

A-92-20  
2020 FCA 179

A-92-20  
2020 CAF 179

**Her Majesty the Queen in right of Canada** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Chief Shane Gottfriedson, on his own behalf and on behalf of all the members of the Tk'emlúps te Secwépemc Indian Band and the Tk'emlúps te Secwépemc Indian Band, Chief Garry Feschuk, on his own behalf and on behalf of all the members of the Sechelt Indian Band and the Sechelt Indian Band, Violet Catherine Gottfriedson, Charlotte Anne Victorine Gilbert, Diena Marie Jules, Amanda Deanne Big Sorrel Horse, Darlene Matilda Bulpit, Frederick Johnson, Daphne Paul, and Rita Poulsen** (*Respondents*)

**Le Chef Shane Gottfriedson, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Bande indienne Tk'emlúps Te Secwépemc et de la Bande indienne Tk'emlúps Te Secwépemc, le Chef Garry Feschuk, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Bande indienne Sechelt et de la Bande indienne Sechelt, de même que Violet Catherine Gottfriedson, Charlotte Anne Victorine Gilbert, Diena Marie Jules, Amanda Deanne Big Sorrel Horse, Darlene Matilda Bulpit, Frederick Johnson, Daphne Paul et Rita Poulsen** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADA v. TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC FIRST NATION**

**RÉPERTORIÉ : CANADA C. PREMIÈRE NATION TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Near and Boivin J.J.A.—  
By videoconference, September 1; Ottawa, October 26,  
2020.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Near et Boivin,  
J.C.A.—Par vidéoconférence, 1<sup>er</sup> septembre; Ottawa,  
26 octobre 2020.

*Practice — Discovery — Litigation privilege — Appeal from Federal Court decision made in case management of complex class action involving individuals who attended Indian residential schools located across Canada between 1920 and 1997 — Appellant arguing that assistance which Federal Court ordering infringing its litigation privilege — Both parties using digital tools to assist in dealing with huge mass of documents involved but several issues arising — Appellant entering mass of documents into document management software, which is database where documents identified, described — Respondents (plaintiffs in case) seeking access to appellant's database to examine documents but discussions with appellant unfruitful — Thus, respondents approaching Federal Court for assistance — Federal Court ordering appellant to disclose to respondents all field names used in organization, management of its documents; rules appellant utilizing to populate fields with content — Further ordering that appellant disclose any content in its confidential affidavits pertaining to creation, organization, collection, management of its evidence database but excluding privileged content — Appellant appealing from Federal Court's order on ground infringing its litigation privilege in that orders compelling it to disclose matters which came into existence for purpose of defending this claim flowing from operation of residential schools — Whether appellant's document management*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Privilège relatif au litige — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997 — L'appelante a affirmé que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée a porté atteinte à son privilège relatif au litige — Les deux parties utilisaient des outils numériques pour les aider à traiter une masse de documents, mais plusieurs difficultés se sont posées — L'appelante a introduits cette masse de documents dans un logiciel de gestion de documents, qui consiste en une base de données dans laquelle les documents sont dotés d'un identifiant et sont décrits — Les intimés (demandeurs dans l'affaire) ont demandé l'accès à la base de données de l'appelante afin d'examiner les documents, mais les discussions avec l'appelante n'ont pas été fructueuses — Les intimés ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale — La Cour fédérale a ordonné que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et les règles que l'appelante avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu — Elle a ordonné en outre à l'appelante de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui avait trait à la création, à l'organisation,*

database protected by litigation privilege; if privileged, whether Federal Court nonetheless could sever portions of documents after engaging in balancing exercise to order partial disclosure notwithstanding appellant's litigation privilege — Federal Courts Rules, r. 228 setting out obligation to produce relevant documents for inspection, etc.; however, specifically excluding privileged documents from its scope — Database assembled, stored on computer is document within meaning of rule 222; must be disclosed, produced unless excluded — Non-compellability of privileged documents not consequence of rule 228 but of law as to solicitor-client/litigation privilege — Party attempting to defeat litigation privilege must identify exceptions thereto — Exceptions to solicitor-client privilege, i.e. legal advice privilege, also applying to litigation privilege — Once Federal Court determined that appellant's document management database protected by litigation privilege, onus on respondents to establish existence of exception to privilege applied to whole of document database — This was not done nor could it have been since, on facts of case, none of exceptions to litigation privilege arising herein — Thus, appellant's document management database privileged document whose disclosure could not be compelled since not coming within any exceptions — Therefore, Federal Court could not have ordered its disclosure, production in entirety — Legal privilege rule of substantive law, which cannot be modified by rules of procedure — Here, Federal Court's order subordinating appellant's substantive right to litigation privilege to procedural rules, practice principles, which was error — Rule 4 allowing Federal Courts to deal with gap in Rules — However, given that litigation privilege question of substantive law, rule 4 of no assistance in this case since questions of litigation privilege not procedural matters — Therefore, Federal Court erring in law in ordering production of portions of document that was covered by litigation privilege in absence of legal justification for doing so — Appeal allowed.

à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé — L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle portait atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligeaient à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause découlant de l'exploitation des pensionnats — Il s'agissait de savoir si la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige et, si elle était privilégiée, si la Cour fédérale pouvait néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de l'appelante relatif au litige — La règle 228 des Règles des Cours fédérales énonce l'obligation de produire les documents pertinents pour inspection, etc., mais elle exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application — Une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de la règle 222 et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite — Le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige — Une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception à celui-ci — Les exceptions au secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s'appliquent également au privilège relatif au litige — Une fois que la Cour fédérale a constaté que la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux intimés d'établir l'existence d'une exception au privilège appliqué à l'ensemble de la base de données de documents — Cela n'a pas été fait et n'aurait pas pu l'être puisque, compte tenu des faits de l'espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n'existait — Par conséquent, la base de données de gestion des documents de l'appelante était un document privilégié dont la divulgation ne pouvait être imposée, puisqu'il ne relevait d'aucune exception — Ainsi, la Cour fédérale n'aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité — Le privilège juridique est une règle de fond qui ne peut être modifiée par les règles de procédure — En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de l'appelante au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique, et il s'agissait d'une erreur — La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles — Toutefois, étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'était d'aucune utilité en l'espèce, puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure — Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui était couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court made in the course of case management of a complex class action involving individuals who attended Indian residential schools as day students. The appellant argued that the assistance which the Federal Court ordered infringed its litigation privilege.

The claim arose from the operation of some 140 residential schools located across Canada between 1920 and 1997. Discovery of documents in an action of this scope is not a trivial undertaking. At that point, the appellant had disclosed approximately 50 000 documents in electronic form and was currently reviewing a further 82 000 for relevance and privilege. Both parties were using digital tools to assist them in dealing with this mass of paper. The difficulty was that the plaintiffs (respondents on appeal) could not search many of the documents disclosed to date using optical character recognition (OCR) software because the electronic copies of those documents were of poor quality. The appellant reviewed the documents at various times and for various purposes. It entered them into document management software. Given the volume of documents disclosed, the plaintiffs had an interest in being able to search them digitally and, presumably, to establish their own database to manage this mass of documents. But since many of the documents do not lend themselves to OCR, the plaintiffs would have to read the documents themselves and enter the relevant information in their database. As a result, the plaintiffs contacted the appellant asking for disclosure of its database to allow them to zero in on those documents, which would assist them in making their case. These discussions were largely unfruitful so the plaintiffs approached the Federal Court for assistance.

The Federal Court ordered the appellant to disclose to the respondents all of the field names it had used in the organization and management of its documents in this case and essentially the rules that the appellant utilized to populate those fields with content. It further ordered the appellant to disclose any content in its confidential affidavits that pertained to the creation, organization, collection and management of its evidence database but excluding privileged content in the form of legal advice or the opinions, observations or strategy of its counsel. The appellant appealed from the Federal Court's order on the ground that it infringed its litigation privilege in that the orders compelled it to disclose matters which came into existence for the purpose of defending this claim and others flowing from the operation of residential schools.

The issues were whether the appellant's document management database was protected by litigation privilege and, if

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens comme externes. L'appelante a affirmé que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée a porté atteinte à son privilège relatif au litige.

