive or Cabinet delib-

Je crois fermement que si ces notes des discussions du Conseil exécutif devaient être produites, il en résulterait presque inévitablement que l'on se ferait une idée fautive, incomplète et inexacte de la nature des discussions.

^a J'estime en outre que la production de ces notes aurait des répercussions sur les discussions futures du Cabinet et imposerait des entraves à la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public, et ce, au détriment du bien général.

Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge Catzman de la Cour suprême de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, a tenu pour avéré, sans toutefois décider le point, que les documents en cause se rapporteraient aux questions en litige entre les parties au procès. Toutefois, se fondant principalement sur l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705, à la p. 711, où la Cour d'appel de l'Ontario dit que les documents relatifs aux délibérations du Cabinet sont, de par leur nature, généralement reconnus comme privilégiés, il a ordonné l'annulation du subpoena *duces tecum*. Pour cette raison et pour d'autres il a également repoussé la proposition qu'il examine les documents en privé afin de déterminer lequel des intérêts publics devait l'emporter.

^f Un appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario a été rejeté: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. Le juge White, qui a rendu le jugement de la cour, a cité notamment l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* à l'appui de sa conclusion que, grâce au principe du privilège de Sa Majesté ou de l'immunité d'intérêt public, les documents du Cabinet sont réputés privilégiés, à moins qu'il n'y ait des circonstances spéciales telles qu'une allégation d'activité criminelle, de méfait (*malfeasance*), de mauvaise exécution (*misfeasance*), d'inaction (*nonfeasance*), d'irrégularité ou de toute autre conduite irrégulière reprochée aux membres du Cabinet ou à des personnes relevant du Cabinet, conduite dont les documents en cause constitueraient une preuve. De l'avis du juge White, c'est à ceux qui demandent la production des documents qu'il incombe d'établir l'existence de telles circonstances. Tant que Carey ne le ferait pas, la cour n'examinerait pas les documents ni n'entreprendrait l'analyse visant à déterminer lequel devrait primer, l'intérêt à préser-

erations against the interest in making available all relevant evidence to a court.

On the appeal to the Court of Appeal of Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, that court rejected the "very special circumstances" rule propounded by the Divisional Court. It, however, dismissed the appeal for reasons set forth in the judgment of Thorson J.A. After an extensive examination of the case law, he concluded that the Crown (i.e. the provincial Government) had no absolute privilege or immunity from disclosure of documents based on either their content or class. The Crown could, however, claim protection of certain documents from disclosure on the basis of a specified public interest. Where such a claim is properly made, he stated, it will prevail unless the party seeking their production can persuade the court that there are cogent and concrete grounds that will substantially assist his case, that the issue to which the documents are relevant is one of real substance and is not raised merely to gain access to the documents, and that it is unlikely that the facts sought to be established by the documents can be otherwise proved. Only after this is done will the court proceed to examine the documents with a view to balancing the competing interests. In the case at hand, concrete and cogent grounds had not been presented. Nor had sufficient time elapsed to remove concern about the publication of the documents.

Although it did not have to deal with the issue in view of the conclusion it had arrived at, the Court thought it desirable to comment on the submission made on behalf of the Government that where a court decided to order an inspection, the Government should have a right to appeal before the court proceeded to act on that order, and if the Court of Appeal made such an order, the Govern-

ver le caractère confidentiel des délibérations de l'exécutif ou du Cabinet, ou l'intérêt à mettre à la disposition d'un tribunal tous les éléments de preuve pertinents.

