

**Ministry of Public Safety and Security
(Formerly Solicitor General) and Attorney
General of Ontario** *Appellants*

v.

Criminal Lawyers' Association *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Nova Scotia, Attorney General of New
Brunswick, Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Newfoundland and
Labrador, Tom Mitchinson, Assistant
Commissioner, Office of the Information
and Privacy Commissioner of Ontario,
Canadian Bar Association, Information
Commissioner of Canada, Federation of Law
Societies of Canada, Canadian Newspaper
Association, Ad IDEM/Canadian Media
Lawyers' Association, Canadian Association
of Journalists and British Columbia Civil
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO (PUBLIC SAFETY AND
SECURITY) v. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION**

2010 SCC 23

File No.: 32172.

2008: December 11; 2010: June 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,
Abella, Charron and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Access to information — Exemptions —
Minister refusing to disclose records relating to murder
case, claiming exemptions under s. 14 (law enforcement)
and s. 19 (solicitor-client privilege) of Ontario Freedom
of Information and Protection of Privacy Act — Whether*

**Ministère de la Sûreté et de la Sécurité
publique (auparavant Solliciteur général) et
procureur général de l'Ontario** *Appelants*

c.

Criminal Lawyers' Association *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général du Québec, procureur général de
la Nouvelle-Écosse, procureur général du
Nouveau-Brunswick, procureur général
du Manitoba, procureur général de la
Colombie-Britannique, procureur général de
Terre-Neuve-et-Labrador, Tom Mitchinson,
Commissaire adjoint, Bureau du commissaire
à l'information et à la protection de la vie
privée de l'Ontario, Association du Barreau
canadien, Commissaire à l'information du
Canada, Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada, Association
canadienne des journaux, Ad IDEM/
Canadian Media Lawyers' Association,
Association canadienne des journalistes
et Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (SÛRETÉ ET SÉCURITÉ
PUBLIQUE) c. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION**

2010 CSC 23

N° du greffe : 32172.

2008 : 11 décembre; 2010 : 17 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Accès à l'information — Exceptions —
Refus du ministre de divulguer des documents relatifs
à une cause pour meurtre, invoquant les exceptions
prévues à l'art. 14 (exécution de la loi) et à l'art. 19
(secret professionnel de l'avocat) de la Loi sur l'accès*

s. 23 of Act violates guarantee of freedom of expression by failing to extend “public interest” balancing to exemptions found in ss. 14 and 19 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Scope — Access to government held information — Whether freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Access to information — Access to records — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under freedom of information legislation — Whether constitutional guarantee of freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

The trial judge ordered a stay of proceedings in a murder trial, finding many instances of abusive conduct by state officials. The Ontario Provincial Police investigated and exonerated the police of misconduct without giving reasons for their finding. Concerned about the disparity between the findings at trial and the conclusion of the police investigation, the Criminal Lawyers' Association (“CLA”) made a request under the Ontario *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (“FIPPA”) to the responsible Minister for disclosure of records relating to the investigation. The records at issue were a lengthy police report and two documents containing legal advice. FIPPA exempts various categories of documents from disclosure, some of which may be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision, including law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19. Some records in the ministerial discretion category, but not those under ss. 14 and 19, are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of FIPPA.

à l'information et la protection de la vie privée de l'Ontario — L'article 23 de la Loi porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Portée — Accès aux renseignements détenus par le gouvernement — La liberté d'expression protège-t-elle l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Accès à l'information — Accès à des documents — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant des exceptions prévues par la loi sur l'accès à l'information — Le droit à la liberté d'expression garanti par la Constitution protège-t-il l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures dans un procès pour meurtre, ayant relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive. La Police provinciale de l'Ontario a mené une enquête et a conclu n'avoir rien à reprocher aux corps de police, sans motiver sa conclusion. Préoccupée par l'écart entre les conclusions tirées lors du procès et celles découlant de l'enquête policière, la Criminal Lawyers' Association (« CLA ») a présenté, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario (« LAIPVP ») au ministre responsable, une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête. Les documents en cause étaient un volumineux rapport de police et deux documents où figuraient des avis juridiques. La LAIPVP soustrait diverses catégories de documents à la divulgation, dont certains qui peuvent être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, notamment les documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi visés par l'art. 14 et les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat visés par l'art. 19. En vertu de l'art. 23 de la LAIPVP, certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre, mais pas ceux visés par les art. 14 et 19, peuvent faire l'objet d'un examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

The Minister refused to disclose any of the records without explanation, claiming exemptions under, among other provisions, ss. 14 and 19 of *FIPPA*. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of *FIPPA*, and accordingly, did not determine whether there was a compelling public interest at play. He also concluded that the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override in s. 23 did not constitute a breach of the CLA's right to freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Divisional Court upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the exclusion of ss. 14 and 19 from s. 23 did not violate s. 2(b) of the *Charter*. In a majority decision, the Court of Appeal allowed the CLA's appeal, concluding that the exemption scheme violated the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed. The Assistant Commissioner's order confirming the constitutionality of s. 23 of *FIPPA* should be restored. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* dealing with solicitor-client privilege should be exempted from disclosure. The claim under the law enforcement provision, s. 14 of *FIPPA*, should be returned to the Commissioner for reconsideration.

The real constitutional issue before the Court is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Determining whether s. 2(b) of the *Charter* protects such access is essentially a question of how far s. 2(b) protection extends. It asks whether s. 2(b) is engaged at all and is best approached by building on the methodology set out in *Irwin Toy*.

To demonstrate that there is expressive content in accessing these documents, a claimant must establish

Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents, sans donner d'explications, fondant sa décision sur des exceptions prévues par la *LAIPVP*, entre autres aux art. 14 et 19. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions de la *LAIPVP* n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte. Il a aussi conclu que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'examen fondé sur le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne portait pas atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour divisionnaire a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte*. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la CLA, concluant que le régime d'exception violait la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance du commissaire adjoint confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP* est rétablie. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP*, qui traite du secret professionnel de l'avocat, sont soustraits à la divulgation. La demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP*, disposition relative à l'exécution de la loi, est renvoyée au commissaire pour réexamen.

La véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer est celle de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux documents à l'égard desquels on invoque le secret professionnel de l'avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l'exécution de la loi viole le droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Déterminer si l'al. 2b) de la *Charte* garantit un tel accès revient essentiellement à juger jusqu'où s'étend la protection conférée par cette disposition. Cela suppose de se demander si l'al. 2b) est même en cause et il est préférable d'aborder la question en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy*.

Pour démontrer que l'accès à ces documents donnera accès à un contenu expressif, un demandeur doit établir

that the denial of access effectively precludes meaningful public discussion on matters of public interest. If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out, but the claimant must go on to show that there are no countervailing considerations inconsistent with production. A claim for production may be defeated, for example, if the documents are protected by a privilege, as privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of protection offered by s. 2(b) of the *Charter*. It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents, and these documents may remain exempt from disclosure because it would impact the proper functioning of affected institutions. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(b) is engaged, and the only remaining question is whether the government action infringes that protection.

The legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override does not violate the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation and prosecution of the murder cannot take place under the current legislative scheme. Even if the first step were met, the CLA would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. Sections 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds.

On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the framework and, as a result, s. 2(b) is not engaged. In any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(b) were engaged it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of a second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents given that those sections, properly interpreted, already incorporate considerations of the public interest. The CLA therefore would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

que le refus d'y donner accès empêche en réalité la tenue d'un débat public significatif sur des questions d'intérêt public. Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation. Une demande de divulgation peut échouer, par exemple, si les documents sont protégés par un privilège, puisqu'il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents et ces documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2b) est en cause et il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

La décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre ainsi que de la poursuite sous le régime législatif actuel. Même si elle satisfaisait à la première exigence, la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Les articles 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis.

Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse et, en conséquence, l'al. 2b) n'est pas en cause. Quoi qu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévu à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2b) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait donc pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

In reviewing the Minister's decision not to disclose the records, the Commissioner must determine whether the exemptions were properly claimed and, if so, whether the Minister's exercise of discretion was reasonable. In this case, the order pertaining to the claim under s. 14 of *FIPPA* should be returned to the Commissioner for reconsideration. The Commissioner upheld the Minister's decision without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of *FIPPA* because s. 23 did not apply to these sections. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought raise concerns which should have been investigated by the Commissioner. Had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

The Commissioner's decision on the s. 19 claim, however, should be upheld. It is difficult to see how these records could have been disclosed under the established rules on solicitor-client privilege and based on the facts and interests at stake.

Cases Cited

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **referred to:** *R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, rev'd (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1

En réexaminant la décision du ministre de ne pas divulguer les documents, le commissaire doit décider si les exceptions ont été invoquées à bon droit et, le cas échéant, si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement. En l'espèce, l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP* est renvoyée au commissaire pour réexamen. Le commissaire a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la *LAIPVP* parce que l'art. 23 ne s'applique pas à eux. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

Par contre, la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19 est maintenue. Il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués compte tenu des règles établies en matière de secret professionnel de l'avocat ainsi que des faits et des intérêts en cause.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **arrêts mentionnés :** *R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817;

S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(b), (d).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 10, 14, 19, 23, 50(1)(a).

Authors Cited

Brandeis, Louis D. "What Publicity Can Do", *Harper's Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.
 Mitchinson, Tom. "'Public Interest' and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*". Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
 Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto: The Commission, 1980.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, MacFarland and LaForme J.J.A.), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, setting aside a decision of Blair R.S.J. and Gravely and Epstein J.J. (2004), 70 O.R.

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11b), d).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 10, 14, 19, 23, 50(1)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Doctrine citée

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper's Weekly*, vol. 58, 20 décembre 1913, 10.
 Mitchinson, Tom. « "Public Interest" and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ». Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
 Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto : The Commission, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, MacFarland et LaForme), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, qui a infirmé une décision des juges Blair, Gravely et Epstein (2004), 70 O.R.

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Appeal allowed.

Daniel Guttman, Sophie Nunnolley and Don Fawcett, for the appellants.

David Stratas, Brad Elberg, Trevor Guy and Ryan Teschner, for the respondent.

Christopher Rupar and Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Edward A. Gores, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Nathaniel Carnegie and Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Seckel, Q.C., and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

William S. Challis, Stephen McCammon and Allison Knight, for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Mahmud Jamal and Karim Renno, for the intervener the Canadian Bar Association.

Marlys Edwardh, Daniel Brunet and Jessica Orkin, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

Guy J. Pratte and Nadia Effendi, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Pourvoi accueilli.