La demande découlait de l'exploitation de quelque 140 pensionnats situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997. La communication de documents dans une action de cette envergure n'est pas une entreprise anodine. À ce moment-là, l'appelante avait divulgué environ 50 000 documents sous forme électronique et en examinait alors 82 000 autres pour en déterminer la pertinence et le privilège. Les deux parties utilisaient des outils numériques pour les aider à traiter cette masse de documents. La difficulté était que les demandeurs (les intimés en appel) ne pouvaient pas rechercher un grand nombre des documents divulgués jusqu'alors en utilisant un logiciel de reconnaissance optique de caractères (ROC) parce que les copies électroniques de ces documents étaient de mauvaise qualité. L'appelante a examiné les documents à divers moments et pour diverses raisons. Elle les a introduits dans un logiciel de gestion de documents. Étant donné le volume des documents divulgués, les demandeurs avaient intérêt à pouvoir les consulter sous forme numérique et, vraisemblablement, à établir leur propre base de données pour gérer cette masse de documents. Mais comme beaucoup de documents ne se prêtent pas à la ROC, les demandeurs devaient lire eux-mêmes les documents et saisir les renseignements pertinents dans leur base de données. En conséquence, les demandeurs ont pris contact avec l'appelante pour lui demander de divulguer sa base de données afin de leur permettre de se concentrer sur les documents particuliers de cette masse de documents qui les aideraient à faire valoir leur point de vue. Ces discussions n'ont pas été fructueuses, et les demandeurs ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale.

La Cour fédérale a ordonné que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents dans la présente affaire et, essentiellement, les règles que l'appelante avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu. Elle a ordonné en outre à l'appelante de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui avait trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé sous la forme de conseils juridiques, ou les opinions, les observations ou la stratégie de ses avocats. L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle portait atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligeaient à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause et d'autres questions découlant de l'exploitation des pensionnats.

Il s'agissait de savoir si la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège

privileged, whether the Federal Court nonetheless could sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the appellant's litigation privilege.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court considered that the problem before it was not what had to be produced but rather how it had to be produced. Rule 228 of the *Federal Courts Rules* sets out the obligation to produce relevant documents for inspection, etc. A database assembled and stored on a computer is a document within the meaning of rule 222 and, unless otherwise excluded, must be disclosed and produced. Rule 228 specifically excludes privileged documents from its scope. That said, the non-compellability of privileged documents is not a consequence of rule 228 but of the law as to solicitor-client/litigation privilege. Given the appellant's claim of privilege, the Federal Court addressed the status of the database. It noted that there was no risk that the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with readable content would create a risk that solicitor-client communications would be disclosed. The order the Federal Court made implicitly held that, within a document for which litigation privilege is claimed, steps taken to assist in the management of documents in the course of the litigation can be severed from the parts of a document dealing with strategy, advice, observations or opinions and that such parts could be disclosed notwithstanding the existence of litigation privilege. A party attempting to defeat litigation privilege must identify an exception to litigation privilege and not simply urge the Court to engage in a balancing exercise on a case-by-case basis. The exceptions to solicitor-client privilege, i.e. legal advice privilege, also apply to litigation privilege and include public safety, innocence of the accused and criminal communications. Once it was found that the appellant's document management database was protected by litigation privilege, the onus was on the respondents to establish the existence of an exception to the privilege as applied to the whole of the document database. This was not done nor could it have been since, on the facts of this case, none of the exceptions to litigation privilege arose. As a result, the appellant's document management database was a privileged document whose disclosure could not be compelled since it did not come within one of the exceptions. Thus, the Federal Court could not have ordered its disclosure and production in its entirety.

relatif au litige et, si elle était privilégiée, si la Cour fédérale pouvait néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de l'appelante relatif au litige.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a estimé que le problème qui se posait n'était pas de savoir quels documents devaient être produits, mais plutôt la façon dont ils devaient l'être. La règle 228 des *Règles des Cours fédérales* énonce l'obligation de produire les documents pertinents pour inspection, etc. En conséquence, une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de la règle 222 et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite. La règle 228 exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application. Cela dit, le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige. Compte tenu de la revendication d'un privilège de l'appelante, la Cour fédérale s'est penchée sur le statut de la base de données. Elle a observé qu'il n'y avait aucun risque que la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible crée un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. La Cour fédérale a implicitement conclu en rendant son ordonnance qu'à l'intérieur même d'un document pour lequel le privilège relatif au litige est revendiqué, les mesures prises pour aider à la gestion des documents au cours du litige peuvent être dissociées de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions et que les documents de cette dernière catégorie pouvaient être divulgués malgré l'existence du privilège relatif au litige. Une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception au privilège relatif au litige et ne pas simplement demander à la Cour de s'engager dans un exercice de pondération au cas par cas. Les exceptions au secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s'appliquent également au privilège relatif au litige et concernent la sécurité publique, l'innocence de l'accusé et les communications de nature criminelle. Une fois qu'il a été constaté que la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux intimés d'établir l'existence d'une exception au privilège appliqué à l'ensemble de la base de données de documents. Cela n'a pas été fait et n'aurait pas pu l'être puisque, compte tenu des faits de l'espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n'existait. Par conséquent, la base de données de gestion des documents de l'appelante était un document privilégié dont la divulgation ne pouvait être imposée puisqu'il ne relevait pas de l'une des exceptions mentionnées. Ainsi, la Cour fédérale n'aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité.

The Supreme Court has recognized that legal privilege (legal advice privilege or litigation privilege) has gone from being a rule of evidence to a rule of substantive law. This means that the appellant has a substantive right to assert its litigation privilege and to have it respected. The Federal Court relied on principles of economy, fairness and proportionality as well as rule 3 to justify its decision. Substantive law cannot be modified by rules of procedure. In this case, the Federal Court's order subordinated the appellant's substantive right to litigation privilege to procedural rules and practice principles and this was an error. Rule 3 (which directs that the Rules be applied to achieve the least expensive determination of litigation), to which the Federal Court made reference, applies to the interpretation of the Rules. It does not modify legal principles, which arise independently of the Rules. Rule 4 allows the Federal Courts to deal with a gap in the Rules by analogy from the rules of procedure or practice in the province with the closest connection with the action. Given that litigation privilege is a question of substantive law, rule 4 is of no assistance in this case since questions of litigation privilege are not procedural matters. The Federal Court erred in proceeding as it did.

Therefore, the Federal Court erred in law in ordering the production of portions of a document that was covered by litigation privilege in the absence of a legal justification for doing so. This was an error justifying intervention.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 23, 25.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 3, 4, 222, 223, 228.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 10(2), 19.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The)*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, ss. 8, 22.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521.

La Cour suprême a reconnu que le privilège juridique (le privilège de la consultation juridique ou le privilège relatif au litige) est passé de règle de preuve à règle de fond. Cela signifie que l'appelante a un droit fondamental de faire valoir son privilège relatif au litige et de le faire respecter. La Cour fédérale s'est appuyée sur les principes d'économie, d'équité et de proportionnalité ainsi que la règle 3 pour justifier sa décision. Le droit substantiel ne peut être modifié par les règles de procédure. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de l'appelante au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique, et il s'agissait d'une erreur. La règle 3 (qui dispose que les Règles doivent être appliquées de manière à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus économique possible), à laquelle la Cour fédérale a fait référence, s'applique à l'interprétation des Règles. Elle ne modifie pas les règles de droit qui existent indépendamment des Règles. La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles par analogie avec les règles de procédure ou la pratique en vigueur dans la province qui est la plus pertinente par rapport au litige. Étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'était d'aucune utilité en l'espèce, puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure. La Cour fédérale a commis une erreur en procédant comme elle l'a fait.

Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui était couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique. Il s'agissait d'une erreur justifiant une intervention.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The)*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 8, 22.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23, 25.  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 10(2), 19.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 3, 4, 222, 223, 228.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521.

## CONSIDERED:

*Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124; *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. No. 3723 (QL) (Sup. Ct.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. No. 3291 (QL) (C.A.); *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 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; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666.

## AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council's, *National Model Practice Direction for the Use of Technology in Civil Litigation*, online: <[https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/JTAC%20National%20Model%20Practic\(1\).pdf](https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/JTAC%20National%20Model%20Practic(1).pdf)>

APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 399) made in the case management of a complex class action ordering the appellant to disclose to the respondents all of the field names it had used in the organization and management of its documents and the rules the appellant utilized to populate those fields with content. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Charmaine De Los Reyes, Andrea Gatti and Brett Love* for appellant.  
*John Kingman Phillips and W. Cory Wanless* for respondents.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124; *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. n° 3723 (QL) (C. sup.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. n° 3291 (QL) (C.A.); *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 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; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

## DOCTRINE CITÉE

Conseil canadien de la magistrature, *Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils*, en ligne : <<https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Modelenationapourlutil.pdf>>

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2020 CF 399) rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe, ordonnant que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et les règles qu'elle avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Charmaine De Los Reyes, Andrea Gatti et Brett Love* pour l'appelante.  
*John Kingman Phillips et W. Cory Wanless* pour les intimés.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Waddell Phillips Professional Corporation*,  
Toronto, for respondents.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PELLETIER J.A.:

I. Introduction

[1] This is an appeal from the decision of the Federal Court made in the course of case management of a complex class action involving individuals who attended Indian residential schools as day students. The Federal Court's decision is reported as *Gottfriedson v. Canada*, 2020 FC 399 (the Decision).

[2] The case management Judge framed the issue before him as “a dispute about the extent to which a document producing party may be compelled to assist the receiving party to more efficiently search a voluminous and optically unreadable record with due regard to protecting solicitor-client and litigation privilege”: Decision, at paragraph 7. This appeal comes to this Court because Her Majesty the Queen (the Crown) says that the assistance which the Federal Court ordered infringes its litigation privilege.

[3] The claim arises from the operation of some 140 residential schools located across Canada between 1920 and 1997. As can be imagined, discovery of documents in an action of this scope is not a trivial undertaking. To date, the Crown has disclosed approximately 50 000 documents in electronic form and is currently reviewing a further 82 000 for relevance and privilege.

[4] Both parties are using digital tools to assist them in dealing with this mass of paper. The difficulty is that the plaintiffs (respondents in this Court) cannot search many

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Waddell Phillips Professional Corporation*,  
Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens comme externes. La décision de la Cour fédérale est publiée sous l'intitulé *Gottfriedson c. Canada*, 2020 CF 399 (la décision).

[2] Le juge chargé de la gestion de l'instance a défini la question dont il était saisi comme étant « un différend portant sur la mesure dans laquelle une partie qui produit un document peut être tenue d'aider la partie destinataire à faire des recherches plus efficacement dans un document volumineux et illisible en reconnaissance optique, tout en assurant la protection du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige » : décision, au paragraphe 7. Le présent appel est interjeté devant la Cour parce que Sa Majesté la Reine (la Couronne) affirme que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée porte atteinte à son privilège relatif au litige.

[3] La demande découle de l'exploitation de quelque 140 pensionnats situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997. Comme on peut l'imaginer, la communication de documents dans une action de cette envergure n'est pas une entreprise anodine. À ce jour, la Couronne a divulgué environ 50 000 documents sous forme électronique et en examine actuellement 82 000 autres pour en déterminer la pertinence et le privilège.

[4] Les deux parties utilisent des outils numériques pour les aider à traiter cette masse de documents. La difficulté est que les demandeurs (les intimés devant la Cour)

of the documents disclosed to date using optical character recognition (OCR) software because the electronic copies of those documents are of poor quality, presumably because the original documents are also of poor quality.

[5] The Crown, for its part, has reviewed the documents at various times and for various purposes, as this is not the first time the question of residential schools has come up. It has entered them into document management software which is essentially a database in which documents are given a unique identifier and then described in various ways so as to permit searches of the database and, by extension, the documents. Such a database normally contains fields such as document type, author, recipient, and date. This enables counsel to search the entire database for all documents which, for example, a particular author sent to a particular recipient during a given date range. The unique identifier then allows the original documents to be reviewed. Other fields may contain other information of use to counsel such as short descriptions of the contents of documents, or keywords which identify other characteristics of the documents. All of this must be entered into the database in some way so that it can then be searched.

[6] Given the volume of documents disclosed, the plaintiffs have an interest in being able to search them digitally and, presumably, to establish their own database to manage this mass of documents. But since many of the documents do not lend themselves to OCR, the plaintiffs will have to read the documents themselves and to enter the relevant information in their database, an expensive and time-consuming process. As a result, the plaintiffs have been in touch with the Crown asking for disclosure of its database so as to allow them to zero in on those documents in this mass of documents which would assist them in making their case. These discussions were largely unfruitful so the plaintiffs approached the Federal Court for assistance.

ne peuvent pas rechercher un grand nombre des documents divulgués à ce jour en utilisant un logiciel de reconnaissance optique de caractères (ROC) parce que les copies électroniques de ces documents sont de mauvaise qualité, probablement parce que les documents originaux sont également de mauvaise qualité.

[5] La Couronne, pour sa part, a examiné les documents à divers moments et pour diverses raisons, car ce n'est pas la première fois que la question des pensionnats est soulevée. Elle les a introduits dans un logiciel de gestion de documents qui consiste essentiellement en une base de données dans laquelle les documents sont dotés d'un identifiant unique et sont ensuite décrits de diverses manières afin de permettre des recherches dans la base de données et, par extension, dans les documents. Une telle base de données contient normalement des champs tels que le type de document, l'auteur, le destinataire et la date. Cela permet aux avocats de rechercher dans l'ensemble de la base de données tous les documents qu'un auteur particulier a envoyés à un destinataire particulier pendant une période donnée. L'identifiant unique permet ensuite d'examiner les documents originaux. D'autres champs peuvent contenir d'autres renseignements qui peuvent être utiles aux avocats, tels que de courtes descriptions du contenu des documents ou des mots-clés qui révèlent d'autres caractéristiques des documents. Ces descriptions et mots-clés doivent être saisis dans la base de données d'une manière ou d'une autre pour pouvoir ensuite faire l'objet d'une recherche.

[6] Étant donné le volume des documents divulgués, les demandeurs ont intérêt à pouvoir les consulter sous forme numérique et, vraisemblablement, à établir leur propre base de données pour gérer cette masse de documents. Mais comme beaucoup de documents ne se prêtent pas à la ROC, les demandeurs devront lire eux-mêmes les documents et saisir les renseignements pertinents dans leur base de données, un processus long et coûteux. En conséquence, les demandeurs ont pris contact avec la Couronne pour lui demander de divulguer sa base de données afin de leur permettre de se concentrer sur les documents particuliers de cette masse de documents qui les aideraient à faire valoir leur point de vue. Ces discussions n'ont pas été fructueuses, et les demandeurs ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale.



[7] The Federal Court made the following orders:

THIS COURT ORDERS that Canada shall forthwith disclose to the Plaintiffs all of the field names it has used in the organization and management of its documents in this case and, to the extent that they are known or knowable, the rules that Canada utilized to populate those fields with content.

THIS COURT FURTHER ORDERS Canada to disclose any content in its confidential affidavits that pertains to the creation, organization, collection and management of its evidence database but excluding privileged content in the form of legal advice or the opinions, observations or strategy of its counsel.

[8] The Crown appeals from the Federal Court's order on the ground that it infringes its litigation privilege in that the orders compel it to disclose matters which came into existence for the purpose of defending this claim and others flowing from the operation of residential schools. The plaintiffs rely on the standard of review and argue that the Federal Court's order is a "real world solution to a real world problem".

[9] For the reasons which follow, I would allow the appeal.

## II. The decision under appeal

[10] The Federal Court began its reasons by noting that the plaintiffs initially sought "an Order compelling Canada to produce, as a supplement to its documentary productions, its associated database fields and field content" on the basis that they needed this information to effectively and efficiently search and organize the documents in this case: Decision, at paragraph 2. However, at the case management conference, the plaintiffs limited their demand to the names of the fields in the Crown's database.