En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, celle-ci a écarté la règle des [TRADUCTION] «circonstances très spéciales» proposée par la Cour divisionnaire. Elle a néanmoins rejeté l'appel pour les motifs exposés dans le jugement du juge Thorson. Après un examen approfondi de la jurisprudence, ce dernier a conclu que Sa Majesté (c.-à-d. le gouvernement provincial) ne jouissait pas d'un privilège ou d'une immunité absolus qui venaient empêcher la communication de documents, soit en raison de leur contenu, soit en raison de leur catégorie. Sa Majesté pouvait cependant, en invoquant un intérêt public précis, réclamer une exemption de communication à l'égard de certains documents. Chaque fois qu'une demande de ce genre est dûment présentée, a dit le juge Thorson, on y accédera, à moins que la partie qui cherche à obtenir la production ne puisse persuader le tribunal qu'il existe des raisons concrètes et convaincantes de croire que les documents lui seront d'un grand secours, que la question à laquelle se rapportent les documents est sérieuse et n'a pas été soulevée simplement pour avoir accès aux documents et que, selon toute vraisemblance, les faits que l'on veut établir au moyen des documents ne peuvent être prouvés d'aucune autre manière. Ce n'est qu'alors que le tribunal examinera les documents en vue de faire un choix entre les intérêts opposés. En l'espèce, on n'a pas allégué de raisons concrètes et convaincantes. Par ailleurs, il ne s'était pas écoulé suffisamment de temps pour dissiper toute inquiétude relative à la publication des documents.

Quoique n'y étant pas tenue, eu égard à la conclusion à laquelle elle était arrivée, la cour a jugé à propos de faire des observations sur l'argument avancé au nom du gouvernement, selon lequel chaque fois qu'un tribunal décide d'ordonner l'inspection de documents, le gouvernement devrait avoir le droit d'en appeler de cette ordonnance avant que le tribunal ne commence à l'exé-

ment should be given an opportunity to seek leave to appeal to this Court. The Court of Appeal disagreed with this contention on the ground that it knew of no procedure by which this could be done and because of the practical consequences that could ensue from allowing this argument to prevail.

Leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1983, [1983] 2 S.C.R. vi.

Grounds of Appeal

Counsel for Carey contends that the Court of Appeal erred

- (a) in finding that Dr. Stewart's affidavit was sufficient to support the claim for non-disclosure despite the fact that it did not specify any special circumstances or particular damage to the public interest;
- (b) in its formulation of the test to be applied in determining the circumstances in which the Crown will be obliged to produce Cabinet and other important documents at trial;
- (c) in that it established the requirements to be met by a party seeking production of Crown documents relying, in large part, upon the English authorities which in turn relied upon the English rules of practice which have no equivalent in the provinces or territories of Canada.

Counsel for the respondents specified that the claim of privilege was put forward solely on the basis of the class of documents in issue and not on the basis of content. He further contended that the Court of Appeal erred in stating that the Government did not have a separate right to appeal from an order that the documents be inspected.

I do not propose to enter into the latter point in any detail, but I shall only make the following brief remarks. Appeals are creatures of statute, and counsel did not draw our attention to any

cuter et, si la Cour d'appel rendait une telle ordonnance, on devrait donner au gouvernement la possibilité de demander l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. La Cour d'appel a écarté cet argument pour le motif qu'elle ne connaissait aucune procédure par laquelle cela pouvait se faire et aussi en raison des conséquences pratiques de l'acceptation d'un tel argument.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 3 décembre 1983, [1983] 2 R.C.S. vi.

Les moyens d'appel

L'avocat de Carey fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur

- a) en concluant que l'affidavit de M. Stewart suffisait pour fonder la demande d'exemption de communication, malgré le fait que cet affidavit ne mentionnait aucune circonstance spéciale ni aucune atteinte particulière à l'intérêt public;
- b) dans sa formulation du critère à appliquer pour déterminer les circonstances dans lesquelles Sa Majesté sera tenue de produire au procès des documents du Cabinet et d'autres documents importants;
- c) parce que, en posant des exigences à remplir par une partie qui demande la production de documents de la Couronne, elle s'est fondée en grande partie sur la jurisprudence anglaise qui, elle, repose sur les règles de pratique anglaises, règles qui n'ont pas d'équivalent dans les provinces ou territoires du Canada.

L'avocat des intimés a précisé que la revendication de privilège avait pour seul fondement la catégorie à laquelle appartiennent les documents en cause et ne reposait nullement sur leur teneur. Il a soutenu en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en affirmant que le gouvernement n'avait pas de droit distinct d'en appeler d'une ordonnance autorisant l'examen des documents.