Daniel Guttman, Sophie Nunnolley et Don Fawcett, pour les appelants.

David Stratas, Brad Elberg, Trevor Guy et Ryan Teschner, pour l'intimée.

Christopher Rupar et Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Nathaniel Carnegie et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Seckel, c.r., et *Deanna Billo*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

William S. Challis, Stephen McCammon et Allison Knight, pour l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Mahmud Jamal et Karim Renno, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Marlys Edwardh, Daniel Brunet et Jessica Orkin, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Guy J. Pratte et Nadia Effendi, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Paul B. Schabas and Ryder Gilliland, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists.

Catherine Beagan Flood and Iris Fischer, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

1. Overview

[1] Access to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance.

[2] Both openness and confidentiality are protected by Ontario's freedom of information legislation, the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 ("FIPPA" or the "Act"). The relationship between them under this scheme is at the heart of this appeal. At issue is the balance struck by the Ontario legislature in exempting certain categories of documents from disclosure.

[3] The Act exempts various categories of documents from disclosure. This case concerns records that *may* be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision. More particularly, this case concerns records prepared in the course of law enforcement investigations (s. 14) and records protected by solicitor-client privilege (s. 19). The Act provides that some records in the ministerial discretion category are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of FIPPA. The Act does not

Paul B. Schabas et Ryder Gilliland, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes.

Catherine Beagan Flood et Iris Fischer, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

1. Aperçu

[1] L'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance.

[2] La loi ontarienne en matière d'accès à l'information, la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« LAIPVP » ou la « Loi »), protège à la fois l'ouverture et la confidentialité. Le rapport entre ces valeurs, pour l'application de ce régime législatif, est au cœur du présent pourvoi qui porte sur l'équilibre établi par le législateur ontarien en prévoyant pour certaines catégories de documents des exceptions à la divulgation.

[3] La Loi soustrait diverses catégories de documents à la divulgation. La présente affaire traite de documents qui *peuvent* être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel. Plus particulièrement, la présente affaire concerne des documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi (art. 14) et des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19). L'article 23 de la LAIPVP prévoit que certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre peuvent faire l'objet d'un

require this additional public interest review for solicitor-client records or law enforcement records.

[4] The Criminal Lawyers' Association ("CLA") is an advocacy group representing members of the criminal defence bar in Ontario. It is seeking records in the hands of the Crown relating to a murder case which gave rise to judicial expressions of concern: two documents containing legal advice and a 318-page report looking into alleged police misconduct. The Minister refused to disclose either the report or related documents, stating that the exemptions in the Act for solicitor-client privilege and law enforcement privilege covered all the material. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of the Act and, as such, he did not determine whether there was a compelling public interest at play here in the context of ss. 14 and 19.

[5] Section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Access to documents in government hands is constitutionally protected only where it is shown to be a necessary precondition of meaningful expression, does not encroach on protected privileges, and is compatible with the function of the institution concerned.

[6] The CLA argues that the Act's failure in s. 23 to include a public interest review for solicitor-client and law enforcement privileged documents

examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception. La Loi n'exige la tenue d'un tel examen additionnel de l'intérêt public ni pour les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et ni pour ceux relatifs à l'exécution de la loi.

[4] La Criminal Lawyers' Association (« CLA ») représente les intérêts des avocats de la défense de l'Ontario. Elle demande l'accès à deux documents où figurent des avis juridiques et à un rapport de 318 pages sur des allégations d'inconduite de la police, des documents détenus par le ministère public et qui concernent une cause pour meurtre qui a donné lieu à des expressions de préoccupation judiciaire. Le ministre a refusé de divulguer tant le rapport que les documents qui y étaient liés, énonçant que les exceptions prévues à la Loi relativement au secret professionnel de l'avocat et à l'exécution de la loi visaient tous les documents. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la Loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait, en l'espèce, un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte de l'application des art. 14 et 19.

[5] L'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. En effet, l'accès à ces documents n'est protégé, sur le plan constitutionnel, que lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative, qu'il n'empiète pas sur des privilèges protégés, et qu'il est compatible avec la fonction de l'institution en cause.

[6] Selon la CLA, le fait que l'art. 23 ne prévoit pas de réexamen au regard de l'intérêt public relativement aux documents visés par le secret

violates freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. For the reasons that follow, we conclude that there is no such violation.

[7] This said, it is not clear on the material before us that the Assistant Commissioner, in applying the Act, fully considered the scope of his discretion under s. 14, the law enforcement provision. We therefore remit this matter to the Commissioner for reconsideration to determine whether any or all of the report should be disclosed.

2. Background

[8] This case arises out of the murder of Domenic Racco in 1983, for which four men (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guisepe Avignone, and William Rankin) were originally charged. They pled guilty to lesser charges in 1985. In 1990, two other individuals, Graham Rodney Court and Peter Dennis Monaghan, were alleged to have been hired to kill Racco. Court and Monaghan were convicted after a jury trial in 1991.

[9] In 1995, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial for Monaghan on the basis, *inter alia*, of fresh evidence (*R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). It was evidence that had been lost before trial, but the police did not reveal its loss to the defence until two-and-a-half years after the trial. A new trial was also ordered, for both Monaghan and Court, based on inadequate jury instructions at trial.

[10] Both men applied for a stay of proceedings in 1997 on the grounds of a breach of their *Charter* rights. Glithero J. concluded that their rights under ss. 7, 11(b) and 11(d) of the *Charter* had been violated to such a degree that the proceedings should be stayed, stating:

professionnel de l'avocat ou à ceux relatifs à l'exécution de la loi porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, nous concluons à l'absence d'une telle atteinte.

[7] Cela étant dit, il n'est pas clair, selon les renseignements dont nous disposons, que lorsqu'il a appliqué la Loi le commissaire adjoint a pris en considération toute la portée du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14, soit la disposition relative à l'application de la loi. Nous renvoyons donc cette question au commissaire pour réexamen afin qu'il détermine si certains passages du rapport ou sa totalité devraient être divulgués.

2. Contexte

[8] La présente affaire découle du meurtre de Domenic Racco en 1983, à l'égard duquel quatre hommes (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guisepe Avignone et William Rankin) ont été initialement accusés. En 1985, ces hommes ont plaidé coupables à des accusations moindres. En 1990, il a été allégué que deux autres individus, Graham Rodney Court et Peter Dennis Monaghan, avaient été engagés pour tuer M. Racco. Après avoir subi un procès devant jury, M. Court et M. Monaghan ont été déclarés coupables en 1991.

[9] En 1995, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour M. Monaghan compte tenu, entre autres, de l'existence de nouveaux éléments de preuve (*R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). Ceux-ci avaient été perdus avant le procès, mais ce n'est que deux ans et demi après ce procès que la police a révélé cette perte à la défense. La tenue d'un nouveau procès a également été ordonnée, tant pour M. Monaghan que pour M. Court, en raison de directives inadéquates données au jury lors du procès.

[10] En 1997, les deux hommes ont demandé l'arrêt des procédures pour cause d'atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Le juge Glithero a conclu que les droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11b) et d) de la *Charte* avaient été violés à un point tel que l'instance devait être arrêtée. Voici comment il s'est exprimé :

. . . I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. That prejudice is completed. The improper cross-examinations and jury address would not be repeated at a new trial and the completed prejudice with respect to those issues would not therefore be perpetuated in a new trial. The effects or prejudice caused by the abusive conduct in systematic non-disclosure, deliberate revision of materials so as to exclude useful information to the defence, and the unexplained loss, or breach of the duty to preserve, of so much original evidence would be perpetuated through a future trial in that the defence cannot be put back into the position they would originally have been, and which in my view they were entitled to maintain throughout the trial process. That evidence is gone, either entirely or to the extent of severely diminishing the utility of the evidence, and the prejudice thereby occasioned has only been exaggerated by the passage of time since the 1991 trial and prior to the belated disclosure of this information in 1996. [Emphasis added.]

(*R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Gen. Div.), p. 300)

[11] As a result of Glithero J.'s rebuke, the Ontario Provincial Police ("OPP") undertook an investigation into the conduct of the Halton Regional Police, the Hamilton-Wentworth Regional Police, and the Crown Attorney in the case. In a terse press release on April 3, 1998, the OPP exonerated the police on the grounds that there was "no evidence that the officers attempted to obstruct justice by destroying or withholding a vital piece of evidence" and "no evidence that information withheld from defence was done deliberately and with the intent to obstruct justice". Despite the clear public interest in knowing why the misconduct found by Glithero J. did not merit criminal charges, the OPP offered no explanation for its conclusions.

[TRADUCTION] . . . j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. Le préjudice découlant de ces situations est réalisé. La tenue d'un nouveau procès permettrait de corriger les contre-interrogatoires et exposés inappropriés et ne perpétuerait donc pas le préjudice découlant de ces situations. Par contre, les conséquences ou le préjudice découlant du comportement abusif lié à la non-divulgence systématique, à la modification délibérée de documents visant à soustraire des renseignements utiles à la connaissance de la défense et la perte non expliquée d'autant d'éléments de preuve originaux, ou le manquement à l'obligation de les conserver seraient perpétués dans un procès futur puisque la défense ne peut être remise dans la situation qui aurait été la sienne initialement et qu'elle avait le droit, selon moi, de conserver tout au long du procès. Ces éléments de preuve ont disparu, soit dans leur totalité soit dans une telle mesure que leur utilité est sérieusement réduite, et le préjudice découlant de cet abus n'a pu que s'aggraver avec l'écoulement du temps entre le procès de 1991 et la divulgation tardive de cette information en 1996. [Nous soulignons.]

(*R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Div. gén.), p. 300)

[11] En raison du blâme formulé par le juge Glithero, la Police provinciale de l'Ontario (« PPO ») a mené une enquête sur la conduite de la police régionale de Halton, de la police régionale de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne dans l'affaire. Dans son communiqué de presse laconique du 3 avril 1998, la PPO a affirmé n'avoir rien trouvé à reprocher aux corps de police puisque [TRADUCTION] « rien ne démontrait que les policiers avaient tenté d'entraver la justice en détruisant ou en dissimulant des éléments de preuve cruciaux » et que « rien n'établissait que les renseignements n'ayant pas été communiqués à la défense avaient été dissimulés délibérément dans le but d'entraver la justice ». Bien qu'il soit manifestement dans l'intérêt public de savoir pourquoi la conduite répréhensible constatée par le juge Glithero ne méritait pas de faire l'objet d'accusations criminelles, la PPO n'a aucunement motivé ses conclusions.