[7] La Cour fédérale a rendu les ordonnances suivantes :

LA COUR ORDONNE que le Canada divulgue immédiatement aux demandeurs tous les noms de champs qu'il a utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents dans la présente affaire ainsi que, dans la mesure où elles sont connues ou susceptibles de l'être, les règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu.

LA COUR ORDONNE EN OUTRE au Canada de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui a trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé sous la forme de conseils juridiques, ou les opinions, les observations ou la stratégie de ses avocats.

[8] La Couronne interjette appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle porte atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligent à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause et d'autres questions découlant de l'exploitation des pensionnats. Les demandeurs s'appuient sur la norme de contrôle et font valoir que l'ordonnance de la Cour fédérale est une [TRADUCTION] « solution réelle à un problème réel ».

[9] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

## II. Décision en appel

[10] La Cour fédérale a commencé ses motifs en notant que les demandeurs avaient initialement demandé « une ordonnance obligeant le Canada à produire, en complément de ses productions documentaires, les champs des bases de données connexes et le contenu des champs » au motif qu'ils avaient besoin de ces renseignements pour soumettre à des recherches et organiser, de manière efficace et efficiente, les documents de l'espèce : décision, au paragraphe 2. Cependant, lors de la conférence de gestion d'instance, les demandeurs ont limité leur demande aux noms des champs de la base de données de la Couronne.

[11] The Court disagreed with the plaintiffs' contention that their motion was to be decided under rules 222 and 223 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) dealing with discovery of documents. As noted earlier, the Court found that the dispute was not about which documents had to be disclosed or the form of that disclosure but rather the extent to which a disclosing party was required to assist a receiving party to deal with documents which cannot be read electronically.

[12] The Court noted that the Crown had, over the course of many years, reviewed the documents which are now subject to disclosure to the plaintiffs for litigation and document management purposes. As documents were reviewed, they were "coded" under various fields so as to enable subsequent searches. In this context, I take "coded" to mean that information which was responsive to the field name was entered in that field for that document.

[13] The Court observed that documents were not coded for solicitor-client or litigation privilege which, I assume, means that there was no field in which the reviewers could or should indicate that all or part of a document was subject to either solicitor-client (i.e. legal advice) privilege or litigation privilege. As a result, allowing the plaintiffs unrestricted access to all of the fields or their content in the Crown's database creates a risk of disclosure of privileged information. This could occur if the field contains privileged information without disclosing its status, or if the document referred to in that field is itself privileged.

[14] The Court commented that the plaintiffs' scaled down request (field names and rules used to populate those fields) would, by their reckoning, allow them to better understand the Crown's document management system so as to be more selective about the documents that are likely to be the most important to the prosecution of their claims. The Court reasoned that if there were a few fields

[11] La Cour a rejeté l'affirmation des demandeurs selon laquelle leur requête devait être tranchée aux termes des règles 222 et 223 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) traitant de la communication des documents. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Cour a estimé que le litige ne portait pas sur les documents qui devaient être divulgués ou sur la forme de cette divulgation, mais plutôt sur la mesure dans laquelle une partie divulgatrice était tenue d'aider une partie destinataire à traiter des documents qui ne peuvent être lus par voie électronique.

[12] La Cour a noté que la Couronne avait, pendant de nombreuses années, examiné les documents qui font maintenant l'objet d'une divulgation aux demandeurs aux fins de la conduite du litige et de la gestion de documents. Au fur et à mesure que les documents étaient examinés, ils ont été « codés » sous des noms de champs différents afin de permettre des recherches ultérieures. Dans ce contexte, je considère que par « codé », on entend les renseignements qui répondaient au nom de champ et qui ont été saisis dans ce champ pour ce document.

[13] La Cour a observé que les documents n'étaient pas codés pour le secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige, ce qui, je suppose, signifie qu'il n'y avait pas de champ dans lequel les examinateurs pouvaient ou devaient indiquer que la totalité ou une partie d'un document était assujettie au secret professionnel de l'avocat (c'est-à-dire au privilège de la consultation juridique) ou au privilège relatif au litige. Par conséquent, le fait de permettre aux demandeurs d'accéder sans restriction à tous les champs ou à leur contenu dans la base de données de la Couronne crée un risque de divulgation de renseignements privilégiés. Cela pourrait se produire si le champ contient des renseignements privilégiés sans en divulguer le statut, ou si le document auquel il est fait référence dans ce champ est lui-même privilégié.

[14] La Cour a indiqué que la demande réduite des demandeurs (noms des champs et règles utilisées pour remplir ces champs) leur permettrait, à leur avis, de mieux comprendre le système de gestion des documents de la Couronne afin d'être plus sélectifs quant aux documents susceptibles d'être les plus importants pour la poursuite de leur litige. La Cour a estimé que si certains champs

that would be expected to identify highly relevant documents, “Canada may be able to identify for the Plaintiffs those original documents without ever disclosing the related field content”: Decision, at paragraph 10.

[15] The Court went on to say that there were no rules that applied to the relief the plaintiffs were seeking, the need for which arises from voluminous document production that is mainly unreadable by OCR. The Court referred to the Canadian Judicial Council’s *National Model Practice Direction for the Use of Technology in Civil Litigation* as well as some jurisprudence from the courts of Ontario and British Columbia. The Court cited *Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 1705 B.C.L.R. (4th) 124 (*Bronson*), a case dealing with a large disorganized documentary production in which the Court granted an order requiring the disclosing party to organize the documents chronologically and to distinguish between originals and copies.

[16] The Court also cited and quoted from *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. No. 3723 (QL) (Sup. Ct.) (*Wilson*) in which the Ontario Superior Court noted an earlier order it made requiring the disclosing party to share the objective fields of its electronic database relating to its production. It went on to say that it was implicit to an affidavit as to documents that a defendant gives meaningful access to its documents through its electronic database when it has been prepared by that defendant. The Ontario Superior Court further stated that the production of documents implies meaningful access to those documents through an electronic database at least when the database has already been prepared by the defendant for its own purposes.

[17] The Federal Court observed that there was no evidence that the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with searchable content will create a risk that solicitor-client communications will be disclosed. The Court noted the Crown’s objection that the disclosure being sought would compromise its

devaient permettre d’identifier des documents très pertinents, « le Canada pourrait être en mesure d’identifier pour les demandeurs ces documents originaux sans jamais divulguer le contenu connexe des champs » : décision, au paragraphe 10.

[15] La Cour a poursuivi en affirmant qu’il n’y avait pas de règles applicables à la réparation sollicitée par les demandeurs, dont la nécessité découle de la production de documents volumineux qui sont principalement illisibles par ROC. La Cour a renvoyé au *Modèle national de règles de pratique pour l’utilisation de la technologie dans les litiges civils* du Conseil canadien de la magistrature ainsi qu’à une certaine jurisprudence des tribunaux de l’Ontario et de la Colombie-Britannique. La Cour a cité l’arrêt *Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 1705 B.C.L.R. (4th) 124 (arrêt *Bronson*), un litige portant sur une production documentaire désorganisée de grande envergure dans lequel la Cour a rendu une ordonnance exigeant que la partie divulgatrice réorganise les documents chronologiquement et distingue les originaux des copies.

[16] La Cour a également cité la décision *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. n° 3723 (QL) (C. sup.) (décision *Wilson*), dans laquelle la Cour supérieure de l’Ontario a noté une ordonnance antérieure qu’elle avait rendue et qui exigeait que la partie divulgatrice fasse partager les champs objectifs de sa base de données électronique relatifs à sa production. Elle a poursuivi en disant qu’il était sous-entendu dans un affidavit relatif à des documents qu’un défendeur donne un accès significatif à ses documents par l’intermédiaire de sa base de données électronique lorsqu’il en a préparé une. La Cour supérieure de l’Ontario a en outre déclaré que la production de documents suppose un accès utile à ces documents au moyen d’une base de données électronique, à tout le moins lorsque la base de données a déjà été préparée par le défendeur à ses propres fins.

[17] La Cour fédérale a mentionné que rien ne lui permettait de croire que la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible créerait un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. La Cour a pris note de l’objection de la

litigation privilege and that the choice of field names reflects its litigation strategy.