Je ne me propose pas d'approfondir ce dernier point et je m'en tiendrai aux brèves observations suivantes. Les droits d'appel sont conférés par la loi et l'avocat ne nous a signalé aucun texte per-

statute permitting an appeal to the Court of Appeal from an order for inspection. He simply relied on English and New Zealand cases, which as Thorson J.A. remarked may rest on a different statutory basis. So far as the jurisdiction of this Court is concerned, it is premature to discuss the issue until it arises. I might say, however, that I am impressed with the practical implications mentioned by Thorson J.A. militating against permitting appeals to be heard on issues of this kind until the final disposition of the action. This is especially true in view of the fact that a special procedure has been provided for dealing with the really sensitive issues such as international relations and national defence and security; see *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1), as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III.

General Legal Background

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest. The general balance between these two competing interests has shifted markedly over the years. At times the public interest in the need for government secrecy has been given virtually absolute priority, so long as a claim to non-disclosure was made by a Minister of the Crown. At other times a more even balance has been struck.

This difference in emphasis resulted in part from the manner in which the interests collided in particular cases. The need for secrecy in government operations may vary with the particular public interest sought to be protected. There is, for example, an obvious difference between information relating to national defence and information relating to a purely commercial transaction. On the other side of the equation, the need for disclosure may be more or less compelling having regard

mettant qu'une ordonnance d'inspection de documents soit portée en appel devant la Cour d'appel. Il s'est simplement appuyé sur la jurisprudence anglaise et néo-zélandaise dont, comme l'a fait remarquer le juge Thorson en Cour d'appel, le fondement législatif peut être différent. En ce qui concerne la compétence de cette Cour, il est prématuré d'en discuter tant que la question n'est pas soulevée. Il convient toutefois de souligner que les considérations d'ordre pratique mentionnées par le juge Thorson, qui militent contre l'autorisation d'appels sur ce type de questions avant le règlement définitif du litige, n'ont pas manqué de m'impressionner. C'est d'autant plus vrai qu'une procédure spéciale est prévue pour les questions particulièrement délicates telles les relations internationales, la défense et la sécurité nationales; voir *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, par. 36.1(2), 36.2(1), adoptés par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III.

Le contexte juridique général

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués. L'importance relative de chacun de ces deux intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans. À certains moments, l'intérêt qu'a le public à ce que le secret des délibérations du gouvernement soit gardé a reçu une priorité presque absolue; il suffisait qu'un ministre de la Couronne demande la non-divulgateion. À d'autres époques, on s'est rapproché davantage de l'équilibre.

Cette différence tient en partie à la façon dont les intérêts se heurtaient dans des cas donnés. La nécessité du secret dans les activités gouvernementales peut varier selon l'intérêt public précis que l'on veut protéger. Il existe, par exemple, une différence évidente entre des renseignements qui se rapportent à la défense nationale et des renseignements concernant une opération purement commerciale. D'un autre côté, la nécessité de divulgation peut être plus ou moins impérieuse suivant la

to the nature of the litigation (e.g. between a criminal and civil proceeding) and the extent to which facts may be proved without resort to information sought to be protected from disclosure.

The shift in the balance between the two interests has also been affected by changing social conditions and the role of government in society at various times. When the early cases were decided, the activities of government were restricted to larger political issues. There was no general right to sue the Crown. The issue, therefore, did not frequently arise and when it did, it was often in the context of a suit between private litigants. In that period, it would appear, the tendency of the Crown was to produce evidence requested by litigants in the absence of some compelling reason that could not be disregarded; see the authorities cited by Lord Blanesburgh in *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704 (P.C.), at p. 714.

With the expansion of state activities into the commercial sphere, different attitudes to suits against the Crown developed and statutes were enacted to make these possible. The general social context also affected attitudes towards government secrecy. One can scarcely expect the views on this issue to be the same in wartime conditions when the total energy of the nation must be concentrated on winning the war, and an era of peace in which government activity impinges on every aspect of our lives and there is in consequence increased demands for more open government. The question, as Lord Upjohn noted in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 at p. 991, is one that invites periodic judicial reassessment. Not surprisingly, conflicting dicta can scarcely be reconciled.

nature (par ex., criminelle ou civile) du litige et la mesure dans laquelle les faits sont susceptibles d'être prouvés sans avoir recours aux renseignements que l'on cherche à protéger contre la divulgation.