[12] Concerned about the disparity between the findings of Glithero J. and the conclusions reached by the OPP, the CLA made a request under *FIPPA* to the Minister of the Solicitor General and Correctional Services (later the Minister of Public Safety and Security and now the Minister of Community Safety and Correctional Services) for disclosure of records relating to the OPP investigation. The records at issue were a 318-page police report detailing the results of the OPP's investigation; a March 12, 1998 memorandum from a Crown Attorney to the Regional Director of Crown Operations containing legal advice with respect to the police report; and a March 24, 1998 letter from the Regional Director of Crown Operations to a police official also containing legal advice on the OPP investigation.

[13] The Minister refused to disclose any of these records, claiming several exemptions under the Act, including: s. 14 (law enforcement), s. 19 (solicitor-client privilege), s. 20 (danger to health and safety), and s. 21 (personal privacy). He did not explain how or why each of these exemptions applied to the material in question and did not address the possibility of partial disclosure.

[14] The CLA appealed the Minister's decision not to disclose the records to the Commissioner pursuant to s. 50(1)(a) of *FIPPA*.

[15] The Minister's decision was reviewed by the Assistant Information and Privacy Commissioner, Tom Mitchinson. Reliance on the s. 20 exemption was withdrawn. On May 5, 2000, Mr. Mitchinson upheld the propriety of the Minister's decision not to disclose the records (IPC Order PO-1779). He found that the public interest in disclosure "clearly outweigh[ed]" the purpose of the exemption on the facts of this case, and would have applied the s. 23 override with respect to the s. 21 personal privacy exemption; however, he upheld the Minister's

[12] Préoccupée par l'écart entre les conclusions du juge Glithero et celles de la PPO, la CLA a présenté, en vertu de la *LAIPVP* au ministre du Solliciteur général et des Services correctionnels (plus tard ministre de la Sûreté et de la Sécurité publique et aujourd'hui ministre de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels), une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête de la PPO. Les documents en cause étaient les suivants : un rapport de police de 318 pages exposant en détail les résultats de l'enquête de la PPO; un mémoire daté du 12 mars 1998, rédigé par un procureur de la Couronne à l'intention du directeur régional des Opérations de la Couronne et contenant des avis juridiques concernant le rapport de police; ainsi qu'une lettre, datée du 24 mars 1998, du directeur régional des Opérations de la Couronne adressée à un responsable de la police et contenant également des avis juridiques concernant l'enquête menée par la PPO.

[13] Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents. Il a fondé sa décision sur plusieurs exceptions prévues par la Loi, notamment à l'art. 14 (exécution de la loi), à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat), à l'art. 20 (menace à la santé et à la sécurité) et à l'art. 21 (vie privée). Il n'a pas expliqué comment ni pourquoi chacune de ces exceptions s'appliquait aux documents en question et il n'a pas traité de la possibilité d'une divulgation partielle.

[14] La CLA a interjeté appel devant le commissaire, en vertu de l'al. 50(1)a) de la *LAIPVP*, de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents.

[15] La décision du ministre a été réexaminée par Tom Mitchinson, commissaire adjoint à l'information et à la protection de la vie privée. Le ministre ne se fondait alors plus sur l'exception prévue à l'art. 20. Le 5 mai 2000, M. Mitchinson a confirmé le bien-fondé de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents (CAIPVP, ordonnance PO-1779). Il a conclu que la nécessité de divulguer les documents dans l'intérêt public [TRADUCTION] « l'emport[ait] sans conteste » sur la fin visée par l'exception compte tenu des faits de l'espèce et il

refusal because the other claimed exemptions (ss. 14 and 19) are not included within the s. 23 override. He was also asked to consider whether the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override constituted a breach of the CLA's *Charter* right to freedom of expression. He concluded that it did not.

[16] At the Divisional Court, Blair R.S.J. upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the *FIPPA* exemption scheme did not violate s. 2(b) of the *Charter*: (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] The appeal was allowed by the Court of Appeal: 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. LaForme J.A., for the majority, concluded that the exemption scheme in *FIPPA* violated the *Charter*. Juriansz J.A. dissented, concluding that there was no *Charter* violation, and questioned whether expression was genuinely at issue at all.

[18] The Minister appealed the matter to this Court on the issue of the constitutionality of s. 23, given the exclusion of ss. 14 and 19 from its scope. Before this Court, and before the Court of Appeal for that matter, the CLA based its attack on the constitutionality of the statutory scheme and not on the Minister's exercise of discretion under either s. 14 or s. 19.

3. The Legislative Scheme

[19] The Act provides for limited access to information in the government's hands. Section 10(1) provides for general rights of access to information, subject to a limited number of statutory exemptions:

10.—(1) Every person has a right of access to a record or a part of a record in the custody or under the control of an institution unless,

aurait appliqué le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacrée par l'art. 23 pour écarter l'exception relative à la vie privée créée par l'art. 21. Il a toutefois maintenu le refus du ministre parce que les autres exceptions invoquées (celles prévues aux art. 14 et 19) ne sont pas assujetties à cette primauté consacrée par l'art. 23. On lui a également demandé d'examiner si le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 portait atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par la *Charte*. M. Mitchinson a conclu par la négative.

[16] Le juge principal régional Blair, de la Cour divisionnaire, a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le régime d'exception de la *LAIPVP* ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte* : (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] L'appel a été accueilli par la Cour d'appel : 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. Le juge LaForme, au nom des juges majoritaires, a conclu que le régime d'exception de la *LAIPVP* violait la *Charte*. Le juge Juriansz, dissident, a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la *Charte*, tout en mettant en doute le fait que la liberté d'expression soit même en cause en l'espèce.

[18] Le ministre a interjeté appel devant notre Cour quant à la question de la constitutionnalité de l'art. 23, du fait que cette disposition ne s'applique pas aux art. 14 et 19. Devant notre Cour, de même d'ailleurs que devant la Cour d'appel, la CLA a fondé sa contestation sur l'inconstitutionnalité du régime législatif et non sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 14 ou de l'art. 19.

3. Le régime législatif

[19] La Loi prévoit un droit limité d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Le paragraphe 10(1) prévoit un droit général d'accès à l'information, sous réserve de certaines exceptions prévues à la Loi :

10 (1) Chacun a un droit d'accès à un document ou une partie de celui-ci dont une institution a la garde ou le contrôle, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- (a) the record or the part of the record falls within one of the exemptions under sections 12 to 22; or
- (b) the head is of the opinion on reasonable grounds that the request for access is frivolous or vexatious.

[20] The exemptions include Cabinet records (s. 12); advice to government (s. 13); law enforcement records (s. 14); records relating to relations with other governments (s. 15); defence records (s. 16); third-party information (s. 17); records related to Ontario's economic and other interests (s. 18); records to which solicitor-client privilege applies (s. 19); records whose disclosure might reasonably be expected to seriously threaten the safety or health of an individual (s. 20); personal information (s. 21); records putting species at risk (s. 21.1); and information already or soon to be publicly available (s. 22).

[21] There is no discretion, and disclosure must be refused in the case of some categories of exemptions, including Cabinet records, records containing certain third-party information, and records containing personal information. Other categories of exemptions are discretionary. They include the exemptions at issue in this case: law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19.

[22] Section 14, dealing with law enforcement records, states:

14.—(1) A head may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to,

- (a) interfere with a law enforcement matter;

- a) le document ou la partie du document fait l'objet d'une exception aux termes des articles 12 à 22;
- b) la personne responsable est d'avis, fondé sur des motifs raisonnables, que la demande d'accès est frivole ou vexatoire.

[20] Les exceptions comprennent, entre autres, les documents du cabinet (art. 12), les conseils au gouvernement (art. 13), les documents concernant l'exécution de la loi (art. 14), les documents relatifs aux rapports avec d'autres autorités gouvernementales (art. 15), les documents relatifs à la défense (art. 16), les renseignements concernant des tiers (art. 17), les documents relatifs aux intérêts économiques et autres de l'Ontario (art. 18), les documents qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19), les documents dont il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet de compromettre gravement la santé ou la sécurité d'un particulier (art. 20), les renseignements personnels (art. 21), les documents dont la divulgation risquerait de mettre des espèces en péril (art. 21.1) et les renseignements déjà publiés ou bientôt accessibles au public (art. 22).

[21] Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire et la divulgation de documents visés par certaines de ces exceptions doit être refusée, notamment dans le cas des exceptions qui visent les documents du cabinet, les documents contenant certains renseignements concernant des tiers et les documents contenant des renseignements personnels. La divulgation des documents visés par les autres catégories d'exceptions fait l'objet d'une décision discrétionnaire. Ces autres exceptions comprennent celles en cause en l'espèce, soit celle visant les documents relatifs à l'exécution de la loi dont il est question à l'art. 14 et celle relative aux dossiers protégés par le secret professionnel de l'avocat dont fait état l'art. 19.

[22] L'article 14, qui traite des documents relatifs à l'exécution de la loi, prévoit ce qui suit :

14 (1) La personne responsable peut refuser de divulguer un document si la divulgation devrait avoir pour effet probable, selon le cas :

- a) de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi;

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>(b) interfere with an investigation undertaken with a view to a law enforcement proceeding or from which a law enforcement proceeding is likely to result;</p> <p>(c) reveal investigative techniques and procedures currently in use or likely to be used in law enforcement;</p> <p>(d) disclose the identity of a confidential source of information in respect of a law enforcement matter, or disclose information furnished only by the confidential source;</p> <p>(e) endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person;</p> <p>(f) deprive a person of the right to a fair trial or impartial adjudication;</p> <p>(g) interfere with the gathering of or reveal law enforcement intelligence information respecting organizations or persons;</p> <p>(h) reveal a record which has been confiscated from a person by a peace officer in accordance with an Act or regulation;</p> <p>(i) endanger the security of a building or the security of a vehicle carrying items, or of a system or procedure established for the protection of items, for which protection is reasonably required;</p> <p>(j) facilitate the escape from custody of a person who is under lawful detention;</p> <p>(k) jeopardize the security of a centre for lawful detention; or</p> <p>(l) facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime.</p> <p>(2) <u>A head may refuse to disclose a record,</u></p> <p>(a) <u>that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law;</u></p> <p>(b) that is a law enforcement record where the disclosure would constitute an offence under an Act of Parliament;</p> <p>(c) that is a law enforcement record where the disclosure could reasonably be expected to expose</p> | <p>b) de faire obstacle à l'enquête menée préalablement à une instance judiciaire ou qui y aboutira vraisemblablement;</p> <p>c) de révéler des techniques et procédés d'enquête qui sont présentement ou qui seront vraisemblablement en usage dans l'exécution de la loi;</p> <p>d) de divulguer l'identité d'une source d'information confidentielle reliée à l'exécution de la loi ou de divulguer des renseignements obtenus uniquement de cette source;</p> <p>e) de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un agent d'exécution de la loi ou d'une autre personne;</p> <p>f) de priver une personne de son droit à un procès équitable ou à un jugement impartial;</p> <p>g) de faire obstacle à l'obtention de renseignements secrets reliés à l'exécution de la loi à l'égard de certaines organisations ou de certaines personnes ou de les révéler;</p> <p>h) de révéler un document qui a été confisqué à une personne par un agent de la paix, conformément à une loi ou à un règlement;</p> <p>i) de compromettre la sécurité d'un immeuble ou d'un véhicule servant au transport de certains articles ou au système ou mode de protection de ces articles, dont la protection est normalement exigée;</p> <p>j) de faciliter l'évasion d'une personne légalement détenue;</p> <p>k) de compromettre la sécurité d'un centre de détention légale;</p> <p>l) de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime.</p> <p>(2) <u>La personne responsable peut refuser de divulguer un document, selon le cas :</u></p> <p>a) <u>qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi;</u></p> <p>b) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation constituerait une infraction à une loi du Parlement;</p> <p>c) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation donnerait raisonnablement lieu de</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

the author of the record or any person who has been quoted or paraphrased in the record to civil liability; or

- (d) that contains information about the history, supervision or release of a person under the control or supervision of a correctional authority.