[18] The Court accepted that some field content could fall within the Crown's litigation privilege or contain solicitor-client privilege but did not accept that the mere disclosure of field names or the rules applied to populate those fields fell within Canada's claim to litigation privilege. It reasoned that this was purely factual information that could assist the plaintiffs to better understand how Canada's documents have been organized and categorized. Such disclosure would not impose any undue burden on the Crown or compromise its litigation interests: Decision, at paragraph 17.

[19] The Court acknowledged that the information which the Crown sought to protect could be, in whole or in part, the work product of counsel and created in anticipation of litigation but observed that it was not in the nature of "strategy, advice, observations or opinions": Decision, at paragraph 19. According to the Court, the purpose of the database was to facilitate counsel's efficient management and retrieval of documents.

[20] The Court then turned to the basis upon which it might order this kind of production in the absence of express authority in the Rules. It found that considerations of economy, fairness and proportionality had to be kept in mind. The Court referred to rule 3 which directs that the Rules be applied to achieve the least expensive determination of litigation and to the Court's Notice to the Profession on proportionality which requires litigants in case-managed proceedings to act cooperatively at all stages of an action and particularly, where discovery is concerned.

[21] With these factors in mind, the Court made the order quoted above. The second paragraph of that order, dealing with the creation, organization, collection and management

Couronne selon laquelle la divulgation demandée compromettrait son privilège relatif au litige et que le choix des noms de champs reflète sa stratégie à l'égard du litige.

[18] La Cour a accepté qu'un certain contenu de champs puisse relever du privilège de la Couronne relatif au litige ou contenir des communications entre un avocat et son client, mais n'a pas accepté que la simple divulgation des noms des champs ou des règles appliquées pour remplir ces champs avec du contenu relevait du privilège relatif au litige du Canada. Elle a estimé qu'il s'agissait de renseignements purement factuels qui pourraient aider les demandeurs à mieux comprendre comment les documents du Canada ont été organisés et catégorisés. La communication de ces renseignements n'imposerait pas un fardeau indu à la Couronne et ne mettrait pas en péril ses intérêts dans le litige : décision, au paragraphe 17.

[19] La Cour a reconnu que les renseignements que le Canada cherche à protéger pouvaient être, en tout ou en partie, le produit du travail d'un avocat et avoir été créés en prévision d'un litige. Néanmoins, elle a fait observer qu'ils ne relèvent pas « de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions » : décision, au paragraphe 19. Selon la Cour, l'objectif de la base de données était de faciliter la gestion efficace et l'extraction de documents par les avocats.

[20] La Cour s'est ensuite penchée sur le fondement sur lequel elle pourrait ordonner ce type de production en l'absence d'une autorisation expresse dans les Règles. Elle a estimé qu'il fallait garder à l'esprit les principes de l'économie, de l'équité et de la proportionnalité. La Cour a renvoyé à la règle 3, qui dispose que les Règles doivent être appliquées de manière à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus économique possible, et à son avis à la profession concernant la proportionnalité, qui exige que les plaideurs dans les affaires assujetties à la procédure de gestion de l'instance coopèrent à toutes les étapes d'une action, et en particulier à celle de l'interrogatoire préalable.

[21] Compte tenu de ces facteurs, la Cour a rendu l'ordonnance citée ci-dessus. Le deuxième paragraphe de cette ordonnance, qui concerne la création, l'organisation,

of its database, was made as a result of the Court's determination that disclosure of this type of information would not be a breach of litigation or solicitor-client privilege. This issue had not previously been raised in the plaintiffs' written pleadings.

### III. Statement of Issues

[22] In its memorandum of fact and law, the Crown identifies five issues arising from the Federal Court's decision, four of which turn on or around the question of litigation privilege. The fifth issue turns on the procedural fairness of the Court's inclusion of the rules used to populate the various fields in the Crown's database in the information to be supplied to the plaintiffs. Given my conclusions on the issue of litigation privilege, it will not be necessary to address this issue.

[23] The plaintiffs argue that the issue is the standard of review which, considering the wide berth given to case management judges, militates in favour of dismissing the appeal.

[24] In my view, the issues in this appeal are the application of the law as to litigation privilege to the facts of this case. This can be broken down into two questions:

- A. Is the Crown's document management database protected by litigation privilege?
- B. If privileged, can the Court nonetheless sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the Crown's litigation privilege?

### IV. Analysis

[25] The order under appeal was made by a Federal Court sitting in case management. Like most such orders, it embodies a discretionary decision. A five-judge panel

la collecte et la gestion de sa base de données, a été rédigé à la suite de la détermination de la Cour selon laquelle la divulgation de ce type de renseignements ne constituerait pas une violation du privilège relatif au litige ou du secret professionnel de l'avocat. Cette question n'avait pas été soulevée auparavant dans les actes de procédure écrits des demandeurs.

### III. Énoncé des questions en litige

[22] Dans son mémoire des faits et du droit, la Couronne soulève cinq questions découlant de la décision de la Cour fédérale, dont quatre concernent la question du privilège relatif au litige. La cinquième question porte sur l'équité procédurale de l'inclusion par la Cour des règles appliquées pour remplir les différents champs de la base de données de la Couronne parmi les renseignements à fournir aux demandeurs. Compte tenu de mes conclusions sur la question du privilège relatif au litige, il ne sera pas nécessaire d'aborder cette question.

[23] Les demandeurs font valoir que la question en litige porte sur la norme de contrôle applicable qui, compte tenu de la large place accordée aux juges chargés de la gestion de l'instance, milite en faveur du rejet de l'appel.

[24] À mon avis, la question en litige dans le présent appel est l'application du droit concernant le privilège relatif au litige aux faits de la présente affaire. Cette question peut être divisée en deux :

- A. La base de données de gestion des documents de la Couronne est-elle protégée par le privilège relatif au litige?
- B. Si elle est privilégiée, la Cour peut-elle néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de la Couronne relatif au litige?

### IV. Discussion

[25] L'ordonnance faisant l'objet de l'appel a été rendue par une Cour fédérale siégeant en gestion de l'instance. Comme la plupart des ordonnances de ce type, il

of this Court dealt with the standard of review of such decisions in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331 in which it was held at paragraph 72 that the standard of review articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 should be applied in appeals from discretionary decisions of motions judges: correctness for error of law and palpable and overriding error for errors of fact or mixed fact and law (except for extricable errors of law).

[26] While the question of whether a given document is privileged would normally be a question of mixed fact and law and therefore entitled to deference, the question of the legal consequences of such a finding is an extricable question of law, which is reviewed on the standard of correctness.

*A. Is the Crown's document management database protected by litigation privilege?*

[27] The Federal Court considered that the problem before it was not what had to be produced but rather how it had to be produced: Decision, at paragraph 7. The obligation to disclose relevant documents in rule 223 is the foundation for the obligation to produce those documents for inspection and for the obligation to provide copies found in rule 228. There is an expanded definition of "document" in subsection 222(1) which provides as follows:

**Definition of document**

**222 (1)** ... **document** includes an audio recording, a video recording, a film, a photograph, a chart, a graph, a map, a plan, a survey and a book of account, as well as data that is recorded or stored in any medium in or by a computer system or other similar device and that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device.

s'agit d'une décision discrétionnaire. Une formation de cinq juges de la Cour a examiné les critères de contrôle de ce type de décision dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, dans lequel il a été jugé, au paragraphe 72, que la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 devrait être appliquée dans les appels interjetés à l'encontre de décisions discrétionnaires des juges des requêtes : la norme de la décision correcte pour les erreurs de droit et la norme de l'erreur manifeste et dominante pour les erreurs de fait ou les erreurs de fait et de droit (sauf pour les erreurs de droit isolables).

[26] Alors que la question de savoir si un document donné est privilégié est normalement une question de fait et de droit et, par conséquent, commande la déférence, la question des conséquences juridiques d'une telle conclusion est une question de droit isolable, qui est examinée selon la norme de la décision correcte.