L'évolution des conditions sociales ainsi que le rôle qu'a joué le gouvernement à différentes époques au sein de la collectivité ont également influencé le degré d'importance accordé aux deux intérêts en question. Quand les premières décisions dans le domaine ont été rendues, les activités gouvernementales s'exerçaient uniquement à l'égard de questions politiques de portée relativement large. Il n'y avait pas de droit général de poursuivre la Couronne. La question ne se posait donc que rarement et, quand on la soulevait, c'était souvent dans le contexte d'un litige entre particuliers. À cette époque-là, semblerait-il, Sa Majesté avait tendance à produire les éléments de preuve demandés par les parties au procès, en l'absence de quelque raison impérieuse qu'on ne pouvait ignorer; voir la jurisprudence citée par lord Blanesburgh dans l'arrêt *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704 (P.C.), à la p. 714.

L'élargissement du champ des activités étatiques pour englober la sphère commerciale a donné naissance à des attitudes nouvelles face aux actions contre la Couronne et cela s'est traduit par des lois visant à rendre possibles de telles actions. Les positions prises à l'égard du secret des délibérations du gouvernement ont été déterminées en outre par le contexte social général. En effet, on ne peut guère s'attendre que les opinions sur cette question soient les mêmes en temps de guerre quand toutes les énergies de la nation doivent être mobilisées pour assurer la victoire qu'elles ne le seraient si, dans une période de paix, les activités gouvernementales envahissaient tous les aspects de la vie des citoyens, ce qui porterait alors à revendiquer davantage un gouvernement plus ouvert. Comme l'a souligné lord Upjohn dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, à la p. 991, il s'agit d'une question qui doit périodiquement faire l'objet du réexamen des tribunaux. Il ne faut donc pas s'étonner de l'impossibilité de concilier les opinions contradictoires exprimées sur ce point.

The widely divergent views on the subject may conveniently be illustrated by the two cases that first gave rise to the modern debate on the subject, *Robinson v. State of South Australia*, just cited, before the Privy Council, and *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, before the House of Lords.

In *Robinson's* case, Robinson sued the State of Australia for the amount of damage that had resulted to his wheat in the possession of the State under wheat marketing legislation. The damage, it was alleged, resulted from the negligence of the agents of the State who handled the wheat. To establish his case, Robinson sought and obtained an order to obtain full discovery of all documents in the possession of the State relating to the matters in controversy. By affidavit, however, the State claimed that 1,892 State documents were privileged since their disclosure would be contrary to the interests of the State. The documents were said to comprise communications between officers administering the departments concerned.

The Privy Council decided against the State's claim for non-disclosure. The documents claimed, it said, were vital to the plaintiff's case. Besides, the privilege claimed was a narrow one to be exercised sparingly, and no further than was necessary for the protection of public interests. Lord Blanesburgh noted that the documents did not relate to the political activities of the State, but to its trading, commercial or contractual activities. While documents relating to the latter might properly not be disclosed in order to safeguard genuine public interests, the increasing extension of state activities into the spheres of business and commerce coupled with the apparently free use of the claim of privilege in relation to claims arising out of these activities, made it imperative for the courts to see to it that the scope of the privilege in such litigation should not be extended. The fact that production of the documents might prejudice the Crown's case or assist the plaintiff's did not justify the claim of privilege. "In truth", he added,

La grande divergence des opinions se dégage bien des deux arrêts qui ont lancé le débat moderne sur le sujet, savoir *Robinson v. State of South Australia*, précité, devant le Conseil privé, et *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, devant la Chambre des lords.