(3) A head may refuse to confirm or deny the existence of a record to which subsection (1) or (2) apply.

(4) Despite clause (2) (a), a head shall disclose a record that is a report prepared in the course of routine inspections by an agency where that agency is authorized to enforce and regulate compliance with a particular statute of Ontario.

(5) Subsections (1) and (2) do not apply to a record on the degree of success achieved in a law enforcement program including statistical analyses unless disclosure of such a record may prejudice, interfere with or adversely affect any of the matters referred to in those subsections.

Section 19 deals with solicitor-client privilege. At the material time, it stated:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

[23] The Minister asserting the exemption has the burden of demonstrating that it applies. Any decision made by a Minister is subject to review by the Commissioner. In reviewing ministerial decisions made pursuant to certain exemptions, the Commissioner considers the public interest pursuant to s. 23, the “public interest override”:

23. An exemption from disclosure of a record under sections 13 [advice to government], 15 [relations with other governments], 17 [third-party information], 18 [economic and other interests of Ontario], 20 [danger to safety or health], 21 [personal privacy] and 21.1 [species

craindre que son auteur, la personne qui est citée ou dont les mots ont été paraphrasés dans le document, ne soit l’objet de poursuites civiles;

- d) où figurent les renseignements reliés aux antécédents, à la surveillance ou à la mise en liberté d’une personne confiée au contrôle ou à la surveillance d’une administration correctionnelle.

(3) La personne responsable peut refuser de confirmer ou de nier l’existence du document visé au paragraphe (1) ou (2).

(4) Malgré l’alinéa (2) a), la personne responsable divulgue le document qui constitue un rapport dressé dans le cadre d’inspections de routine effectuées par un organisme autorisé à assurer et à réglementer l’observation d’une loi particulière de l’Ontario.

(5) Les paragraphes (1) et (2) ne s’appliquent pas au document qui a trait au degré de succès atteint dans le cadre d’un programme d’exécution de la loi, y compris les analyses statistiques, sauf si la divulgation de ce document est susceptible de nuire, de faire obstacle ou de porter atteinte à la poursuite des objectifs visés à ces paragraphes.

L’article 19 traite des documents visés par le secret professionnel de l’avocat. Au moment en cause, il prévoyait ce qui suit :

19 La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l’avocat. Il en est de même d’un document élaboré par l’avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l’utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l’occasion ou en prévision d’une instance.

[23] Lorsque le ministre se fonde sur une exception pour refuser de divulguer un document, il a le fardeau de démontrer qu’elle s’applique. En outre, toutes les décisions prises par un ministre peuvent être portées en appel devant le commissaire. En réexaminant les décisions ministérielles prises en application de certaines exceptions, le commissaire tient compte de l’intérêt public visé à l’art. 23, c’est-à-dire de la « primauté des raisons d’intérêt public » :

23 L’exception à la divulgation visée aux articles 13 [conseils au gouvernement], 15 [rapports avec d’autres autorités gouvernementales], 17 [renseignements concernant des tiers], 18 [intérêts économiques et autres de l’Ontario], 20 [menace à la santé ou à la sécurité],

at risk] does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

[24] The s. 23 public interest override does not apply to documents exempted from disclosure for law enforcement (s. 14) and solicitor-client privilege (s. 19). The main issue in this case, as it was argued before us, is whether this renders s. 23 unconstitutional.

[25] When an exemption is invoked by the head of an institution (the Minister) under ss. 13, 15, 17, 18, 20, 21 and 21.1, the effect of s. 23 is to require the Commissioner to not only review whether the exemption was validly claimed, but whether the public interest in the disclosure of the record “clearly outweighs the purpose of the exemption” (*Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (Ont. Div. Ct.), rev’d (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] This public interest override was a late addition to the legislation. The Attorney General took the position that it would undermine the context of the Act:

You are just saying to them, ignore the standards of the *Act* that the Legislature has set up and do what you please by looking at the public interest.

[27] Nevertheless, a public interest provision was eventually introduced for some but not all categories of exemptions on the insistence of some of the members of the legislature. This was despite the fact that the Williams Commission Report on which the Act was based had not specifically recommended its adoption (*Ontario, Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (the “Williams Commission” Report); Speech by Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Ontario Information and Privacy Commissioner, “Public

21 [vie privée] et 21.1 [espèces en péril] ne s’applique pas si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l’intérêt public l’emporte sans conteste sur la fin visée par l’exception.

[24] La primauté des raisons d’intérêt public consacrée par l’art. 23 ne s’applique pas aux documents qui sont soustraits à la divulgation parce qu’ils concernent l’exécution de la loi (art. 14) ou parce qu’ils sont visés par le secret professionnel de l’avocat (art. 19). La principale question à trancher en l’espèce, telle qu’elle a été plaidée devant nous, est celle de savoir si l’art. 23 est de ce fait inconstitutionnel.

[25] Lorsque la personne responsable d’une institution (le ministre) se fonde sur une des exceptions prévues aux art. 13, 15, 17, 18, 20, 21 et 21.1 pour refuser de divulguer un document, l’art. 23 exige du commissaire qu’il réexamine non seulement si l’exception a été invoquée à bon droit, mais également si l’intérêt public à ce que le document soit divulgué [TRADUCTION] « l’emporte sans conteste sur la fin visée par l’exception » (*Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (C. div. Ont.), inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] Ce principe de la primauté des raisons d’intérêt public a été ajouté tardivement dans la Loi. Le procureur général était d’avis qu’il en minerait l’esprit :

[TRADUCTION] Vous leur dites tout simplement, ignorez les normes fixées par la *Loi* et établies par le législateur et faites ce que vous voulez en regardant l’intérêt public.

[27] Quoi qu’il en soit, en définitive, une disposition relative à l’intérêt public qui ne s’appliquait qu’à certaines catégories d’exceptions a été ajoutée à la Loi par suite de l’insistance de certains députés. Le législateur a procédé à cet ajout en dépit du fait que le rapport de la Commission Williams sur lequel la Loi était fondée n’avait pas spécifiquement recommandé son adoption (*Ontario, Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (le rapport de la « Commission Williams »); Discours de Tom Mitchinson, commissaire adjoint,

Interest” and Ontario’s Freedom of Information and Protection of Privacy Act, February 16, 2001).

[28] This review of the general statutory scheme brings us to the specific challenge before us. The CLA argued that s. 23 of *FIPPA* infringes s. 2(b) of the *Charter* by failing to extend the “public interest” balancing to the exemptions found in ss. 14 and 19 concerning law enforcement and solicitor-client privileged records.

4. Is the Legislation Constitutional?

[29] It is essential to correctly frame the real constitutional issue before the Court. That issue is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

(a) *Access to Information Under Section 2(b) of the Charter*

[30] The first question to be addressed is whether s. 2(b) protects access to information and, if so, in what circumstances. For the reasons that follow, we conclude that s. 2(b) does not guarantee access to all documents in government hands. Section 2(b) guarantees freedom of expression, not access to information. Access is a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government.

[31] Determining whether s. 2(b) of the *Charter* requires access to documents in government hands in a particular case is essentially a question of how far s. 2(b) protection extends. A question arises as to how the issue should be approached. The courts

Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, « *Public Interest* » and *Ontario’s Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, 16 février 2001).

[28] Ce survol du régime législatif nous amène à la contestation spécifique dont nous sommes saisis. La CLA a soutenu que l’art. 23 de la *LAIPVP* viole l’al. 2b) de la *Charte* parce qu’il n’étend pas l’exercice de mise en balance fondé sur « l’intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19 qui concernent les documents relatifs à l’exécution de la loi et ceux visés par le secret professionnel de l’avocat.

4. La Loi est-elle constitutionnelle?

[29] Il est essentiel de bien circonscrire la véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer. Il s’agit de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d’intérêt public consacré par l’art. 23 ne s’applique pas aux documents à l’égard desquels on invoque le secret professionnel de l’avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l’exécution de la loi viole le droit à la liberté d’expression protégé par l’al. 2b) de la *Charte*.

a) *L’accès à l’information dans le contexte de l’application de l’al. 2b) de la Charte*

[30] Il faut d’abord décider si l’al. 2b) garantit l’accès à l’information et, si oui, dans quelles circonstances. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l’al. 2b) ne garantit pas l’accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Il garantit la liberté d’expression, pas l’accès à l’information. L’accès est un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement.

[31] Déterminer si l’exercice du droit garanti à l’al. 2b) de la *Charte* suppose l’accès à des documents détenus par le gouvernement dans un cas en particulier revient essentiellement à juger jusqu’où s’étend la protection conférée par cette disposition.

below were divided on whether the analysis should follow the model adopted in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016. In their argument before this Court, some of the parties also placed reliance on *Dunmore* and on this Court's subsequent decision in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673. In our view, nothing would be gained by furthering this debate. Rather, it is our view that the question of access to government information is best approached by building on the methodology set in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 967-68, and in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141. The main question in this case is whether s. 2(b) is engaged at all. We conclude that the scope of the s. 2(b) protection includes a right to access to documents only where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance, subject to privileges and functional constraints. We further conclude, as discussed more fully below, that in this case these requirements are not satisfied. As a result, s. 2(b) is not engaged.