*A. La base de données de gestion des documents de la Couronne est-elle protégée par le privilège relatif au litige?*

[27] La Cour fédérale a estimé que le problème qui se posait n'était pas de savoir quels documents devaient être produits, mais plutôt la façon dont ils devaient l'être : décision, au paragraphe 7. L'obligation de divulguer les documents pertinents prévue à la règle 223 est le fondement de l'obligation de produire ces documents pour inspection et de l'obligation de fournir des copies prévue à la règle 228. Il existe une définition élargie du terme « document » au paragraphe 222(1) des Règles qui dispose ce qui suit :

**Définition de document**

**222 (1)** [...] **document** s'entend notamment d'un enregistrement sonore, d'un enregistrement vidéo, d'un film, d'une photographie, d'un diagramme, d'un graphique, d'une carte, d'un plan, d'un relevé, d'un registre comptable et de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif.

[28] As a result, a database assembled and stored on a computer is a document within the meaning of the rule and, unless otherwise excluded, must be disclosed and produced.

[29] Rule 228 specifically excludes privileged documents from its scope. That said, the non-compellability of privileged documents is not a consequence of rule 228 but of the law as to solicitor-client/litigation privilege. Since the plaintiffs were asking for a document (or portions of a document) in the Crown's hands for which privilege was claimed, there was, with respect, a question of what had to be produced.

[30] Given the Crown's claim of privilege, the Federal Court addressed the status of the database. It appeared to distinguish between the structure of the database (the field names) and the "rules" for populating those fields, on one hand, and the entries made in those fields, on the other. At paragraph 16 of its reasons, the Court noted that there was no risk that "the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with readable content will create a risk that solicitor-client communications will be disclosed." Later, at paragraph 17, the Court accepted that "some field content may fall within Canada's litigation privilege or contain solicitor-client communications" while restating its conclusion that the disclosure of purely factual information such as field names and the "rules" for populating those fields would not compromise the Crown's litigation privilege.

[31] The Court concluded this part of its analysis at paragraph 19 by noting that:

The information Canada seeks to protect may be, in whole or in part, the work product of counsel and created in anticipation of litigation. Nevertheless, it is not obviously in the nature of strategy, advice, observations or opinions. Rather, its purpose was to facilitate the efficient management and retrieval of documents by Canada and its counsel.

[28] En conséquence, une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de cet article et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite.

[29] La règle 228 exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application. Cela dit, le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige. Étant donné que les demandeurs sollicitaient un document (ou des parties d'un document) dont disposait la Couronne pour lequel le privilège a été revendiqué, il y avait, avec égard, une question relative à ce qui devait être produit.

[30] Compte tenu de la revendication d'un privilège de la Couronne, la Cour fédérale s'est penchée sur le statut de la base de données. Elle a semblé faire une distinction entre la structure de la base de données (les noms des champs) et les « règles » appliquées pour remplir ces champs, d'une part, et les entrées effectuées dans ces champs, d'autre part. Au paragraphe 16 de ses motifs, la Cour a observé qu'il n'y avait aucun risque que « la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible [crée] un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées ». Plus loin, au paragraphe 17, la Cour a accepté qu'« un certain contenu de champ [puisse] relever du privilège relatif au litige du Canada ou contenir des communications entre un avocat et son client » tout en réaffirmant sa conclusion selon laquelle la divulgation de renseignements purement factuels tels que les noms des champs et les « règles » appliquées pour remplir ces champs ne mettrait pas en péril le privilège relatif au litige de la Couronne.

[31] La Cour a conclu cette partie de son analyse au paragraphe 19 en notant ceci :

Les renseignements que le Canada cherche à protéger peuvent être, en tout ou en partie, le produit du travail d'un avocat et être créés en prévision d'un litige. Néanmoins, ils ne relèvent manifestement pas de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions. Ils visaient plutôt à faciliter la gestion efficace et l'extraction de documents par le Canada et ses avocats.

[32] This reasoning draws a distinction, within a document for which litigation privilege is claimed, between strategy, advice, observations or opinions on one hand, and steps taken to assist in the management of documents in the course of the litigation on the other. In effect, the order made by the Federal Court implicitly held that the latter could be severed from the former and disclosed, notwithstanding the existence of litigation privilege.

[33] In the end, it appears that the issue was not whether the Crown had a legitimate claim of litigation privilege but whether that privilege sheltered the information which the plaintiffs were seeking and which the Judge ordered the Crown to disclose.

[34] The Federal Court referred to jurisprudence which discussed the assistance to be provided by the producing party in cases in which document production is voluminous. In *Bronson*, cited above, the producing party, which had simply dumped a mass of disorganized documents on the other party, was ordered to provide basic information which typically would be required in an affidavit as to documents. That is not the case here.

[35] *Wilson*, cited above, involved a database prepared by the defendants for use with the Summation legal data processing system. While the defendant objected to producing the database, it did not invoke litigation privilege even though counsel had prepared the database at significant expense to themselves (and their clients) in respect of their own documents presumably for the purposes of the litigation. The Court in *Wilson* treated the database as an index to the documents which goes beyond the scope of an affidavit as to documents required by the Rules.

[36] Neither of these cases is particularly helpful in a case involving litigation privilege.

[32] Ce raisonnement établit une distinction, à l'intérieur même d'un document pour lequel le privilège relatif au litige est revendiqué, entre la stratégie, les conseils, les observations ou les opinions, d'une part, et les mesures prises pour aider à la gestion des documents au cours du litige, d'autre part. En effet, la Cour fédérale a implicitement conclu en rendant son ordonnance que les documents de cette dernière catégorie pouvaient être dissociés des premiers et divulgués, malgré l'existence du privilège relatif au litige.

[33] En fin de compte, il semble que la question n'était pas de savoir si la Couronne avait une revendication légitime d'un privilège relatif au litige, mais si ce privilège protégeait les renseignements que les demandeurs cherchaient à obtenir et que le juge a ordonné à la Couronne de divulguer.

[34] La Cour fédérale a renvoyé à la jurisprudence où a été examinée la question de l'aide à fournir par la partie qui produit les documents dans les cas où une telle production est volumineuse. Dans l'arrêt *Bronson*, précité, la partie qui produisait les documents, qui a simplement produit à l'autre partie, de façon pêle-mêle, une masse de documents désorganisés, a reçu l'ordre de fournir des renseignements de base qui seraient normalement requis dans un affidavit attestant l'existence de documents. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[35] La décision *Wilson*, précitée, concernait une base de données préparée par les parties défenderesses en vue d'être utilisée avec le système de traitement juridique des données de la société Summation. Bien que la partie défenderesse se soit opposée à la production de la base de données, elle n'a pas invoqué le privilège relatif au litige, même si les avocats avaient préparé la base de données à leurs frais (et aux frais de leurs clients) pour leurs propres documents, vraisemblablement aux fins du litige. Dans la décision *Wilson*, la Cour a traité la base de données comme un index des documents qui va au-delà de la portée d'un affidavit attestant l'existence de documents requis par les Règles.

[36] Aucune de ces causes n'est particulièrement utile dans une affaire concernant un privilège relatif au litige.



[37] The Supreme Court of Canada recently revisited the subject of litigation privilege in *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521 (*Lizotte*). At paragraph 19 of its reasons, the Supreme Court said that litigation privilege “gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation.” Further, at paragraph 32, the Supreme Court went on to find that litigation privilege was a class privilege, which “entails a presumption of non-disclosure once the conditions for its application are met.” The conditions for its application are that the document is created for the dominant purpose of litigation and that the litigation is pending or reasonably apprehended: *Lizotte*, at paragraph 33.

[38] On the question of the disclosure of documents covered by litigation privilege, the Court cited with approval the decision of the majority in the Ontario Court of Appeal in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. No. 3291 (QL) (C.A.) (*Chrusz*). In doing so, the Supreme Court disagreed with the proposition, set out in the reasons of the dissenting judge, that litigation privilege claims should be determined after considering “whether in the circumstances the harm flowing from non-disclosure clearly outweighs the benefit accruing” from protecting privacy interests: *Chrusz*, at page 365, cited in *Lizotte*, at paragraph 38. The Supreme Court adopted the position of the majority and declined to adopt a case-by-case approach to litigation privilege because of the uncertainty and the proliferation of pre-trial motions which a case-by-case weighing would entail: *Lizotte*, at paragraph 39. The privilege applies unless the document in question comes within an exception which means that “the onus is not on a party asserting litigation privilege to prove on a case-by-case basis that the privilege should apply in light of the facts of the case and the ‘public interests’ that are at issue” (citation omitted): *Lizotte*, at paragraph 37.