Dans l'affaire *Robinson*, Robinson a poursuivi l'État d'Australie pour le montant des dommages subis par son blé alors qu'il était en la possession de l'État en vertu des textes de loi en matière de commercialisation du blé. Le préjudice, a-t-on allégué, résultait de la négligence des mandataires de l'État qui avaient manutentionné le blé. Afin de prouver ses allégations, Robinson a demandé et a obtenu une ordonnance exigeant la communication intégrale de la totalité des documents qui se trouvaient en la possession de l'État et qui se rapportaient aux questions en litige. L'État a cependant produit un affidavit dans lequel il faisait valoir que 1 892 de ces documents étaient privilégiés parce que leur divulgation irait à l'encontre des intérêts de l'État. On disait en fait que les documents comprenaient des communications entre les fonctionnaires chargés de l'administration des ministères concernés.

Le Conseil privé a décidé de rejeter la revendication de non-divulgation de l'État. Selon le Conseil privé, les documents en question constituaient des éléments indispensables de la preuve du demandeur. D'autre part, le privilège invoqué était de portée restreinte, ne devant s'exercer qu'avec modération et seulement dans la mesure où cela s'imposait pour la protection des intérêts publics. Lord Blanesburgh a souligné que les documents en cause concernaient non pas les activités politiques de l'État, mais ses activités commerciales ou contractuelles. Bien que la communication de documents relevant de cette dernière catégorie puisse à bon droit être refusée afin d'assurer la sauvegarde d'intérêts publics réels, en raison de la tendance de plus en plus marquée vers l'intervention étatique dans les domaines des affaires et du commerce et à cause du recours, apparemment sans borne, à la revendication de privilège relativement à des demandes découlant des activités de l'État dans ces domaines, il était devenu impératif que les

“the fact that the documents, if produced might have any such effect upon the fortunes of the litigation is of itself a compelling reason for their production—one only to be overborne by the gravest considerations of State policy or security” (p. 716).

The Board noted that a court has always had the power to inquire into the nature of the document for which protection is sought and to require some indication of the injury the State would suffer from its production. In performing this task, it added, the court may inspect the documents privately, particularly in cases where the State itself is a party. In the result, the Board concluded that the proper course there was to remit the matter to the court that heard the case with directions that it was a proper one for exercising its power to inspect the documents.

Eleven years later, in 1942, the House of Lords refused to follow the *Robinson* case in *Duncan v. Cammell, Laird & Co., supra*. There the submarine *Thetis*, which the respondents had built for the Admiralty, sank while undergoing its submergence test, and an action in negligence was brought by representatives and dependents of those who had died in the mishap. The Crown objected to the production of several documents which revealed the structural specifications of the submarine and its condition when raised. The objection having been made in proper form, the House upheld it without any inspection of the documents.

The case was undoubtedly correctly decided. A properly framed affidavit by a Minister of the Crown objecting to giving information about the structure of equipment intended for the defence of the country must surely be treated with the utmost deference, especially in wartime. Lord Blanesburgh in *Robinson's* case had noted that the documents should not be inspected where this could

tribunaux voient à ne pas étendre la portée du privilège dans des litiges de ce genre. Ce n'est pas parce que la production des documents pourrait nuire à la cause de Sa Majesté ou encore aider celle du demandeur qu'une revendication de privilège est justifiée. [TRADUCTION] «En vérité», a-t-il ajouté, «le fait que les documents, si on les produisait, pourraient avoir un tel effet sur le sort du litige constitue en lui-même une raison impérieuse de les produire, raison qui ne doit céder le pas que devant les considérations les plus graves de politique ou de sécurité de l'État» (p. 716).

Le Comité judiciaire a souligné que les tribunaux ont toujours été investis du pouvoir de faire enquête sur la nature du document à l'égard duquel la protection est demandée et d'exiger des précisions sur le préjudice que subirait l'État s'il était produit. En définitive, le Comité judiciaire est arrivé à la conclusion que la marche à suivre était de renvoyer l'affaire au tribunal qui l'avait entendue et de lui souligner qu'il y avait lieu d'exercer son pouvoir d'examiner les documents.

Onze ans plus tard, en 1942, la Chambre des lords a refusé de suivre l'arrêt *Robinson* dans l'affaire *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, précitée. Dans cette affaire, le sous-marin *Thetis*, que la société intimée avait construit pour l'Amirauté, a coulé alors qu'il subissait son essai de submersion et les représentants des victimes de l'accident ainsi que les personnes à leur charge ont intenté une action pour négligence. Sa Majesté s'est opposée à la production de plusieurs documents révélant les caractéristiques du sous-marin et son état lors de son renflouement. Puisque l'objection avait été faite dans les formes prescrites, la Chambre l'a admise sans examen des documents.