[32] The *Irwin Toy* framework involves three inquiries: (1) Does the activity in question have expressive content, thereby bringing it within the reach of s. 2(b)? (2) Is there something in the method or location of that expression that would remove that protection? (3) If the activity is protected, does the state action infringe that protection, either in purpose or effect? These steps were developed in *Montréal (City)* (at para. 56) in the context of expressive activities, but the principles animating them equally apply to determining whether s. 2(b) requires the production of government documents.

[33] This leads us to more detailed comments on the scope of s. 2(b) protection where the issue is access to documents in government hands. To

Comment faut-il aborder cette question? Les tribunaux d'instances inférieures étaient divisés quant à savoir si l'analyse devrait suivre le modèle adopté dans *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016. Dans leurs observations devant la Cour, certaines parties se sont aussi fondées sur *Dunmore* et sur la décision subséquente de la Cour dans *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673. Selon nous, il n'y aurait aucun avantage à poursuivre ce débat. Nous croyons, en effet, qu'il serait préférable d'aborder la question de l'accès aux renseignements gouvernementaux en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 967-968, et dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141. La question principale, en l'espèce, est celle de savoir si l'al. 2b) est même en cause. Nous concluons que la protection conférée par l'al. 2b) comporte notamment un droit d'accès à certains documents, seulement si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public, et ce, sous réserve de privilèges et de contraintes fonctionnelles. Nous concluons, de plus, comme nous l'étayerons ultérieurement que, en l'espèce, il n'est pas satisfait à ces exigences. Par conséquent, l'al. 2b) n'est pas en cause.

[32] Le cadre d'analyse prescrit par *Irwin Toy* s'articule autour de trois questions : (1) L'activité en question a-t-elle un contenu expressif nécessaire pour entrer dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2b)? (2) Y a-t-il quelque chose dans le lieu ou le mode d'expression ayant pour effet d'écarter cette protection? (3) Si l'activité est protégée, la mesure prise par l'État porte-t-elle atteinte, par son objet ou par son effet, au droit protégé? Ces étapes ont été élaborées dans *Montréal (Ville)* (par. 56), dans le contexte d'activités expressives, mais les principes qui les animent peuvent tout aussi bien s'appliquer à la question de savoir si l'al. 2b) contraint le gouvernement à divulguer des documents.

[33] Cela nous conduit à commenter plus en détail la portée de la protection offerte par l'al. 2b) lorsque la question porte sur l'accès à des documents

demonstrate that there is expressive content in accessing such documents, the claimant must establish that the denial of access effectively precludes meaningful commentary. If the claimant can show this, there is a *prima facie* case for the production of the documents in question. But even if this *prima facie* case is established, the claim may be defeated by factors that remove s. 2(b) protection, e.g. if the documents sought are protected by privilege or if production of the documents would interfere with the proper functioning of the governmental institution in question. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(b) is engaged. The only remaining question is whether the government action infringes that protection.

[34] The first inquiry into expressive content asks whether the demand for access to information furthers the purposes of s. 2(b). In the case of demands for government documents, the relevant s. 2(b) purpose is usually the furtherance of discussion on matters of public importance.

[35] Not every demand for government information serves this purpose. Thus the jurisprudence holds that there is no general right of access to information. The position is well put in *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (Div. Ct.), *per* Adams J.:

By contrast, our political access makes government bureaucracy accountable to elected officials who, in turn, conduct their business in the context of public elections and legislatures and where the media, again, play a fundamental reporting role. . . . Against this tradition, it is not possible to proclaim that s. 2(b) entails a general constitutional right of access to all information under the control of government and this is particularly so in the context of an application relating to an active criminal investigation. [Emphasis added; p. 204.]

[36] To show that access would further the purposes of s. 2(b), the claimant must establish that access is necessary for the meaningful exercise

détenus par le gouvernement. Pour démontrer que l'accès à de tels documents donnera accès à un contenu expressif, le demandeur doit établir que le refus d'y donner accès empêche en réalité de formuler des commentaires significatifs. S'il y parvient, il aura établi *prima facie* que les documents en question doivent être divulgués. Cependant, la demande peut malgré tout échouer en raison de l'existence de facteurs qui écartent la protection prévue à l'al. 2b) soit, par exemple, si les documents auxquels on demande l'accès sont protégés par un privilège ou si leur divulgation interférerait avec le bon fonctionnement de l'institution gouvernementale en cause. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2b) est en cause. Il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

[34] La première étape de l'examen du contenu expressif vise à répondre à la question de savoir si la demande d'accès à l'information réalise l'objet de l'al. 2b). Dans le cas de demandes visant des documents gouvernementaux, l'objet pertinent de l'al. 2b) est habituellement d'alimenter la discussion sur des questions d'importance pour le public.

[35] Ce ne sont pas toutes les demandes visant des renseignements gouvernementaux qui servent cette fin. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'existe pas de droit général d'accès à l'information. Ce point de vue est bien exprimé par le juge Adams dans *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (C. div.) :

[TRADUCTION] Par contre, l'accès au gouvernement dont nous disposons rend la bureaucratie responsable envers les élus qui, à leur tour, mènent leurs affaires dans le contexte d'élections et de législatures et où les médias, à nouveau, jouent le rôle fondamental de rapporter les faits. [. . .] Compte tenu de cette tradition, il n'est pas possible d'affirmer que l'al. 2b) confère un droit constitutionnel général d'accès à tous les renseignements que contrôle le gouvernement. Cela est particulièrement vrai dans le contexte d'une demande relative à une enquête criminelle en cours. [Nous soulignons; p. 204.]

[36] Pour démontrer que l'accès réaliserait l'objet de l'al. 2b), le demandeur doit établir que l'accès est nécessaire pour qu'on puisse s'exprimer librement

of free expression on matters of public or political interest: see *Irwin Toy*, at pp. 976 and 1008; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. On this basis, the Court has recognized access to information under s. 2(b) in the judicial context: “members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts” (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1339). The “open courts” principle is “inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b)” because it “permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, per La Forest J.).

[37] In sum, there is a *prima facie* case that s. 2(b) may require disclosure of documents in government hands where it is shown that, without the desired access, meaningful public discussion and criticism on matters of public interest would be substantially impeded. As Louis D. Brandeis famously wrote in his 1913 article in *Harper's Weekly* entitled “What Publicity Can Do”: “Sunlight is said to be the best of disinfectants” Open government requires that the citizenry be granted access to government records when it is necessary to meaningful public debate on the conduct of government institutions.

[38] If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out. However, the claimant must go on to show that the protection is not removed by countervailing considerations inconsistent with production.

[39] Privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of the protection offered by s. 2(b) of the *Charter*. The common law privileges, like solicitor-client privilege, generally represent

de manière significative sur des questions d'intérêt public ou politique : voir *Irwin Toy*, p. 976 et 1008; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. En se fondant sur ce principe, la Cour a reconnu l'accès à l'information comme composante de l'al. 2b) dans le contexte judiciaire, statuant que « le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339). « Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public [. . .] [peut] ensuite [. . .] discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et [. . .] émettre des opinions et des critiques à cet égard » (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23, le juge La Forest).

[37] En somme, il est établi *prima facie* que l'al. 2b) peut contraindre le gouvernement à divulguer les documents qu'il détient lorsqu'il est démontré que, sans l'accès souhaité, les discussions publiques significatives sur des questions d'intérêt public et les critiques à leur égard seraient considérablement entravées. Comme l'a écrit Louis D. Brandeis dans son célèbre article de 1913 publié dans le *Harper's Weekly* et intitulé « What Publicity Can Do » : [TRADUCTION] « La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants . . . ». Pour que le gouvernement œuvre de manière transparente, il faut que l'ensemble des citoyens puisse avoir accès aux documents gouvernementaux lorsque cela est nécessaire pour la tenue d'un débat public significatif sur la conduite d'institutions gouvernementales.

[38] Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation.

[39] Il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Les privilèges reconnus par la common law, comme le secret professionnel de

situations where the public interest in confidentiality outweighs the interests served by disclosure. This is also the rationale behind common law privileges that have been cast in statutory form, like the privilege relating to confidences of the Queen's Privy Council under s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Since the common law and statutes must conform to the *Charter*, assertions of particular categories of privilege are in principle open to constitutional challenge. However, in practice, the outlines of these privileges are likely to be well settled, providing predictability and certainty to what must be produced and what remains protected.

[40] It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents. For example, it might be argued that while the open court principle requires that court hearings and judgments be open and available for public scrutiny and comment, memos and notes leading to a judicial decision are not subject to public access. This would impair the proper functioning of the court by preventing full and frank deliberation and discussion at the pre-judgment stage. The principle of Cabinet confidence for internal government discussions offers another example. The historic function of a particular institution may assist in determining the bounds of institutional confidentiality, as discussed in *Montréal (City)*, at para. 22. In that case, this Court acknowledged that certain government functions and activities require privacy (para. 76). This applies to demands for access to information in government hands. Certain types of documents may remain exempt from disclosure because disclosure would impact the proper functioning of affected institutions.

l'avocat, correspondent généralement à des situations où l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur les intérêts que servirait la divulgation. C'est également la logique qui explique l'existence des privilèges de common law désormais consignés dans la législation, comme le privilège relatif aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine codifié à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Puisque tant la common law que les lois doivent être conformes à la *Charte*, la création de catégories particulières de privilèges peut en principe faire l'objet de contestations fondées sur la *Constitution*. Cependant, en pratique, ces privilèges seront vraisemblablement bien circonscrits, ce qui offre une prévisibilité et une certitude quant à ce qui doit être divulgué et à ce qui reste protégé.

[40] Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents. Par exemple, on pourrait plaider que si le principe de la publicité des débats judiciaires suppose que les audiences soient ouvertes au public et que les jugements soient rendus publics pour qu'ils fassent les unes et les autres l'objet d'un examen et de commentaires publics, les notes de service préparées dans le cadre de l'élaboration d'un jugement n'ont pas à être rendues publiques. En effet, leur divulgation nuirait au bon fonctionnement de la cour puisque les juges ne pourraient pas délibérer et discuter pleinement et franchement avant de rendre leurs décisions. Le principe de la confidentialité des délibérations du cabinet quant à des discussions gouvernementales internes en est un autre exemple. Comme l'illustre l'arrêt *Montréal (Ville)*, au par. 22, l'historique de la fonction d'une institution en particulier peut aussi aider à déterminer le degré de confidentialité dont elle devrait bénéficier. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que certaines fonctions et activités gouvernementales requièrent un certain isolement (par. 76). Ce principe s'applique aux demandes d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Certains types de documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées.