[39] As a result, a party attempting to defeat litigation privilege must identify an exception to litigation privilege

[37] La Cour suprême du Canada a récemment réexaminé la question du privilège relatif au litige dans l’arrêt *Lizotte c. Aviva, Compagnie d’assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521 (arrêt *Lizotte*). Au paragraphe 19 de ses motifs, la Cour suprême a déclaré que le privilège relatif au litige « crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l’objet principal est la préparation d’un litige ». En outre, au paragraphe 32, la Cour suprême a déclaré que le privilège relatif au litige était un privilège générique, qui « comporte une présomption de non-divulgation une fois que ses conditions d’application sont établies ». Selon les conditions d’application, le document doit être créé pour l’objet principal du litige, et le litige doit être encore en cours ou peut être raisonnablement appréhendé : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 33.

[38] Quant à la question de la divulgation des documents couverts par le privilège relatif au litige, la Cour a cité avec approbation la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. n° 3291 (QL) (C.A.) (arrêt *Chrusz*). Ce faisant, la Cour suprême s’est opposée à la proposition, énoncée dans les motifs du juge dissident, selon laquelle les revendications de privilège relatif au litige devraient être déterminées après avoir examiné [TRADUCTION] « si, dans les circonstances, le préjudice découlant de la non-divulgation l’emporte clairement sur l’avantage conféré » par la protection du droit à la vie privée : arrêt *Chrusz*, à la page 365, cité dans l’arrêt *Lizotte*, au paragraphe 38. La Cour suprême a adopté la thèse des juges majoritaires et a refusé d’adopter une approche au cas par cas du privilège relatif aux litiges en raison de l’incertitude et de la prolifération des requêtes préliminaires qu’une évaluation au cas par cas entraînerait : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 39. Le privilège s’applique à moins que le document en question ne relève d’une exception, ce qui signifie qu’« il ne revient pas à une partie revendiquant le privilège relatif au litige d’établir au cas par cas que celui-ci devrait s’appliquer compte tenu des faits de l’espèce et des “intérêts publics” en cause » (citations omises) : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 37.

[39] Par conséquent, une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception au

and not simply urge the Court to engage in a balancing exercise on a case-by-case basis. The exceptions to solicitor-client [privilege], i.e. legal advice privilege also apply to litigation privilege: *Lizotte*, at paragraph 41. Those exceptions include public safety, innocence of the accused and criminal communications. In addition, litigation privilege does not apply to “evidence of the claimant party’s abuse of process or similar blameworthy conduct”: *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 (*Blank*), at paragraph 44. Finally, litigation privilege, unlike legal advice privilege, is limited in time. It no longer applies once the litigation which gave rise to it, or closely related litigation, is at an end: *Blank*, at paragraphs 37–38.

[40] Once it was found that the Crown’s document management database is protected by litigation privilege, the onus was on the plaintiffs to establish the existence of an exception to the privilege as applied to the whole of the document database. This was not done nor could it have been since, on the facts of this case, none of the exceptions to litigation privilege arise. There is no suggestion of public safety, innocence at stake or criminal communications in this litigation. And the litigation over the plaintiffs’ claims is ongoing.

[41] As a result, the Crown’s document management database is a privileged document whose disclosure cannot be compelled since it does not come within one of the exceptions. Thus, the Federal Court could not have ordered its disclosure and production in its entirety. The question which arises though is whether the Federal Court could order its disclosure in part, either because those parts of the document were never privileged or because their disclosure is innocuous and assists in “the just, most expeditious and least expensive determination” of the issues between the parties. That is the question to which I now turn.

privilège relatif au litige et ne pas simplement demander à la Cour de s’engager dans un exercice de pondération au cas par cas. Les exceptions au secret professionnel de l’avocat, c’est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s’appliquent également au privilège relatif au litige : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 41. Ces exceptions concernent la sécurité publique, l’innocence de l’accusé et les communications de nature criminelle. En outre, le privilège relatif au litige ne s’applique pas à la « divulgation d’éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique » : *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 (arrêt *Blank*), au paragraphe 44. Enfin, le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, est limité dans le temps. Il ne s’applique plus une fois que le litige qui lui a donné lieu, ou un litige connexe, a pris fin : arrêt *Blank*, aux paragraphes 37 et 38.

[40] Une fois qu’il a été constaté que la base de données de gestion des documents de la Couronne est protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux demandeurs d’établir l’existence d’une exception au privilège appliqué à l’ensemble de la base de données de documents. Cela n’a pas été fait et n’aurait pas pu l’être puisque, compte tenu des faits de l’espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n’existe. Rien n’indique que la sécurité publique, l’innocence de l’accusé ou des communications de nature criminelle sont en jeu dans le présent litige. Et le litige concernant les revendications des demandeurs est en cours.

[41] Par conséquent, la base de données de gestion des documents de la Couronne est un document privilégié dont la divulgation ne peut être imposée puisqu’il ne relève pas de l’une des exceptions mentionnées. Ainsi, la Cour fédérale n’aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité. La question qui se pose cependant est celle de savoir si la Cour fédérale pouvait ordonner sa divulgation en partie, soit parce que ces parties du document n’ont jamais été privilégiées, soit parce que leur divulgation est inoffensive et constitue une solution au litige « qui [est] juste et la plus expéditive et économique possible ». C’est la question sur laquelle je me penche à présent.

B. *If privileged, can the Court nonetheless sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the Crown's litigation privilege?*

[42] While the Supreme Court has consistently held that solicitor-client privilege, including litigation privilege, must be as close to absolute as possible, it has repeatedly held that the privilege can be abrogated by legislation, though any legislation purporting to do so must be interpreted restrictively: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraph 36; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraph 16; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 33; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 71.

[43] These cases deal with the abrogation of solicitor-client privilege of an entire document. Thus, solicitor-client privilege, while as close to absolute as possible, is not absolute and can be abrogated by appropriate statutory language, subject to constitutional constraints such as in the case of search and seizure: *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, at paragraph 71.

[44] The Federal Court did not abrogate the Crown's claim of litigation privilege. To the contrary, the Court was intent on preserving the Crown's privilege but it did reason that it had the right to reach into a privileged document and to order disclosure of those parts of it which it considered were either not privileged or privileged, but whose disclosure was innocuous (or not privileged precisely because their disclosure was innocuous).

[45] The notion of severing or redacting certain portions of privileged documents arises in the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, and in equivalent provincial legislation: see for example, *Access to*

B. *S'ils sont privilégiés, la Cour peut-elle néanmoins découper certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa divulgation partielle malgré le privilège de la Couronne relatif au litige?*

[42] Si la Cour suprême a toujours considéré que le secret professionnel de l'avocat, y compris le privilège relatif au litige, doit être aussi absolu que possible, elle a conclu à plusieurs reprises que ce privilège peut être abrogé par la loi, bien que toute loi censée le faire doit être interprétée de manière restrictive : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 36; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 16; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 33; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, au paragraphe 71.

[43] Ces décisions portent sur l'abrogation du secret professionnel de l'avocat pour l'ensemble d'un document. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat, bien que le plus absolu possible, n'est pas absolu et peut être abrogé par un texte de loi approprié, sous réserve de contraintes constitutionnelles comme dans le cas d'une perquisition et d'une saisie : *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, au paragraphe 71.

[44] La Cour fédérale n'a pas abrogé la revendication de la Couronne concernant le privilège relatif au litige. Au contraire, la Cour avait l'intention de préserver le privilège de la Couronne, mais elle a estimé qu'elle avait le droit d'accéder à un document privilégié et d'ordonner la divulgation des parties de ce document qu'elle considérait comme non privilégiées ou privilégiées, mais dont la divulgation était inoffensive (ou non privilégiée précisément parce que leur divulgation était inoffensive).