Il ne fait aucun doute que cet arrêt était bien fondé en droit. Un affidavit en bonne et due forme dans lequel un ministre de la Couronne s'oppose à fournir des renseignements sur les caractéristiques de matériel destiné à la défense nationale doit sûrement être traité avec le plus grand respect, surtout en temps de guerre. Lord Blanesburgh avait d'ailleurs souligné dans l'arrêt *Robinson* que

have the effect of itself defeating the reasons for which a privilege was claimed.

What puts the *Duncan* case at odds with its predecessor, however, was the view taken of the respective roles of the courts and of the Crown in dealing with claims for the production of state documents. In *Robinson's* case the court's role was given pre-eminence. In *Duncan*, by contrast, the House made it clear that a ministerial objection, properly made, was conclusive. The House expressly disapproved of the order for inspection granted in *Robinson's* case.

No longer bound by English authority, this Court soon began to dissociate itself from some of the more absolute statements in *Duncan's* case. In *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, the Court, at the request of the prosecution, allowed production of, and oral evidence respecting, the income tax returns of the accused despite the objection of the Minister of National Revenue. The Court there clearly reiterated "the general principle that in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme functions" in the absence of a public interest recognized as overriding it (see Rand J. at p. 482).

A similar approach was taken in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73. There the Attorney General of Quebec objected on the basis of public interest to the Secretary of the Commission's divulging in the course of bankruptcy proceedings a letter written to the Commission by the bankrupt regarding the business of the bankrupt, but the Court refused to uphold this objection. By this time, the English courts themselves had begun to move away from the approach adopted in *Duncan's* case; see *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Fauteux J., who gave the judgment of the majority of this Court, referred to the

les documents ne devaient pas faire l'objet d'un examen lorsque ce seul acte pouvait avoir pour effet de contrecarrer les buts d'une revendication de privilège.

^a Toutefois, ce à quoi tient l'incompatibilité de l'arrêt *Duncan* avec l'arrêt précédent est l'opinion exprimée relativement aux rôles respectifs des tribunaux et de Sa Majesté face à des demandes de production de documents de l'État. L'arrêt *Robinson* a donné prééminence au rôle des tribunaux. Dans l'arrêt *Duncan*, par contre, la Chambre des lords a clairement établi le caractère concluant d'une objection en bonne et due forme faite par un ministre. La Chambre a formellement désapprouvé l'ordonnance d'inspection accordée dans l'affaire *Robinson*.

^d N'étant plus liée par la jurisprudence anglaise, cette Cour n'a pas tardé à se distancier de certaines des déclarations les plus absolues faites dans l'arrêt *Duncan*. En effet, dans l'arrêt *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, la Cour, à la demande de la poursuite, a permis la production des déclarations d'impôt sur le revenu de l'accusé et a consenti à entendre des témoignages oraux à cet égard, et ce, en dépit de l'opposition du ministre du Revenu national. Dans cet arrêt, la Cour a clairement réitéré [TRADUCTION] «de principe général selon lequel une cour de justice, dans l'exercice de ses fonctions souveraines, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits», à moins qu'il n'y ait un intérêt public dont on reconnaît la prépondérance sur ce principe (voir les motifs du juge Rand, à la p. 482).

^h Telle a été également la position prise dans l'arrêt *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73. Là, le procureur général du Québec s'est opposé, en invoquant l'intérêt public, à ce que le secrétaire de la Commission produise dans le cadre de procédures en faillite une lettre portant sur l'entreprise du failli que celui-ci avait adressée à la Commission; la Cour a écarté l'objection. Déjà à cette époque, les tribunaux anglais eux-mêmes avaient commencé à s'écarter du point de vue retenu dans l'arrêt *Duncan*; voir *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Le juge Fauteux, qui a rédigé les motifs des juges de la majorité en cette