(b) *The Constitutionality of Section 23*

[41] The CLA argues that the failure of the legislature to make the s. 23 public interest override applicable to the exemptions in ss. 14 and 19 denies it access to the documents it seeks and thus violates s. 2(b) of the *Charter*. The CLA argues that if the override were applicable, the CLA would be entitled to the records in question due to their public interest nature.

[42] We first address the question of the extent to which the absence of a s. 23 public interest override impairs the ability to obtain documents protected by ss. 14 and 19 of the Act. Against this background, we ask whether s. 2(b) is engaged in the case at bar, and if so, whether it is breached.

(i) The Impact of the Absence of the Section 23 Public Interest Override in This Case

[43] In our view, it is not established that the absence of a s. 23 review for public interest significantly impairs the CLA's access to documents it would otherwise have had. Law enforcement privilege and solicitor-client privilege already take public interest considerations into account and, moreover, confer a discretion to disclose the information on the Minister. For the reasons that follow, we conclude that the public interest override contained in s. 23 would add little to what is already provided for in ss. 14 and 19 of the Act.

[44] We turn first to records prepared in the course of law enforcement, which are dealt with under s. 14 of the Act. As jurisprudence surrounding concepts such as informer privilege and prosecutorial discretion attests, there is a strong public interest in protecting documents related to law enforcement: *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), at p. 769, cited in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R.

b) *La constitutionnalité de l'art. 23*

[41] Pour la CLA, le fait que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux exceptions visées par les art. 14 et 19 lui bloque l'accès aux documents qu'elle cherche à obtenir et, par conséquent, enfreint l'al. 2b) de la *Charte*. La CLA allègue que, si ce principe s'appliquait, elle aurait le droit d'obtenir les documents en cause parce qu'ils sont d'intérêt public.

[42] Nous traiterons d'abord de la question du degré auquel l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 entrave l'obtention des documents protégés par les art. 14 et 19 de la Loi. À la lumière de cette réflexion, nous nous demanderons si l'al. 2b) est en cause en l'espèce et, le cas échéant, s'il a été porté atteinte au droit qui y est garanti.

(i) L'incidence de l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 en l'espèce

[43] Selon nous, il n'est pas prouvé que l'absence du réexamen en fonction de l'intérêt public prévu à l'art. 23 entrave considérablement l'accès pour la CLA à des documents qu'elle aurait autrement obtenus. Le privilège relatif à l'exécution de la loi et le secret professionnel de l'avocat tiennent déjà compte de l'intérêt public et, qui plus est, confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements qu'ils visent. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce qui est déjà prévu aux art. 14 et 19 de la Loi.

[44] Tout d'abord, examinons les documents préparés dans le cadre de l'exécution de la loi, soit ceux qui sont visés par l'art. 14 de la Loi. Comme en atteste la jurisprudence relative à des notions comme celles du privilège de l'indicateur de police et du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, il est clairement dans l'intérêt public de protéger les documents relatifs à l'exécution de la loi : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*,

565, at para. 33; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 623, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 64, *per* LeBel J.; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 48, *per* Charron J. Section 14 of the Act reflects this. The legislature in s. 14(1) has in effect declared that disclosure of records described in subsets (a) to (l) would be so detrimental to the public interest that it presumptively cannot be countenanced.

[45] However, by stipulating that “[a] head may refuse to disclose” a record in this category, the legislature has also left room for the head to order disclosure of particular records. This creates a discretion in the head.

[46] A discretion conferred by statute must be exercised consistently with the purposes underlying its grant: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 53, 56 and 65. It follows that to properly exercise this discretion, the head must weigh the considerations for and against disclosure, including the public interest in disclosure.

[47] By way of example, we consider s. 14(1)(a) where a head “may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to . . . interfere with a law enforcement matter”. The main purpose of the exemption is clearly to protect the public interest in effective law enforcement. However, the need to consider other interests, public and private, is preserved by the word “may” which confers a discretion on the head to make the decision whether or not to disclose the information.

[48] In making the decision, the first step the head must take is to determine whether disclosure

[1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), p. 769, cité dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 33; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 623, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 64, le juge LeBel; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 48, la juge Charron. L'article 14 de la Loi en est le reflet. En fait, au par. 14(1), le législateur a déclaré que la divulgation des documents décrits aux al. a) à l) serait à ce point susceptible de nuire à l'intérêt public qu'on ne peut présumer qu'elle est tolérée.

[45] Toutefois, en prescrivant que « [l]a personne responsable peut refuser de divulguer » un document qui appartient à cette catégorie, le législateur a aussi donné à cette personne la latitude d'ordonner la divulgation de documents particuliers. Elle dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire.

[46] Un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé en conformité avec les objectifs sous-jacents à son octroi : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53, 56 et 65. Ainsi, pour exercer comme il se doit ce pouvoir discrétionnaire, la personne responsable doit soupeser les considérations favorables et défavorables à la divulgation, y compris l'intérêt public à ce qu'il y ait divulgation.

[47] Prenons par exemple l'al. 14(1)a), selon lequel la personne responsable « peut refuser de divulguer un document si la divulgation devait avoir pour effet probable [. . .] de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi ». Le principal objectif de l'exception est clairement de protéger l'intérêt public envers l'exécution efficace de la loi. Cependant, l'obligation de tenir compte d'autres intérêts, publics et privés, est garantie par l'utilisation du mot « peut », qui confère un pouvoir discrétionnaire à la personne responsable de décider de divulguer ou non les renseignements.

[48] Pour trancher cette question, une personne responsable doit avant tout déterminer si la

could reasonably be expected to interfere with a law enforcement matter. If the determination is that it may, the second step is to decide whether, having regard to the significance of that risk and other relevant interests, disclosure should be made or refused. These determinations necessarily involve consideration of the public interest in open government, public debate and the proper functioning of government institutions. A finding at the first stage that disclosure may interfere with law enforcement is implicitly a finding that the public interest in law enforcement may trump public and private interests in disclosure. At the second stage, the head must weigh the public and private interests in disclosure and non-disclosure, and exercise his or her discretion accordingly.

[49] The public interest override in s. 23 would add little to this process. Section 23 simply provides that exemptions from disclosure do not apply “where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption”. But a proper interpretation of s. 14(1) requires that the head consider whether a compelling public interest in disclosure outweighs the purpose of the exemption, to prevent interference with law enforcement. If the head, acting judicially, were to find that such an interest exists, the head would exercise the discretion conferred by the word “may” and order disclosure of the document.

[50] The same rationale applies to the other exemptions under s. 14(1) as well as to those under s. 14(2). Section 14(2)(a) is particularly relevant in the case at bar. It provides that a head “may refuse to disclose a record . . . that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law”. The main purpose of this section is to protect

divulgarion pourrait vraisemblablement faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi. Si oui, elle doit ensuite décider si, compte tenu de ce risque et des autres intérêts pertinents, la divulgation doit être accordée ou refusée. Ces décisions exigent nécessairement d'examiner l'intérêt public à ce que le gouvernement œuvre en toute transparence, à ce qu'il soit possible de tenir un débat public et à ce que les institutions gouvernementales fonctionnent adéquatement. Décider à la première étape de ce raisonnement que la divulgation peut faire obstacle à l'exécution de la loi constitue une conclusion implicite que l'intérêt public relatif à l'exécution de la loi peut l'emporter sur les intérêts publics et privés favorables à la divulgation. À la deuxième étape, la personne responsable doit mettre en balance les intérêts privés et publics relatifs à la divulgation et à la non-divulgation et exercer son pouvoir discrétionnaire en conséquence.

[49] L'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce processus. En effet, cette disposition énonce simplement que les exceptions à la divulgation ne s'appliquent pas « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception ». Or, une interprétation adéquate du par. 14(1) exige que la personne responsable examine si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sur la fin visée par l'exception, soit d'éviter les interférences avec l'application de la loi. Si la personne responsable, agissant de manière judiciaire, conclut à l'existence d'une telle nécessité, elle exerce le pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut » et ordonne la divulgation du document.

[50] Le même raisonnement s'applique aux autres exceptions prévues au par. 14(1), ainsi qu'à celles décrites au par. 14(2). L'alinéa 14(2)a) est particulièrement pertinent en l'espèce. Il prévoit qu'une personne responsable « peut refuser de divulguer un document [. . .] qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi ».

the public interest in getting full and frank disclosure in the course of investigating and reporting on matters involving the administration of justice; an expectation of confidentiality may further the goal of getting at the truth of what really happened. At the same time, the discretion conferred by the word “may” recognizes that there may be other interests, whether public or private, that outweigh this public interest in confidentiality. Again, an additional review under s. 23 would add little, if anything, to this process.

[51] This interpretation is confirmed by the established practice for review of s. 14 claims which proceeds on the basis that, even in the absence of the s. 23 public interest override, the head has a wide discretion. The proper review of discretion under s. 14 has been explained as follows:

The absence of section 14 from the list of exemptions that can be overridden under section 23 does not change the fact that the exemption is discretionary, and discretion should be exercised on a case-by-case basis. The LCBO's submission suggests that it would never be appropriate to disclose such records in the public interest, or in order to promote transparency and accountability, in the context of the exercise of discretion. I disagree, and in my view, such a position would be inconsistent with the requirement to exercise discretion based on the facts and circumstances of every case.

(IPC Order PO-2508-I/September 27, 2006, at p. 6, *per* Senior Adjudicator John Higgins)

[52] We therefore conclude that s. 14 already provides for adequate consideration of the public interest in the disclosure of the records. In reviewing a claim for an exemption under s. 14, the Commissioner, as discussed more fully below, focuses on the exercise of discretion under that

Cette disposition vise principalement à protéger l'intérêt public à obtenir une exposition franche et complète des renseignements dans le contexte d'enquêtes et de la rédaction de rapports sur des questions qui concernent l'administration de la justice; des attentes en matière de confidentialité peuvent contribuer à atteindre l'objectif consistant à découvrir la vérité sur ce qui s'est réellement passé. Cela étant dit, grâce au pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut », on reconnaît qu'il peut y avoir d'autres intérêts en jeu, qu'ils soient publics ou privés, pouvant l'emporter sur l'intérêt public justifiant la confidentialité. Encore une fois, s'il ajoutait quoi que ce soit à ce processus, un réexamen supplémentaire autorisé par l'art. 23 y ajouterait bien peu.