[45] La notion de découpage ou d'expurgation de certaines parties de documents privilégiés se retrouve dans la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et dans les lois provinciales équivalentes : voir par exemple

*Information Act*, sections 23, 25; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, subsection 10(2), section 19; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, sections 8, 22. These provisions would allow the Federal Court to do what it did in this case, if the proceedings had been brought under that legislation. However, they were not. I have not been able to find any other legislation that would apply in the circumstances of this case.

[46] The Supreme Court has recognized that legal privilege (legal advice privilege or litigation privilege) has gone from being a rule of evidence to a rule of substantive law: *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 875–876 (1982), 141 D.L.R. (3d) 590. This means that the Crown has a substantive right to assert its litigation privilege and to have it respected.

[47] The Federal Court relied on principles of economy, fairness and proportionality as well as rule 3 to justify its decision. Substantive law cannot be modified by rules of procedure: see *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at paragraphs 17–18. In this case, the Federal Court's order has subordinated the Crown's substantive right to litigation privilege to procedural rules and practice principles. This is an error. Rule 3, to which the Federal Court made reference, applies to the interpretation of the Rules. It does not modify legal principles which arise independently of the Rules.

[48] Rule 4, upon which the Federal Court relied in making the order it did, provides:

**Matters not provided for**

4 On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

[49] Rule 4 allows the Federal Courts to deal with a gap in the Rules by analogy from the rules of procedure or practice in the province with the closest connection with

la *Loi sur l'accès à l'information*, aux articles 23 et 25; la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, au paragraphe 10(2) et à l'article 19; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, aux articles 8 et 22. Ces dispositions permettraient à la Cour fédérale de faire ce qu'elle a fait en l'espèce, si les poursuites avaient été intentées sous le régime de ces lois. Cependant, celles-ci ne l'ont pas été. Je n'ai pu trouver aucune autre loi qui s'appliquerait dans les circonstances de la présente affaire.

[46] La Cour suprême a reconnu que le privilège juridique (le privilège de la consultation juridique ou le privilège relatif au litige) est passé de règle de preuve à règle de fond : *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 875 et 876. Cela signifie que la Couronne a un droit fondamental de faire valoir son privilège relatif au litige et de le faire respecter.

[47] La Cour fédérale s'est appuyée sur les principes d'économie, d'équité et de proportionnalité ainsi que la règle 3 pour justifier sa décision. Le droit substantiel ne peut être modifié par les règles de procédure : voir *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, aux paragraphes 17 et 18. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de la Couronne au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique. Il s'agit d'une erreur. La règle 3, auquel la Cour fédérale a fait référence, s'applique à l'interprétation des Règles. Il ne modifie pas les règles de droit qui existent indépendamment des Règles.

[48] La règle 4, sur lequel la Cour fédérale s'est appuyée pour rendre son ordonnance, dispose ce qui suit :

**Cas non prévus**

4 En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[49] La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles par analogie avec les règles de procédure ou la pratique en vigueur dans la province qui

the action. Given that litigation privilege is a question of substantive law, rule 4 is of no assistance in this case since questions of litigation privilege are not procedural matters. The Federal Court erred in proceeding as it did.

[50] The difficulty in this case is a practical one, that is, the cost and delay which the plaintiffs will incur in reviewing the documents which have been disclosed and produced to them to date. This is a real problem though its source is not necessarily the limitations of OCR technology. By casting a wide net in terms of the scope of their action, the plaintiffs have given themselves the ability to compel disclosure of documents created over a lengthy period of time from a large number of establishments. This is their right. The predictable consequence of the exercise of that right is that the number of relevant and potentially relevant documents is very large.

[51] It was also predictable that, in litigation spanning 100 years, a portion of the relevant documents would be in poor condition and not readily readable by OCR software.

[52] To the extent that technology can be used to make litigation more manageable and less expensive, it should be used. Nevertheless, there is no rule that technological limits alter the obligations of the parties, one to the other. Each party is entitled to a useful affidavit as to documents and to the production of copies that are as usable as the condition of the original documents permits. Once those obligations have been satisfied by the producing party, the state of the relevant technology is irrelevant. The current status of OCR technology does not justify departures from established principles governing litigation privilege.

[53] It is important to distinguish between using the Rules to obstruct and delay another party and the inconvenient invocation of legal rights. Both the Rules and

est la plus pertinente par rapport au litige. Étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'est d'aucune utilité en l'espèce puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure. La Cour fédérale a commis une erreur en procédant comme elle l'a fait.

[50] La difficulté dans la cause qui nous intéresse est d'ordre pratique, c'est-à-dire le coût que les demandeurs devront engager et le retard qu'ils devront supporter pour examiner les documents qui ont été produits et leur ont été communiqués à ce jour. Il s'agit d'un véritable problème, bien que sa source ne constitue pas nécessairement les limites de la technologie de reconnaissance optique de caractères. En ratissant large pour ce qui est de la portée de leur demande, les demandeurs se sont donné la possibilité de contraindre la divulgation de documents créés sur une longue période de temps par un grand nombre d'établissements. C'est leur droit. La conséquence prévisible de l'exercice de ce droit est que le nombre de documents pertinents, ou potentiellement pertinents, est très important.

[51] Il était également prévisible que, dans un litige s'étalant sur 100 ans, une partie des documents pertinents serait en mauvais état et difficilement lisible par un logiciel de ROC.

[52] Dans la mesure où cette technologie peut être utilisée pour rendre les litiges plus gérables et moins coûteux, elle devrait être utilisée. Néanmoins, il n'existe aucune règle selon laquelle les limites technologiques modifient les obligations des parties, les unes envers les autres. Chaque partie a droit à un affidavit attestant l'existence de documents et à la production de copies aussi utilisables que l'état des documents originaux le permet. Une fois ces obligations remplies par la partie qui produit les documents, l'état de la technologie concernée n'est plus pertinent. L'état actuel de la technologie de reconnaissance optique de caractères ne justifie pas que l'on s'écarte des principes établis régissant le privilège relatif au litige.

[53] Il est important de faire une distinction entre l'utilisation des Règles pour entraver et retarder une autre partie et l'invocation inopportune de droits juridiques.

the Practice Directives issued by the Federal Court proscribe procedural obstructionism and give case management judges the ability to intervene to correct any abuses. A party's invocation of its legal rights cannot be side-stepped using tools designed to address abusive use of the Rules. The tone of the plaintiffs' argument suggests that they may believe that the Crown's position in this litigation is an abuse of process. If that is the plaintiffs' real objection to the position taken by the Crown in the litigation, then they should plead abuse of process and muster the evidence in support of that position if they can. Nibbling around the edges by invoking rules 3 and 4 will not do.

[54] As a result, I find that the Federal Court erred in law in ordering the production of portions of a document which is covered by litigation privilege in the absence of a legal justification for doing so. This is an error that justifies this Court's intervention.

#### V. Conclusion

[55] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the Federal Court's order and making the order which the Federal Court should have made, I would dismiss the plaintiffs' notice of motion.

NEAR J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

Tant les Règles que les Directives sur la procédure données par la Cour fédérale interdisent l'obstructionnisme procédural et donnent aux juges chargés de la gestion de l'instance la possibilité d'intervenir pour corriger tout abus. L'invocation par une partie de ses droits juridiques ne peut pas être écartée en utilisant des outils conçus pour pallier l'utilisation abusive des Règles. Le ton de l'argumentation des demandeurs laisse entendre qu'ils croient peut-être que la thèse adoptée par la Couronne dans le présent litige constitue un abus de procédure. S'il s'agit là de la véritable objection des demandeurs à la thèse adoptée par la Couronne en l'espèce, ils devraient alors plaider l'abus de procédure et rassembler les éléments de preuve à l'appui de cette thèse s'ils le peuvent. Il ne suffit pas de tourner autour du pot en invoquant les règles 3 et 4.

[54] Par conséquent, je conclus que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui est couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique. Il s'agit d'une erreur qui justifie l'intervention de notre Cour.

#### V. Conclusion

[55] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale et, rendant l'ordonnance que la Cour fédérale aurait dû rendre, je rejetterais l'avis de requête des demandeurs.

Le juge NEAR, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

Le juge BOIVIN, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.