[51] Cette interprétation est confirmée par la pratique établie en matière de réexamen des demandes visées par l'art. 14 selon laquelle, même sans avoir appliqué le principe de la primauté de l'intérêt public consacrée par l'art. 23, la personne responsable dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. La façon appropriée de contrôler le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 14 a été expliquée comme suit :

[TRADUCTION] L'absence de l'art. 14 de la liste des exceptions pouvant être écartées en application de l'art. 23 ne change pas le fait que l'exception est discrétionnaire et que le pouvoir discrétionnaire que confère l'art. 14 doit être exercé en tenant compte des circonstances de chaque cas. La position de la LCBO laisse sous-entendre qu'il ne serait jamais approprié, dans le contexte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, de divulguer de tels documents, que ce soit dans l'intérêt public ou pour favoriser la transparence et la responsabilité. Je ne suis pas d'accord et, à mon avis, une telle position serait incompatible avec l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits et des circonstances de chaque cas.

(CAIPVP Ordonnance PO-2508-I / 27 septembre 2006, p. 6, John Higgins, arbitre principal)

[52] Nous concluons donc que l'art. 14 tient déjà adéquatement compte de l'intérêt public à ce que les documents soient divulgués. En réexaminant un refus de divulguer fondé sur une exception prévue à l'art. 14, le commissaire, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, se concentre sur l'exercice

section. A further consideration under s. 23 would add essentially another level of review.

[53] The same analysis applies, perhaps even more strongly, to the exemption for documents protected by solicitor-client privilege. Section 19 of the Act provides that a head “may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation”. The purpose of this exemption is clearly to protect solicitor-client privilege, which has been held to be all but absolute in recognition of the high public interest in maintaining the confidentiality of the solicitor-client relationship: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 836; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875; *Campbell*, at para. 49; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 35 and 41; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 36-37; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574. The only exceptions recognized to the privilege are the narrowly guarded public safety and right to make full answer and defence exceptions: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185.

[54] Given the near-absolute nature of solicitor-client privilege, it is difficult to see how the s. 23 public interest override could ever operate to require disclosure of a protected document. This is particularly so given that the use of the word “may” would permit and, if relevant, require the head to

du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition. Un examen additionnel mené en application de l’art. 23 ajouterait essentiellement une étape supplémentaire de réexamen.

[53] La même analyse s’applique, peut-être de façon encore plus convaincante, à l’exception relative aux documents protégés par le secret professionnel de l’avocat. L’article 19 de la Loi prévoit qu’une personne responsable « peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l’avocat. Il en est de même d’un document élaboré par l’avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l’utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l’occasion ou en prévision d’une instance ». Cette exception vise clairement à protéger le secret professionnel de l’avocat, qui a été jugé presque absolu puisqu’il est fortement dans l’intérêt public de maintenir la confidentialité de la relation entre un avocat et son client : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 836; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875; *Campbell*, par. 49; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35 et 41; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 36-37; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574. Les seules exceptions reconnues au secret professionnel sont la sécurité publique et le droit pour un accusé de présenter une défense pleine et entière, deux exceptions qui sont jalousement protégées : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185.

[54] Compte tenu de la nature quasi absolue du secret professionnel de l’avocat, il est difficile de concevoir comment le principe de la primauté de l’intérêt public consacré par l’art. 23 pourrait commander la divulgation d’un document protégé. Cela est d’autant plus vrai du fait de la présence du mot

consider the overwhelming public interest in disclosure. Once again, the public interest override in s. 23 would add little to the decision-making process.

[55] The conclusion that the s. 23 override in the case of the law enforcement and solicitor-client exemptions adds little more than a second level of review is consistent with the legislative history of the Act. The Williams Commission Report, on which the Act was based, did not recommend a public interest override, presumably not finding such an override necessary. The Minister who spoke to the legislation resisted suggestions for a public interest override. It was tacked on by amendment, but made applicable only to certain exemptions. These are generally exemptions of a political or personal nature — advice to government; third-party information; economic and other interests of Ontario; danger to health and safety; personal privacy; and species at risk. These exemptions reflect a legislative choice that is not at issue in this appeal. But by way of comparison, it may be possible to argue that the s. 23 public interest override might serve a purpose with respect to these issues, since they may not inherently raise the need to balance all conflicting interests, raising the risk that the public interest in disclosure might be overlooked. But that cannot be said of the law enforcement and solicitor-client exemptions.

[56] We conclude that the CLA has failed to establish that the inapplicability of the s. 23 public interest override significantly impairs its ability to obtain the documents it seeks. Sections 14 and 19 already incorporate, by necessity, the public interest to the extent it may be applicable.

« peut » qui suppose que la personne responsable a le pouvoir et, le cas échéant, l'obligation d'examiner la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public. Encore une fois, le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu au processus de décision.

[55] La conclusion selon laquelle le principe de la primauté consacré par l'art. 23 n'ajoute pour ainsi dire rien de plus qu'une deuxième étape de réexamen en ce qui concerne les exceptions relatives à l'exécution de la loi et au secret professionnel de l'avocat est conforme à l'historique de l'élaboration de la Loi. Le rapport de la Commission Williams, sur lequel est fondée la Loi, n'a pas recommandé l'adoption du principe de la primauté de l'intérêt public, ne le jugeant probablement pas nécessaire. De plus, le ministre qui s'est exprimé au sujet de cette Loi a résisté aux suggestions d'inclure une appréciation de l'intérêt public. Cette suggestion a été intégrée à la Loi au moyen d'un amendement, mais la disposition qui en a émané ne s'applique qu'à certaines exceptions qui sont généralement de nature politique ou personnelle — soit, les conseils au gouvernement, les renseignements concernant des tiers, les intérêts économiques et autres de l'Ontario, le danger pour la santé ou la sécurité, la vie privée et les espèces en péril. Ces exceptions sont le reflet d'un choix du législateur, choix qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Par comparaison, on pourrait soutenir que l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 peut être utile quant à ces questions, puisqu'elles n'entraînent pas forcément intrinsèquement la nécessité d'apprécier tous les intérêts opposés, augmentant ainsi le risque de négliger l'intérêt public à ce que les documents soient divulgués. On ne peut toutefois en dire autant quant aux exceptions relatives à l'application de la loi et au secret professionnel de l'avocat.

[56] Nous concluons que la CLA n'a pas établi que l'inapplicabilité du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 porte atteinte, de manière significative, à sa capacité d'obtenir les documents auxquels elle a demandé l'accès. Les articles 14 et 19 tiennent déjà compte par nécessité de l'intérêt public, dans la mesure où il est applicable.

(ii) Is the Section 23 Public Interest Override Constitutionally Required?

[57] Having examined the impact of the legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override, we are in a position to address the ultimate question: Does this decision violate the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*? To answer this question, we must return to our earlier discussion of when disclosure of documents in government hands may be constitutionally required under the *Irwin Toy* framework.

[58] The first question is whether any access to documents that might result from applying the s. 23 public interest override in this case would enhance s. 2(b) expression. This is only established if the access is necessary to permit meaningful debate and discussion on a matter of public interest. If not, then s. 2(b) is not engaged.

[59] In our view, the CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation into the murder of Domenic Racco, and the prosecution of those suspected of that murder, cannot take place under the current legislative scheme. Much is known about those events. In granting the stay against the two accused, Glithero J. stated:

... I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. [p. 300]

The record supporting these conclusions is already in the public domain. The further information sought relates to the internal investigation of the conduct of the Halton Regional Police,

(ii) Le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 est-il requis sur le plan constitutionnel?

[57] Après avoir examiné l'incidence de la décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23, nous pouvons maintenant traiter de l'ultime question à trancher : cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*? Pour répondre à cette question, nous devons revenir sur notre précédente analyse quant à la question de savoir quand la divulgation de documents détenus par le gouvernement peut être obligatoire sur le plan constitutionnel selon le cadre d'analyse énoncé dans *Irwin Toy*.

[58] Il faut d'abord se demander si tout accès à des documents par suite de l'application du principe de la primauté de l'intérêt public énoncé à l'art. 23 favoriserait l'expression dont il est question à l'al. 2b). Cela ne sera établi que si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion et d'un débat significatifs sur une question d'intérêt public. Si ce n'est pas le cas, l'al. 2b) n'est pas en cause.

[59] Selon nous, la CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre de Domenic Racco ainsi que de la poursuite des suspects sous le régime législatif actuel. On en sait beaucoup sur les événements en question. En accordant l'arrêt des procédures intentées contre les deux accusés, le juge Glithero a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] ... j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. [p. 300]

Les renseignements sur lesquels se fondent ces conclusions sont déjà dans le domaine public. Les autres renseignements demandés portent sur l'enquête interne quant à la conduite du service

the Hamilton-Wentworth Regional Police and the Crown Attorney in this case. It may be that this report should have been produced under the terms of the Act, as discussed below. However, the CLA has not established that it is necessary for meaningful public discussion of the problems in the administration of justice relating to the Racco murder.

[60] If necessity were established, the CLA, under the framework set out above (para. 33) would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. As discussed, ss. 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds. On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the above framework.

[61] It is unnecessary to pursue this inquiry further because, in any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(b) were engaged, it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of the second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents, given that those sections, properly interpreted, already incorporate consideration of the public interest. The CLA would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

5. Exercise of the Discretion Under the Act

[62] Having decided that s. 23 of the Act itself is constitutional, our focus shifts now to determining

régional de police de Halton, du service régional de police de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne en l'espèce. La Loi exigeait peut-être que ce rapport soit divulgué, comme nous le mentionnerons ultérieurement. Cependant, la CLA n'a pas établi que l'accès à ce document est nécessaire pour que se tiennent des discussions publiques significatives sur les problèmes relatifs à l'administration de la justice quant au meurtre Racco.

[60] Si la nécessité était prouvée, selon le cadre d'analyse énoncé précédemment (par. 33), la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Comme nous en avons discuté, les art. 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis. Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse décrit précédemment.

[61] Il est inutile de poursuivre le présent examen parce que, quoi qu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévue à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2b) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

5. L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi

[62] Ayant décidé que l'art. 23 de la Loi est constitutionnel, nous nous penchons maintenant sur la

whether the decisions of the Minister (the head) and the Commission complied with the statutory framework established by the Act.

(a) *The Decisions*

[63] The Minister's decision not to disclose the records in question was conveyed to the CLA in a letter dated November 27, 1998, citing a number of statutory exemptions as the reason for the denial, including s. 21 (the personal privacy exemption), s. 19, and a number of subsections of s. 14. The letter provided no explanation for applying these exemptions; nor did it explain why no part of the records sought would be disclosed.

[64] On review, the Assistant Commissioner recognized that the documents contained personal information about people involved in the case, including police officers, Crown counsel, witnesses, the victim, the accused and others. He concluded, however, that there was "a compelling public interest" in disclosure that "clearly outweigh[ed]" the interest in non-disclosure. Therefore, if only the s. 21 personal privacy exemption were at issue, he would have ordered disclosure pursuant to the s. 23 override.

[65] The Assistant Commissioner also determined that the discretionary exemptions in ss. 14 and 19 could be applied to the records at issue. Because s. 23 does not apply to ss. 14 and 19, he upheld the Minister's decision not to disclose without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of the Act.

(b) *The Duty of the "Head" (or Minister)*

[66] As discussed above, the "head" making a decision under ss. 14 and 19 of the Act has a

question de savoir si les décisions du ministre (la personne responsable) et de la Commission étaient conformes au cadre législatif établi par la Loi.

a) *Les décisions*

[63] La décision du ministre de ne pas divulguer les documents en cause a été transmise à la CLA dans une lettre datée du 27 novembre 1998. Le ministre y citait un certain nombre d'exceptions prévues par la Loi pour motiver son refus, notamment celles décrites à l'art. 21 (exception relative à la vie privée), à l'art. 19 et à certains alinéas de l'art. 14. Dans sa lettre, le ministre n'a pas expliqué pourquoi ces exceptions s'appliquaient, ni la raison pour laquelle aucune partie des documents demandés ne serait divulguée.

[64] Lorsqu'il a examiné la décision du ministre, le commissaire adjoint a reconnu que les documents contenaient des renseignements personnels relatifs à des personnes liées à la cause, notamment des policiers, des avocats du ministère public, des témoins, la victime et l'accusé. Il a cependant conclu qu'il y avait une « nécessité manifeste de divulguer [les documents] » qui « l'emport[ait] sans conteste » sur l'intérêt qu'il y avait à ne pas les divulguer. Par conséquent, si l'exception relative à la vie privée prévue à l'art. 21 avait été la seule en cause, il aurait ordonné la divulgation en application du principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23.

[65] Le commissaire adjoint a également conclu que les exceptions assujetties à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévues aux art. 14 et 19 s'appliquaient bel et bien aux documents en cause. Comme l'art. 23 ne s'applique pas aux art. 14 et 19, il a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la Loi.

b) *Les obligations de la « personne responsable » (ou ministre)*

[66] Comme nous l'avons déjà mentionné, la « personne responsable » qui prend une décision

discretion whether to order disclosure or not. This discretion is to be exercised with respect to the purpose of the exemption at issue and all other relevant interests and considerations, on the basis of the facts and circumstances of the particular case. The decision involves two steps. First, the head must determine whether the exemption applies. If it does, the head must go on to ask whether, having regard to all relevant interests, including the public interest in disclosure, disclosure should be made.

[67] The head must consider individual parts of the record, and disclose as much of the information as possible. Section 10(2) provides that where an exemption is claimed, “the head shall disclose as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions”.

(c) *The Duty of the Reviewing Commissioner*

[68] The Commissioner’s review, like the head’s exercise of discretion, involves two steps. First, the Commissioner determines whether the exemption was properly claimed. If so, the Commissioner determines whether the head’s exercise of discretion was reasonable.

[69] In IPC Order P-58/May 16, 1989, Information and Privacy Commissioner Linden explained the scope of his authority in reviewing this exercise of discretion:

In my view, the head’s exercise of discretion must be made in full appreciation of the facts of the case, and upon proper application of the applicable principles of law. It is my responsibility as Commissioner to ensure that the head has exercised the discretion he/she has under the Act. While it may be that I do not have the authority to substitute my discretion for that of the head,

en application des art. 14 et 19 de la Loi dispose du pouvoir discrétionnaire de décider d’ordonner ou non la divulgation. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé à la lumière de la fin visée par l’exception en cause ainsi que de toutes les autres considérations et de tous les autres intérêts pertinents, en tenant compte des faits et des circonstances de l’affaire dont il est question. La décision se prend en deux étapes. Premièrement, la personne responsable doit déterminer si l’exception s’applique. Le cas échéant, elle doit ensuite se demander si, compte tenu de tous les intérêts pertinents, y compris l’intérêt public à ce qu’il y ait divulgation, il devrait y avoir divulgation.

[67] La personne responsable doit examiner séparément les différentes parties des documents et divulguer le plus de renseignements possibles. Selon le par. 10(2), lorsqu’une exception est invoquée, « la personne responsable [. . .] divulgue la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer [l]es renseignements [faisant l’objet d’une exception] ».

(c) *Les obligations du commissaire qui procède à l’examen de la décision de la personne responsable*

[68] Tout comme l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable, l’examen auquel procède le commissaire comporte deux étapes. Premièrement, le commissaire décide si l’exception a été invoquée à bon droit. Le cas échéant, il détermine si la personne responsable a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement.

[69] Dans l’ordonnance P-58 de la CAIPVP, datée du 16 mai 1989, le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée Linden a expliqué la portée du pouvoir qui lui est conféré pour examiner cet exercice du pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] À mon avis, la personne responsable doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits de la cause et en appliquant comme il se doit les principes de droit pertinents. À titre de commissaire, je suis responsable de garantir que la personne responsable a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. S’il est possible que je n’aie pas le droit de substituer

I can and, in the appropriate circumstances, I will order a head to reconsider the exercise of his/her discretion if I feel it has not been done properly. I believe that it is our responsibility as the reviewing agency and mine as the administrative decision-maker to ensure that the concepts of fairness and natural justice are followed. [Emphasis added; p. 11.]

[70] Decisions of the Assistant Commissioner regarding the interpretation and application of the *FIPPA* are generally subject to review on a standard of reasonableness (see *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, at para. 3, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), at paras. 15-18; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (Ont. C.A.), at para. 3).

[71] The Commissioner may quash the decision not to disclose and return the matter for reconsideration where: the decision was made in bad faith or for an improper purpose; the decision took into account irrelevant considerations; or, the decision failed to take into account relevant considerations (see IPC Order PO-2369-F/February 22, 2005, at p. 17).

[72] In the case before us, the Commissioner concluded that since s. 23 was inapplicable to ss. 14 and 19, he was bound to uphold the Minister's decision under those sections. Had he interpreted ss. 14 and 19 as set out earlier in these reasons, he would have recognized that the Minister had a residual discretion under ss. 14 and 19 to consider all relevant matters and that it was open to him, as Commissioner, to review the Minister's exercise of his discretion.

[73] The Commissioner's interpretation of the statutory scheme led him not to review the Minister's exercise of discretion under s. 14, in

mon pouvoir discrétionnaire à celui de la personne responsable, je peux toutefois lui ordonner d'exercer à nouveau son pouvoir discrétionnaire si j'estime que cela n'a pas été fait de façon adéquate et, dans les circonstances appropriées, je vais l'ordonner. Je crois qu'il est de notre devoir, à titre d'agence chargée de révision, et de mon devoir, à titre de décideur administratif, de garantir le respect des concepts d'équité et de justice naturelle. [Nous soulignons; p. 11.]

[70] Les décisions du commissaire adjoint quant à l'interprétation et à l'application de la *LAIPVP* sont généralement sujettes à un contrôle au regard de la norme de raisonabilité (voir *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, par. 3, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), par. 15-18 ; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (C.A. Ont.), par. 3).

[71] Le commissaire peut annuler la décision de ne pas divulguer et renvoyer l'affaire pour réexamen lorsque : la décision a été prise de mauvaise foi ou était mal fondée; la décision a pris en compte des considérations non pertinentes; ou la décision a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents (voir CAIPVP Ordonnance PO-2369-F/22 février 2005, p. 17).

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le commissaire a conclu que, comme l'art. 23 ne s'appliquait pas aux art. 14 et 19, il était tenu de confirmer la décision du ministre prise en vertu de ces dispositions. S'il avait interprété les art. 14 et 19 comme il a été énoncé précédemment dans les présents motifs, il aurait constaté que le ministre avait un pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu des art. 14 et 19 de prendre en considération tous les facteurs pertinents et qu'il pouvait, à titre de commissaire, réexaminer l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire.

[73] Compte tenu de l'interprétation qu'il a faite du régime législatif, le commissaire n'a pas réexaminé, conformément aux principes relatifs au

accordance with the review principles discussed above.

[74] Without pronouncing on the propriety of the Minister's decision, we would remit the s. 14 claim under the law enforcement exemption to the Commissioner for reconsideration. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought at the very least raise concerns that should have been investigated by the Commissioner. We are satisfied that had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

[75] We view the records falling under the s. 19 solicitor-client exemption differently. Under the established rules on solicitor-client privilege, and based on the facts and interests at stake before us, it is difficult to see how these records could have been disclosed. Indeed, Major J., speaking for this Court in *McClure*, stressed the categorical nature of the privilege:

... solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis added; para. 35.]

(See also *Goodis*, at paras. 15-17, and *Blood Tribe*, at paras. 9-11.)

Accordingly, we would uphold the Commissioner's decision on the s. 19 claim.

6. Conclusion

[76] We would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the Assistant Commissioner's Order confirming the

réexamen énoncés précédemment, l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[74] Sans nous prononcer sur le bien-fondé de la décision du ministre, nous sommes d'avis de renvoyer la demande fondée sur l'exception relative à l'exécution de la loi prévue à l'art. 14 au commissaire pour réexamen. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent à tout le moins des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Nous sommes convaincues que si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[75] Nous sommes d'avis qu'il n'en va pas de même quant aux documents visés par l'exception relative au secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 19. Selon les règles établies en cette matière, et compte tenu des faits et des intérêts en cause dans la présente instance, il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués. En effet, le juge Major, s'exprimant pour la Cour dans *McClure*, a insisté sur la nature catégorique du privilège :

... le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Nous soulignons; par. 35.]

(Voir également *Goodis*, par. 15-17, et *Blood Tribe*, par. 9-11.)

En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19.

6. Conclusion

[76] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du commissaire adjoint

constitutionality of s. 23 of *FIPPA*. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* are exempted from disclosure. We would, however, order that the claim under s. 14 of the Act be returned to the Commissioner for reconsideration in light of these reasons. In accordance with the request of the parties, there will be no order for costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP*. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP* sont soustraits à la divulgation. Par contre, nous sommes d'avis de renvoyer l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la Loi au commissaire pour réexamen à la lumière des présents motifs. Conformément à la demande des parties, aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.